

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
Facoltà di Giurisprudenza
Dipartimento di Scienze Giuridiche “Cesare Beccaria”

Dottorato di Ricerca in
Diritto Penale Italiano, Comparato e Internazionale
XXIV Ciclo

**PENA MINACCIATA E ATTI ESECUTIVI: UNO STUDIO
IN MATERIA DI TENTATIVO**

Coordinatore:
Chiar.mo Prof. Francesco Viganò

Tutor:
Chiar.mo Prof. Francesco Viganò

Tesi di dottorato di
Giorgio Abbadessa
Matr. n. R08279

Anno Accademico 2010-2011

INDICE

Capitolo I

Il problema del tentativo. Dalle soluzioni giurisprudenziali ai loro presupposti teorici

- 1.1. Giustificazione dell'indagine e suo sviluppo. La giurisprudenza di Cassazione 2000-2010. p. 1
- 1.2. I fondamenti del tentativo e il loro riflesso sui concetti di idoneità ed univocità. p. 43
- 1.3. Il problema del pericolo. Il significato dell'idoneità: un'ipotesi alternativa sul fondamento politico-criminale del tentativo. p. 67
- 1.4. *Excursus*: Romagnosi vs Carrara. Il ruolo dell'allarme sociale sul piano dell'*iter criminis*. Conferma dell'ipotesi alternativa sul fondamento politico-criminale del tentativo. p. 79
- 1.5. Sui presupposti di alcune decisioni della Cassazione. Corrispondenze con riguardo al fondamento politico-criminale del tentativo. Ragioni della fatica ad affermarsi dell'idea di esecuzione. p. 97

Capitolo II

Dolo del tentativo come dolo del delitto consumato, norma come imperativo, minaccia di pena: tre punti di vista per un'unica idea di tentativo

- 2.1. Il dolo del tentativo come dolo del delitto consumato. p. 99
- 2.2. Il dolo come volontà "attuosa". Il dolo del tentativo come volontà "attuosa" del delitto consumato. p. 102
- 2.3. Concezione imperativistica della norma e tentativo. p. 106
- 2.4. Minaccia di pena e tentativo. p. 110

Capitolo III

Tentativo e accertamento del dolo

- 3.1. Il problema dell'accertamento del dolo. p. 114
- 3.2. Tentativo, dolo eventuale, dolo alternativo. p. 117

Capitolo IV

Ritorno alla prassi

- 4.1. Tentativo e consumazione. p. 119
- 4.2. Tentativo e singole fattispecie incriminatrici. p. 121

Bibliografia

p. 128

CAPITOLO I

IL PROBLEMA DEL TENTATIVO. DALLE SOLUZIONI GIURISPRUDENZIALI AI LORO PRESUPPOSTI TEORICI

SOMMARIO: 1. Giustificazione dell'indagine e suo sviluppo. La giurisprudenza di Cassazione 2000-2010 – 2. I fondamenti del tentativo ed il loro riflesso sui concetti di idoneità ed univocità. – 3. Il problema del pericolo. Il significato dell'idoneità: un'ipotesi alternativa sul fondamento politico-criminale del tentativo. – 4. *Excursus*: Romagnosi vs Carrara. Il ruolo dell'allarme sociale sul piano dell'*iter criminis*. Conferma dell'ipotesi alternativa sul fondamento politico-criminale del tentativo. – 5. Sui presupposti di alcune decisioni della Cassazione. Corrispondenze con riguardo al fondamento politico-criminale del tentativo. Ragioni della fatica ad affermarsi dell'idea di esecuzione.

1.1. Giustificazione dell'indagine e suo sviluppo. La giurisprudenza di Cassazione 2000-2010.

Con questa ricerca proveremo a dare un fondamento nuovo, anzi antico, all'**idea che gli atti di tentativo, nel nostro ordinamento, sono gli atti esecutivi, ed esecutivi nel senso di tipici** alla stregua della fattispecie di consumazione¹, in modo tale da circoscrivere quanto più possibile il penalmente rilevante. L'indagine può dunque apparire giustificata soltanto se, da un lato, gli argomenti generalmente posti oggi alla base di quest'idea dovessero apparire non del tutto coerenti o convincenti e se, dall'altro, la prassi dovesse procedere verso direzioni diverse, o magari verso la stessa nostra direzione ma con passo incerto. Dalla speranza che la prima circostanza sia almeno una concausa della seconda, poi, deriva che il nostro studio ambisca ad essere considerato non soltanto come un esercizio teorico, ma anche come uno strumento pratico. Quest'ultima considerazione ci suggerisce l'ordine del lavoro. Si comincerà come di consueto dall'effetto per poi ricercarne la spiegazione: vale a dire da una panoramica sulla vita dell'istituto oggetto del nostro interesse. Una volta verificata la prassi – una volta cioè accertato che l'idea di esecuzione gioca un ruolo quantomeno ambiguo nella punizione a titolo di tentativo – procederemo ad un'analisi della riflessione scientifica in tema di fondamento del tentativo, ponendo

¹ Per la puntualizzazione dell'assunto, e per la distinzione tra tentativo e consumazione, si rimanda ai paragrafi n. 3 e 4 del secondo capitolo e al paragrafo n. 1 del quarto capitolo.

poi a confronto gli esiti raggiunti dal pensiero dei “teorici” con il significato espresso dalla giurisprudenza dei “pratici”. Si giungerà, in questo modo, a spiegare la fenomenologia dell’istituto e, al contempo, si proveranno ad individuare le ragioni per cui l’idea di esecuzione stenta ad affermarsi. A questo punto, cercheremo di offrire una giustificazione alternativa a questa stessa idea e ad applicare la nostra tesi alla prassi. Ma, come abbiamo detto, cominciamo dalla **vita del tentativo**².

Caso 1 in tema di calunnia (art. 368 c.p.). A e B accusano falsamente l’ispettore C di aver indotto D ed E ad introdurre droga nell’auto di F al fine di giustificare l’arresto di quest’ultimo. D ed E vengono sorpresi all’atto dell’introduzione della droga. A e B vengono condannati per calunnia (caso tratto da Cass., sent. 21 maggio 1999, n. 8827³).

Il caso concerne una calunnia formale che ha per oggetto un concorso in calunnia reale tentata. La Corte di cassazione, nel motivare la decisione, afferma che la calunnia reale ammette il tentativo, che si configura quando l’agente sia sorpreso nell’atto della simulazione o comunque quando la simulazione non sia portata a compimento per fatto indipendente dalla volontà dell’agente, purché si tratti in questo caso di condotta diretta alla consumazione del reato di calunnia e connotata dai requisiti della idoneità e dell’univocità. Diversamente la calunnia formale, secondo il Supremo collegio, non ammette il tentativo se non nell’ipotesi di scuola della denuncia indirizzata all’autorità e non pervenuta a destinazione per fatto indipendente dalla volontà del denunciante.

² Si anticipa al lettore che il criterio di scelta della giurisprudenza che ci si accinge a riportare per esteso è triplice: diversità della fattispecie di parte speciale che viene alla volta in rilievo, diversità del ragionamento in diritto della Corte di cassazione, diversità rilevante del fatto concreto. Se non è specificato diversamente, tutte le sentenze sono state reperite sulla banca dati informatica *DeJure* e sono state lette per intero.

³ La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2000, p. 2254. La lettura integrale di questa sentenza, e delle altre alle quali si farà riferimento successivamente, è stata resa possibile dalla consultazione della banca dati *DeJure*.

Caso 2 in tema di frodi in commercio di medicinali (art. 443 c.p.). A, caposala presso un presidio socio-sanitario, detiene per la somministrazione medicinali scaduti. Ad A viene contestata l'integrazione della fattispecie descritta dall'art. 443 c.p., che punisce il commercio e la somministrazione di medicinali guasti. A viene infine assolto (caso tratto da Cass., sent. 12 gennaio 1999, n. 3198⁴).

Il caso è risolto sulla base di una corretta applicazione del principio di legalità penale, in quel suo specifico corollario che vieta l'applicazione analogica della legge penale. La Corte di Cassazione, infatti, decide ricordando che la fattispecie descritta dall'art. 443 c.p. punisce la sola detenzione per il commercio di medicinali guasti, non anche la detenzione per la somministrazione. Il Supremo collegio tuttavia approfitta dell'occasione per rilevare come le condotte di detenzione per la somministrazione possano acquisire rilevanza penale quando integrino un tentativo di somministrazione, il che deve ritenersi avvenire, ad opinione dei giudici di legittimità, nel caso in cui nella condotta di detenzione siano riconoscibili i requisiti dell'idoneità e dell'univocità di cui all'art. 56 c.p.

Caso 3 in tema di furto (art. 624 c.p.). A, recatosi in un supermercato, viene sorpreso dal titolare ad apprestarsi a nascondere sotto gli indumenti una bottiglia di liquore che poco prima aveva prelevato da uno scaffale. A viene condannato per furto tentato (caso tratto da Cass., sent. 21 maggio 1999, n. 3642⁵).

Nel caso descritto, l'imputato si era visto condannare nel giudizio di primo grado per furto consumato. La condanna, con il medesimo titolo, era stata confermata dalla Corte d'appello. Interviene la Corte di cassazione in parziale riforma delle sentenze di primo e secondo grado. I giudici di legittimità motivano la decisione in primo luogo premettendo, sulla base di una consolidata giurisprudenza, che «il prelevamento della merce dai banchi di vendita dei grandi magazzini a sistema *self-service* e l'allontanamento senza pagare la merce realizzano la materialità del delitto di furto, specie quando la merce viene sottratta furtivamente ed occultata in vario

⁴ La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2000, p. 370.

⁵ La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2000, pp. 607 s.

modo». Su questa premessa, il Supremo collegio innesta la possibile distinzione tra furto consumato e furto tentato. La Cassazione infatti precisa che «il delitto in esame non può considerarsi consumato neanche con l'occultamento sulla persona del colpevole della cosa, allorquando l'avente diritto o la persona da lui incaricata sorvegli le fasi dell'azione furtiva, sì da poterla interrompere in qualsiasi momento: ciò perché, in tal caso, la cosa non è ancora uscita dalla sfera di vigilanza e di controllo diretto dell'offeso». Nel caso, in effetti, risultava dalle indagini che l'imputato era stato notato dal titolare del supermercato al momento dell'intrappresa della condotta furtiva. È dunque chiaro, secondo la Corte, che la condotta dell'imputato era stata sorvegliata «ancor prima della sottrazione». Ne deriva che, secondo l'opinione del Supremo collegio, il fatto debba ricevere una qualificazione giuridica diversa da quella pensata in primo e secondo grado, debba cioè essere considerato furto non consumato, ma soltanto tentato.

Caso 4 in tema di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice (art. 388 c.p.). A, ottenuta dal giudice dell'esecuzione civile la conversione del pignoramento con determinazione della somma residua da versare, produce una ricevuta di versamento nella quale tale somma risulta alterata, tentando così di ottenere indebitamente lo svincolo dei beni mobili pignorati. A tuttavia non riesce nell'intento perché l'istituto bancario comunica al giudice il reale importo della somma versata. A viene quindi considerato colpevole del delitto punito dall'art. 388, ritenuto sussistente nella forma della consumazione (caso tratto da Cass., sent. 13 gennaio 2000, n. 2266⁶).

Nel caso, l'imputato in sede di merito era stato riconosciuto colpevole del delitto di cui all'art. 388 c.p. non nella forma consumata, ma in quella tentata. La Corte di cassazione decide riformando le decisioni di merito *in peius*, vale a dire dando al fatto una qualificazione giuridica diversa, quella della consumazione, tenendo ferma la pena. Per arrivare a queste conclusioni la Corte comincia col descrivere la fattispecie che compare all'art. 388, comma 1, c.p. Secondo il Supremo collegio, la

⁶ La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2001, p. 515.

prima ipotesi delittuosa descritta dall'art. 388 c.p. prevede il fatto di colui che, per sottrarsi all'adempimento degli obblighi civili nascenti da una sentenza di condanna o dei quali è in corso l'accertamento dinanzi all'autorità giudiziaria, compie sui propri o sugli altrui beni atti simulati o fraudolenti o commette allo stesso scopo altri fatti fraudolenti. In altre parole, secondo i giudici di legittimità, «il fatto tipico previsto dalla norma penale consiste, dunque, nel compimento di atti simulati o fraudolenti». Se così è, ne deriva che nel fatto dell'imputato non si può che riconoscere una vera e propria consumazione e non un semplice tentativo. Infatti, «nel caso concreto è fuor di dubbio che l'imputato, col depositare in cancelleria la ricevuta di versamento alterata, che dimostrava l'apparente pagamento della somma stabilita dal giudice dell'esecuzione per la liberazione dei beni pignorati, ha compiuto – e non semplicemente tentato di compiere – un "fatto fraudolento", che aveva lo scopo di eludere l'adempimento degli obblighi civili cui era tenuto in forza di un decreto ingiuntivo divenuto esecutivo. Pertanto la qualificazione giuridica attribuita al fatto descritto nel capo d'imputazione deve essere corretta da delitto tentato in delitto consumato».

Caso 5 in tema di furto (art. 624 c.p.). A, introdottosi all'interno dell'appartamento di B – pubblico ufficiale – allo scopo di rubare, vien sorpreso da quest'ultimo. B si propone quindi di bloccare A e ne subisce la reazione violenta. A viene considerato colpevole di furto tentato in concorso con la resistenza a pubblico ufficiale (caso tratto da Cass., sent. 12 luglio 1999, n. 3796⁷).

Nel caso, la difesa si batte per il riconoscimento nell'ipotesi concreta della sussistenza di una rapina impropria tentata e non di un tentativo di furto in concorso con il reato di violenza. La Corte di cassazione, tuttavia, si dice di parere opposto. Il Supremo collegio, infatti, parte dal dato letterale fornito dall'art. 628 c.p., in base al quale, per la configurazione della rapina impropria, è necessario che la sottrazione della cosa mobile preceda l'esplicazione della violenza o della minaccia.

⁷ La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2001, pp. 1214 s. Cfr. anche, nello stesso senso, Cass., 30 ottobre 2008, n. 43773, la cui massima è pubblicata in *Cass. pen.*, 2010, p. 231 e Cass., 10 dicembre 2008, n. 4264, la cui massima è pubblicata in *Cass. pen.*, 2010, pp. 633 s.

L'espressione usata dal legislatore penale, d'altra parte, è proprio «... adopera violenza o minaccia dopo la sottrazione...». Da questa premessa i giudici di legittimità deducono che qualora l'agente – sorpreso prima di aver compiuto la sottrazione – usi violenza o minaccia al solo fine di fuggire o di procurarsi l'impunità, egli risponde non di tentata rapina, ma di tentato furto, eventualmente in concorso con altro reato avente come elemento costitutivo la violenza o la minaccia.

La Cassazione poi procede alla seguente precisazione: «Né può sostenersi che la norma incriminatrice [l'art. 628 c.p.] andrebbe, sotto tale profilo, comunque integrata con quella che prevede in linea generale il tentativo (art. 56 c.p.), sicché la violenza alla persona, immediatamente preceduta da furto tentato, comporterebbe sempre rapina tentata. Si dimentica, infatti, che la fattispecie normativa dell'art. 628 cpv. c.p. assume ad elemento costitutivo il fatto naturalistico della "sottrazione", che non è ancora lo "spossessamento" tipico del furto, come è dato evincere dalla stessa lettera della disposizione. Nella formazione progressiva della fattispecie, l'imprescindibile nesso temporale tra "sottrazione" e violenza/minaccia finalizzata rappresenta l'essenza caratterizzante la rapina impropria, nel senso che il secondo comportamento, qualora rimanga avulso dal primo (venuto a mancare), può solo assumere rilevanza autonoma (reato di lesioni e/o minaccia). Allo stesso modo, l'idoneità degli atti volti all'impossessamento (che non raggiungano, tuttavia, la soglia della sottrazione), consente ancora la configurabilità del tentativo di furto, ma perde ogni significato in relazione alla rapina impropria». Per questi motivi, nella vicenda concretamente verificatasi la Corte di cassazione non può che riconoscere il concorso tra furto tentato e reato di violenza, dal momento che la condotta violenta viene intrapresa dall'agente quando egli ancora non è riuscito a sottrarre la cosa mobile.

Caso 6 in tema di frode fiscale (artt. 2, 3, 4 e 6 D. lgs. n. 74/2000). A omette di fatturare e riportare nelle scritture contabili obbligatorie importi per oltre 190 milioni di lire per l'anno 1990. A viene riconosciuto colpevole della contravvenzione di omessa annotazione o fatturazione di corrispettivi, prevista dall'art. 1, L. n. 516/1982. Nelle more dei gradi di giudizio interviene il D. lgs. n. 74/2000, che

abroga detta contravvenzione. A viene assolto perché il fatto non è previsto dalla legge come reato (caso tratto da Cass., sent. 9 maggio 2000, n. 75 89⁸).

Nel caso, la Corte di cassazione si trova a decidere in un momento in cui è già entrato in vigore il D. lgs. n. 74/2000, in tema di diritto penale tributario, improntato al principio dell'irrelevanza delle condotte prodromiche rispetto a quelle di evasione. Il Supremo collegio ritiene che questa nuova *ratio* che anima la disciplina penale in materia tributaria sia stata effettivamente fatta propria dal legislatore, attraverso l'esclusione della punibilità a titolo di tentativo dei delitti di evasione di cui agli art. 2, 3 e 4, D. lgs. n. 74/2000 (art. 6 del decreto appena citato). È proprio in base a tale scelta politico-criminale che le condotte in concreto tenute non possono più considerarsi avere rilevanza penale. La Cassazione può così assolvere l'imputato, ritenendo verificatasi un'*abolitio criminis*. Dalla motivazione della decisione deriva, peraltro, che la condotta di omessa annotazione e fatturazione di corrispettivi avrebbe, secondo i giudici di legittimità, le caratteristiche per assurgere a tentativo dei delitti di evasione.

Caso 7 in tema di turbativa d'asta (art. 353 c.p.). A, in un'asta pubblica svoltasi davanti al Tribunale fallimentare per la vendita di un immobile, dopo aver fatto alcune offerte in aumento, propone a B, altro partecipante all'asta, di ritirarsi dalla competizione in cambio del rimborso delle spese di partecipazione alla gara. B non accetta la proposta e si aggiudica l'asta. A viene assolto dall'accusa di turbativa d'asta (caso tratto da Cass., sent. 3 dicembre 1999, n. 705⁹).

La fattispecie descritta dall'art. 353 c.p. punisce chiunque, «con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private o per conto di pubbliche amministrazioni, ovvero ne allontana gli offerenti». La Corte di cassazione ritiene che, nel caso di specie, non possa ritenersi di essere davanti né ad un'ipotesi di

⁸ La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2001, pp. 303 ss.

⁹ La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2001, p. 888. Cfr. anche Cass., 6 febbraio 2007, n. 9551, la cui massima è pubblicata in *Cass. pen.*, 2007, p. 4604.

consumazione, né ad un'ipotesi di tentativo. Quanto alla consumazione, la Corte afferma che l'imputato «non ha usato "violenza o minaccia" né ha fatto "doni" o "promesse" e meno che meno ha posto in essere "collusioni", cioè accordi clandestini con chicchessia diretti a influire sul normale svolgimento delle offerte, né ha adoperato "altri mezzi fraudolenti", vale a dire attività volte a carpire il consenso altrui attraverso la menzogna, l'inganno o altri artifici». Quanto al tentativo, poi, secondo i giudici di legittimità il «raggiungimento di un accordo con [B] avrebbe certamente potuto dar luogo a un tentativo del reato previsto dall'art. 353, c.p. *sub specie* della collusione. Il tentativo può infatti configurarsi in tutti i casi in cui si compiano atti idonei diretti univocamente all'impedimento o alla turbativa della gara, sempre che l'evento non si verifichi per fatto non imputabile all'agente. Nella specie però deve escludersi che si sia pervenuti a tale stadio, non essendovi stata la formazione di un consenso al riguardo, in considerazione del rifiuto [di B] di accedere a una soluzione del tipo offerto dall'odierno ricorrente». Ne deriva l'assoluzione di A.

Caso 8 in tema di indebito utilizzo di carte di credito (art. 12 D. l. n. 143/1991, convertito in L. n. 197/1991). A viene sorpreso dalla polizia mentre allo sportello di una banca sta utilizzando una carta bancomat precedentemente rubata. A viene ritenuto colpevole del delitto previsto dall'art. 12, D. l. n. 143/1991, ritenuto sussistente nella forma tentata (caso tratto da Cass., sent. 31 gennaio 2001, n. 23429¹⁰).

Nel caso, secondo i giudici di primo e secondo grado A doveva considerarsi aver consumato, e non semplicemente tentato, il delitto previsto dall'art. 12, D. l. n. 143/1991, che tra l'altro punisce chiunque, «al fine di trarne profitto per sé o per altri, indebitamente utilizza, non essendone titolare, carte di credito o di pagamento, ovvero qualsiasi altro documento analogo che abiliti al prelievo di denaro contante o all'acquisto di beni o alla prestazione di servizi». La Corte di cassazione decide in

¹⁰ La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2002, p. 2866.

parziale riforma delle sentenze di merito, riconoscendo nel fatto dell'imputato soltanto un tentativo di indebito utilizzo di carte di pagamento.

Sembra utile riportare la motivazione dei giudici di legittimità, per consentire al lettore di seguire le riflessioni alle quali si procederà nel prosieguo del lavoro. Secondo il Supremo collegio, dunque, «è dato di comune esperienza che, a differenza di altre carte di pagamento (come la tessera viacard, utilizzabile presso i caselli autostradali per il pagamento del pedaggio), l'utilizzo del bancomat non si risolve nell'inserimento del tesserino magnetico nell'apposita fessura delle macchine all'uopo predisposte, ma richiede un'attiva partecipazione dell'utente, consistente nella digitazione del codice segreto nella tastiera numerica - indispensabile ai fini della sua legittimazione, attraverso l'automatica individuazione tra gli aventi titolo - e nella successiva effettuazione di tutta una serie di ulteriori operazioni, sempre mediante l'uso dei tasti, non appena l'apposito display visualizzi le relative informazioni. Solo in esito al corretto adempimento delle richieste attività, la macchina automatica può rilasciare le banconote nella quantità richiesta ed il momento in cui il contante compare nell'apposita fessura segna, in chiave giuridica, il trasferimento del bene dalla sfera patrimoniale dell'istituto di credito all'ambito di disponibilità dell'utente, con la materiale offerta allo stesso prenditore. Tant'è che, contestualmente all'erogazione delle banconote, la macchina provvede all'automatico addebito dell'operazione nel conto corrente dell'intestatario della carta di pagamento. Dunque, la cooperazione dell'utente costituisce il discrimine tra l'uso della carta bancomat e quello di analoghe carte di pagamento, il cui utilizzo si risolve nella mera consegna all'addetto esattore perché provveda lui stesso alle necessarie registrazioni ai fini dell'ammissione al servizio richiesto, senza che il portatore abbia a compiere alcun'altra attività. Non è certo casuale, d'altronde, che le affermazioni giurisprudenziali richiamate dalla Corte territoriale facciano riferimento a fattispecie riguardanti carte di questo tipo, come appunto la viacard, relativamente alle quali il momento consumativo – pur non potendosi escludere concettualmente il tentativo – coincide con la consegna all'esattore, restando assolutamente irrilevante il conseguimento o meno del profitto che l'agente perseguiva. Interpretazione che si spiega, agevolmente, anche in ragione della natura composita del bene giuridico tutelato dalla norma in questione, che attiene non solo ad un ambito patrimoniale

squisitamente privato (e, dunque, proprio del titolare della carta di credito e-o del soggetto emittente), ma anche ad una sfera di interessi pubblici, quali l'interesse d'impedire che il sistema finanziario venga utilizzato ai fini di riciclaggio e quello di salvaguardare, al tempo stesso, la fede pubblica. Nell'ipotesi del bancomat, invece, la potenziale configurabilità del tentativo si dilata notevolmente proprio in quanto l'utilizzazione postula il compimento delle operazioni di cui si è detto, a parte poi il pur fondamentale rilievo che un problema di individuazione del fine e dell'idoneità dell'atto - affidato all'apprezzamento di fatto del giudice di merito - si pone anche in ragione della notoria molteplicità di usi del bancomat, collegata al suo inserimento nelle stesse macchine erogatrici di danaro. L'utilizzo del tesserino magnetico, infatti, non sempre prelude al prelievo di banconote, ma può anche essere finalizzato ad operazioni diverse (indicazione del saldo, lista movimenti, ricariche telefoniche ed altro ancora). Alla luce delle considerazioni che precedono, non appare, dunque, revocabile in dubbio che l'intervento degli agenti di p.g. prima della materiale apprensione delle banconote ed anzi mentre era in corso di effettuazione l'operazione bancaria relativa comporti il ridimensionamento della fattispecie nello stadio del tentativo, la cui ammissibilità, peraltro, in relazione alla norma di cui all'art. 12 del D. l. n. 143/1991, era stata già riconosciuta da questa Corte».

Caso 9 in tema di favoreggiamento personale (art. 378 c.p.). A, difensore di B accusato di associazione finalizzata allo spaccio di stupefacenti e attinto dalla misura della custodia cautelare in carcere, chiede a C e D, soci di una casa editrice, di predisporre un documento falso attestante il versamento a favore del medesimo B di una somma di denaro a titolo di compenso per diritto d'autore. L'intenzione di A è quella di riuscire a giustificare il movimento di denaro a favore di B e di produrre il falso documento davanti al giudice del riesame. A viene scagionato dall'accusa di tentativo di favoreggiamento (caso tratto da Cass., sent. 21 marzo 2000, n. 7270¹¹).

Il caso è ricondotto dalla Corte di cassazione ad un'ipotesi di istigazione non accolta a commettere un falso in scrittura privata. Secondo i giudici di legittimità,

¹¹ La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2002, p. 238.

infatti, è da escludere il favoreggiamento tentato. La Cassazione parte dalla considerazione che, per accertare il requisito dell'univocità degli atti di cui all'art. 56 c.p., il giudizio deve essere svolto non sull'intenzione dell'agente, «ma oggettivamente sulla azione, nel senso che la parte dell'azione posta in essere deve rivelare, da un punto di vista oggettivo, per come si presenta nella sua realtà fenomenica, l'intenzione dell'agente». La Corte applica questa acquisizione all'ipotesi del favoreggiamento personale del difensore che si concreti in un'attività volta alla formazione di una falsa prova. In un'ipotesi simile, secondo il Supremo collegio il favoreggiamento del difensore potrebbe configurarsi quando si tratti di prove "costituende", destinate cioè a formarsi in ambito processuale penale. A questo riguardo, si fa l'esempio del difensore che proponga al testimone di attenuare le sue dichiarazioni accusatorie. Nel caso invece di prove documentali, di prove cioè "precostituite", dunque di fatti rappresentativi che vengono ad esistenza fuori dal contesto processuale e che non sono destinati all'introduzione e all'utilizzazione nel processo penale come prova, deve giungersi ad opposta soluzione secondo la Suprema corte. Dei documenti, infatti, possono immaginarsi utilizzazioni diverse, ad esempio utilizzazioni in una sede stragiudiziale o utilizzazioni in una sede processuale diversa da quella penale, che potrebbero eventualmente integrare fattispecie penali distinte dal favoreggiamento. La polifunzionalità del documento esclude, a parere della Cassazione, che la richiesta della formazione di un documento falso riesca a rivelare oggettivamente – di per sé – l'intenzione delittuosa dell'agente. Ne deriva l'insussistenza del tentativo di favoreggiamento per difetto di univocità degli atti.

Caso 10 in tema di furto (art. 624 c.p.). A si reca in banca e sottrae una somma di denaro dalla scrivania dell'impiegato B, approfittando di un momento di distrazione di quest'ultimo. A nasconde poi sulla propria persona la refurtiva. A viene sorpreso quando ancora non si è allontanato dai locali della banca e, all'esito del giudizio, viene riconosciuto colpevole di furto consumato (caso tratto da Cass., sent. 20 febbraio 2001, n. 17045¹²).

¹² La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2002, p. 246.

Il caso viene così deciso dalla Corte di cassazione sulla base del rilievo che la circostanza per cui l'imputato sia stato scoperto quando ancora non si era allontanato dalla banca «non esclude l'avvenuta sottrazione ed il correlativo impossessamento, essendosi quest'ultimo attuato con l'occultamento del denaro sulla persona dell'agente senza che tale azione venisse percepita nel suo svolgersi dal soggetto passivo, o meglio da chi deteneva il bene e/o vigilava sullo stesso. Invero rispetto alla previsione dell'art. 624 c.p., non assumono rilievo né il criterio spaziale né quello temporale: di conseguenza, colui che abbia nascosto sulla sua persona la cosa sottratta, deve rispondere di furto consumato e non semplicemente tentato anche se non si sia allontanato dal luogo della sottrazione ed abbia esercitato un potere del tutto temporaneo, essendo stato costretto ad abbandonare la refurtiva subito dopo il fatto a causa dell'altrui pronto intervento. Solo qualora il soggetto attivo, a sua insaputa, sia stato seguito e sorvegliato ancora prima della sottrazione, nel corso della sua azione delittuosa in modo che questa avrebbe potuto essere bloccata, il furto non potrebbe considerarsi consumato, essendo la *res* rimasta sempre nella sfera dell'offeso».

Caso 11 in tema di trasferimento fraudolento di valori (art. 12 *quinquies*, D. l. n. 306/1992, convertito in L. n. 356/1992). A stipula un preliminare di compravendita di un immobile, benché privo di reddito e di patrimonio proporzionato all'entità del futuro acquisto. Alla stipula del compromesso non segue quella del rogito. L'immobile entra nella disponibilità di B. A viene riconosciuto colpevole del delitto di trasferimento fraudolento di valori, ritenuto sussistente nella forma tentata (caso tratto da Cass., sent. 13 febbraio 2001, n. 31657¹³).

L'art. 12 *quinquies*, D. l. n. 306/1992 punisce il trasferimento fraudolento di valori, consistente nella condotta di chi «attribuisce fittiziamente ad altri la titolarità o disponibilità di denaro, beni o altra utilità al fine di eludere le disposizioni di legge in materia di prevenzione patrimoniale o di contrabbando, ovvero di agevolare la

¹³ La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2002, pp. 3209 s.

commissione di uno dei delitti di cui agli articoli 648, 648 *bis* e 648 *ter* del codice penale». Per motivare la soluzione raggiunta, la Corte di cassazione si limita a rilevare come non sembri dubbio «che la stipula di un preliminare di compravendita che - alla luce di univoci elementi di riscontro - risulti finalizzato alla fittizia intestazione di un cespite immobiliare, sì da sottrarlo alle misure di prevenzione patrimoniali, é atto idoneo, diretto in modo non equivoco, allo scopo dell'elusione».

Caso 12 in tema di concussione (art. 317 c.p.). A, pubblico ufficiale, negando ingiustamente a B un'autorizzazione sanitaria necessaria al medesimo B per intraprendere regolarmente la sua attività commerciale, induceva quest'ultimo a promettere la corresponsione di una somma di denaro. B tuttavia, prima della promessa, si era rivolto alla polizia, che lo aveva invitato a prestarsi all'illecito scambio a fini probatori. A viene riconosciuto colpevole di concussione tentata (caso tratto da Cass., sent. 21 gennaio 2003, n. 37337¹⁴).

Il caso attiene alla questione del ruolo da riconoscere alla riserva mentale del privato promittente nel reato di concussione. La vicenda, tuttavia, presenta comunque elementi interessanti ai fini della nostra indagine. A questo riguardo, si rende necessario soffermarsi sul percorso argomentativo che consente alla Corte di cassazione di giungere alla soluzione appena riportata. La Suprema corte richiama la sua consolidata giurisprudenza sul punto, ricordando che «nel delitto di concussione la predisposizione dell'azione di polizia con la collaborazione della vittima, allo scopo di sorprendere in flagrante reato il funzionario disonesto, non assume alcuna rilevanza giuridica allorquando, essendosi verificata in precedenza la promessa, il reato risulti già consumato. Viceversa, se il destinatario della iniziativa dolosa del pubblico ufficiale mostra di cedere alla coartazione o all'inganno mentre, in realtà, non intende dare né promettere, ed agisce solo allo scopo di creare un artificio, che

¹⁴ La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2004, pp. 4076 ss. V. anche l'analogo sentenza Cass., 21 gennaio 2003, n. 11384, la cui massima è pubblicata in *Cass. pen.*, 2005, pp. 1247 ss.; e Cass., 7 giugno 2007, n. 10355, la cui massima è pubblicata in *Cass. pen.*, 2009, p. 578. Cfr. pure Cass., 23 giugno 2006, n. 25877, la cui massima è pubblicata in *Cass. pen.*, 2007, pp. 3681 ss., che in un caso in cui il privato aveva subito l'abuso del pubblico agente e successivamente si era recato presso la forza pubblica per denunciare il fatto ha riconosciuto il solo tentativo di concussione. Il caso è trattato per esteso a pag. 18.

permetta la sorpresa del colpevole, si è nella ipotesi del tentativo». Nel caso concreto, la promessa simulata era diretta al fine del raggiungimento della prova e non era prodromica al possibile adempimento. Ne consegue che, siccome «la sequenza abuso - induzione - *metus* - promessa si è arrestata prima di quest'ultimo passaggio, che rappresenta il momento consumativo, il reato deve ritenersi tentato e non consumato, sussistendo i presupposti degli atti idonei diretti in modo non equivoco a commetterlo».

Caso 13 in tema di favoreggiamento personale (art. 378 c.p.). A mette a disposizione di B, latitante, un villino, affinché B se ne avvalga per sottrarsi alle ricerche dell'Autorità. B tuttavia decide di non utilizzare il villino. A viene ritenuto colpevole di favoreggiamento personale consumato (caso tratto da Cass., sent. 23 gennaio 2003, n. 22523¹⁵).

La Corte di cassazione decide il caso considerando la modalità di offesa che caratterizza la fattispecie descritta dall'art. 378 c.p. La motivazione fornita dai giudici di legittimità è comunque interessante per la ricostruzione del tentativo di favoreggiamento personale. Afferma la Cassazione che «il favoreggiamento è un reato di pericolo e a forma libera, che si commette ponendo in essere un'azione di per sé idonea ad aiutare taluno ad eludere le investigazioni o a sottrarsi alle ricerche dell'autorità, per cui il reato si consuma indipendentemente dalla consecuzione di questo effetto, mentre si ha il tentativo solo allorché l'azione tipica non si compie per ragioni indipendenti dalla volontà dell'autore. [...] Commette, pertanto, il reato di favoreggiamento consumato, e non solo tentato, colui che assicura a un latitante la disponibilità di un villino come rifugio per sottrarsi alle ricerche delle forze dell'ordine, in quanto tale disponibilità è di per sé idonea al fine perseguito, indipendentemente dal fatto che il rifugio venga effettivamente utilizzato, laddove la configurazione del tentativo potrebbe realizzarsi solo se la stessa messa a disposizione del villino fosse impedita per ragioni indipendenti dalla volontà del favoreggiatore». Il caso è da leggere unitamente al seguente.

¹⁵ La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2004, p. 2821.

Caso 14 in tema di favoreggiamento personale (art. 378 c.p.). A si adopera per trovare una casa da mettere a disposizione di un suo compare latitante, affinché questi se ne avvalga per sottrarsi alle ricerche dell'Autorità. A viene attinto dalla misura cautelare della custodia in carcere in quanto indagato per il reato di favoreggiamento personale. L'ordinanza cautelare viene tuttavia annullata (caso tratto da Cass., sent. 23 gennaio 2003, n. 22523¹⁶).

Nel decidere il caso, la Corte di cassazione afferma che il favoreggiamento si consuma nel momento stesso in cui viene realizzata la condotta di aiuto ad eludere le investigazioni o a sottrarsi alle ricerche dell'Autorità. Secondo la Corte, poi, «la frazionabilità dell'*iter* esecutivo consente di ammettere la configurabilità del tentativo. Detto reato, a prescindere dal mancato raggiungimento degli effetti voluti, può essere, invero, perpetrato nella forma del tentativo, allorché, per cause indipendenti dalla volontà dell'agente, l'atto compiuto, pur mirando a portare aiuto ed essendone in sé idoneo, non l'abbia realizzato». La Cassazione rileva come, in base agli accertamenti svolti, A si stesse «dando da fare» per cercare una casa che potesse fungere da rifugio al suo compare latitante e come egli «fosse a buon punto» nella ricerca. Tuttavia, la Corte afferma che non sembrano «sufficientemente delineati in maniera compiuta gli elementi di valutazione circa la esatta configurazione giuridica dei fatti così come emersi: se si tratti di meri atti preparatori non perseguibili, di attività portata alla fase del tentativo, oppure di attività completa e quindi realizzatrice del reato consumato». La Cassazione dunque annulla l'ordinanza che aveva disposto la custodia cautelare in carcere.

Caso 15 in tema di furto (art. 624 c.p.). A si reca in un negozio di abbigliamento. Preleva dagli scaffali un giubbotto di pelle e, con l'intenzione di rubarlo, prova a rimuovere il dispositivo anti-taccheggio, invano. A allora, dopo aver risposto il giubbotto sugli scaffali, fa per allontanarsi dal negozio ma viene fermato da un

¹⁶ La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2004, pp. 509 s.

sorvegliante che aveva visto tutta la scena. A viene condannato per tentato furto (caso tratto da Cass., sent. 12 febbraio 2003, n. 17384¹⁷).

Nel caso, la difesa ha provato ad ottenere l'applicazione della causa di non punibilità della desistenza volontaria. La Corte di cassazione, nel decidere, si sofferma sulle caratteristiche strutturali di tale istituto. Tuttavia, il caso è comunque degno della nostra attenzione, dal momento che ci permette di dedurre che la Suprema corte ha considerato tentativo di furto l'apprensione del giubbotto dagli scaffali o, al più, l'attività volta a rimuovere il dispositivo anti-taccheggio.

Caso 16 in tema di concussione (art. 317 c.p.). A, su invito del proprio commercialista, si reca presso l'Ufficio del Registro di Palermo dove incontra l'addetto B. A chiede a B delucidazioni in ordine all'entità dell'imposta da pagare relativa alla dichiarazione di successione da lui stesso presentata in occasione del decesso del proprio padre. In tale occasione B - che evidentemente aveva avuto modo di controllare la pratica - riferisce ad A di avere accertato la presenza di un errore nella somma originariamente richiesta dall'Ufficio (circa 677.000.000 di lire) e gli comunica che con il suo intervento si potrebbe aggiustare tutto, con il pagamento - quale tributo - della somma di lire 218.000.000. A tal fine, B chiede ad A il pagamento di una tangente, determinata inizialmente nella somma di lire 25.000.000, poi diminuita a 15.000.000. A non accoglie la richiesta. B, in un colloquio successivo con A, conferma la necessità di pagare una tangente, ridotta però a 6.000.000 di lire. A disattende ancora la richiesta di B. B viene riconosciuto responsabile del delitto di istigazione alla corruzione, punito dall'art. 322 c.p. (caso tratto da Cass., sent. 21 gennaio 2003, n. 11382¹⁸).

Il caso attiene al tema dalla distinzione tra concussione e corruzione e, in questo ambito, della distinzione tra tentata concussione e istigazione alla corruzione.

¹⁷ La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2004, p. 511.

¹⁸ La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2004, pp. 2007 ss. Parzialmente difforme, nel senso che nella valutazione dell'oggettiva efficacia intimidatrice della condotta del pubblico agente non gioca alcun ruolo il conseguimento in concreto del risultato di porre il privato in stato di soggezione, Cass., 19 giugno 2008, n. 33843, la cui massima è pubblicata in *Cass. pen.*, 2008, pp. 1938 ss.

Sembra comunque utile soffermarsi su quanto osservato dalla Corte di cassazione a proposito delle caratteristiche della concussione tentata. Secondo la Corte, il tentativo di concussione è ipotizzabile ogni volta che il pubblico agente compie atti idonei a costringere o ad indurre taluno a farsi dare o promettere denaro o altra utilità, indipendentemente dal verificarsi dello stato di soggezione del destinatario della richiesta. In questo senso, secondo la Cassazione, al fine di distinguere tra concussione tentata e istigazione alla corruzione, appare necessario valutare l'adeguatezza della condotta, in altre parole accertare se l'azione del pubblico agente si presenta in concreto idonea a coartare la psiche della vittima. Su questa base, il Supremo collegio esclude che nel caso concreto si verta in un'ipotesi concussiva, dal momento che il destinatario della richiesta del pubblico agente non ha mai dato alcun segno di accettare l'abusiva proposta di quest'ultimo.

Caso 17 in tema di rapina impropria (art. 628 c.p.). A si introduce nell'autovettura di B dopo averne infranto il vetro e, al fine di conseguire il possesso, minaccia B e altre persone accorse sul posto brandendo una chiave inglese e dicendo di essere pronto ad utilizzare l'arma in suo possesso. A viene bloccato dalla polizia e condannato per tentata rapina impropria (caso tratto da Cass., sent. 22 gennaio 2003, n. 9952¹⁹).

Nel caso, la difesa ha provato a sostenere che la condotta di A dovesse essere considerata un'ipotesi di tentato furto seguito da minacce. La motivazione con cui la Corte di cassazione dà torto alla difesa è molto stringata. La Suprema corte, infatti, si limita a richiamare la propria precedente giurisprudenza per la quale, a impossessamento della cosa mobile non avvenuto, in un caso come quello di specie si può parlare soltanto di tentativo di rapina impropria.

Caso 18 in tema di furto (art. 624 c.p.). A viene sorpreso a cercare di manomettere il proprio apparecchio telefonico al fine di ottenere indebitamente un accredito per la

¹⁹ La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2004, p. 126 s. V. anche l'analoga sentenza Cass., 14 ottobre 2003, n. 47086, la cui massima è pubblicata in *Cass. pen.*, 2005, pp. 2599 s.

fruizione del servizio. A viene riconosciuto colpevole di furto tentato (caso tratto da Cass., sent. 17 ottobre 2003, n. 47671²⁰).

Di questo caso abbiamo potuto leggere soltanto la massima, che così recita: «Il compimento di atti idonei diretti in maniera non equivoca a manomettere un apparecchio telefonico per ottenere un accredito per la fruizione del servizio integra gli estremi del tentativo di furto e non di tentata truffa, in quanto l'indebita erogazione e sottrazione avviene non per effetto del consenso viziato della persona offesa, la quale ignora l'alterazione fraudolenta dell'apparecchio messo a disposizione dell'utente, ma attraverso la difettosa registrazione del pagamento anticipato con la conseguente messa a disposizione del servizio in misura proporzionata e corrispondente».

Caso 19 in tema di furto (art. 624 c.p.). A si reca in un grande magazzino e, con l'intenzione di rubarlo, indossa su di sé un capo di abbigliamento poco prima asportato dagli scaffali. A oltrepassa le casse, ma si attiva l'allarme del magazzino, così A viene fermato. A viene ritenuto colpevole di furto consumato (caso tratto da Cass., sent. 16 gennaio 2004, n. 7235²¹).

Nel caso, la Corte di cassazione fornisce una motivazione più esplicita di quella posta alla base della sentenza dalla quale si è voluto trarre il Caso 3 (v. *supra*, p. 2 s.) e il Caso 10 (v. *supra*, p. 9). Afferma infatti la Corte che il giudice di merito «ha fatto corretta applicazione di un principio assolutamente pacifico, quale quello secondo cui costituisce furto consumato e non tentato il sottrarre merce dai banchi di esposizione di un supermercato ove si pratici il sistema del c.d. "self-service", evitando il pagamento alla cassa. Il momento consumativo del reato, in tal caso, è ravvisabile nel momento dell'apprensione della merce, che si realizza certamente quando l'agente abbia superato la barriera delle casse senza pagare il prezzo, ma addirittura anche prima, allorché la merce venga dall'agente nascosta in tasca o nella borsa, sì da predisporre le condizioni per passare dalla cassa senza pagare; salvo che,

²⁰ La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2005, pp. 2259 s.

²¹ La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2005, p. 2595.

in quest'ultima evenienza, l'avente diritto o persona da lui incaricata abbia sorvegliato tutte le fasi dell'azione furtiva, sì da poterla interrompere in ogni momento, ravvisandosi allora solo la fattispecie tentata».

Caso 20 in tema di rapina impropria (art. 628 c.p.). A, mentre si appresta a sottrarre una cosa mobile altrui, viene bloccato da un agente della forza pubblica, che subisce la reazione violenta di A. A viene ritenuto responsabile, tra l'altro, di rapina impropria tentata (caso tratto da Cass., sent. 24 settembre 2003, n. 41671²²).

Di questo caso abbiamo potuto leggere soltanto la massima, che così recita: «È configurabile il tentativo di rapina impropria quando l'autore, dopo aver compiuto atti idonei ad impossessarsi della cosa altrui, i quali si sono arrestati *in itinere* per cause indipendenti dalla sua volontà, adopera violenza o minaccia al fine di assicurarsi l'impossessamento della cosa ovvero l'impunità, sempre che la violenza e minaccia intervengano nello stesso contesto temporale del tentativo effettuato».

Caso 21 in tema di truffa (art. 640 c.p.). A, dipendente pubblico, consegna a B il proprio cartellino marca-tempo affinché lo timbri, così da attestare falsamente la propria presenza sul luogo di lavoro. A viene ritenuto responsabile, tra l'altro, di tentata truffa (caso tratto da Cass., sent. 22 settembre 2003, n. 39077²³).

Anche di questo caso si è avuta a disposizione soltanto la massima, che così recita: «Integra gli estremi del delitto tentato di truffa (art. 56 e 640 c.p.), la condotta del pubblico dipendente che attesti falsamente la propria presenza nel luogo di lavoro facendo timbrare da altri il proprio cartellino elettronico nel sistema di rilevazione

²² La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2005, pp. 1594 ss. V. anche l'analoga sentenza Cass., 18 novembre 2003, n. 49213, la cui massima è pubblica in *Cass. pen.*, 2005, p. 2600. Da quest'ultima massima, peraltro, emerge in essenziale la dinamica che concretamente ha caratterizzato il caso: l'autore era stato sorpreso da un carabiniere a scardinare, senza riuscirci, la serranda di un negozio, ed aveva reagito prendendo a calci e pugni il carabiniere. Sulla stessa scia le sentenze Cass., 30 gennaio 2004, n. 9262, la cui massima è pubblicata in *Cass. pen.*, 2006, p. 2490; Cass., 2 marzo 2004, n. 17264, la cui massima è pubblicata in *Cass. pen.*, 2006, pp. 2490 s.; Cass., 10 novembre 2006, n. 40156, la cui massima è pubblicata in *Cass. pen.*, 2007, p. 4179; Cass., 8 aprile 2008, n. 19645, la cui massima è pubblica in *Cass. pen.*, 2009, pp. 2916 ss.

²³ La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2005, pp. 1267 s.

delle presenze; né rileva, con riguardo all'idoneità dell'azione, il fatto che si tratti di prestazione di lavoro straordinaria per la quale manchi la necessaria autorizzazione, posto che il consenso del superiore gerarchico, in tale ipotesi, può essere tacito ovvero intervenire successivamente».

Caso 22 in tema di estorsione (art. 629 c.p.). A esercita violenza su B, suo padre, per estorcergli del denaro, invano. A viene condannato per estorsione tentata (caso tratto da Cass., sent. 15 marzo 2005, n. 13694²⁴).

Il caso attiene alla questione dell'applicabilità, all'estorsione tentata commessa con violenza, della causa di non punibilità prevista dall'art. 649 c.p. Il caso è tuttavia interessante anche ai fini della nostra indagine. Infatti, dalla stringata motivazione in fatto fornita dalla Corte di cassazione si può comunque cogliere che l'autore aveva appunto già commesso violenza sul proprio padre.

Caso 23 in tema di rapina propria (art. 628 c.p.). A, B, C e D si recano di notte in un centro commerciale. Hanno con loro una mitraglietta Skorpion e una pistola Beretta 7,65 cariche e con matricola abrasa e, inoltre, berrette idonee al travisamento. Sorpresi dalla forza pubblica, vengono condannati tra l'altro per tentativo di rapina propria in concorso (caso tratto da Cass., sent. 10 febbraio 2005, n. 21955²⁵).

La Corte di cassazione, nel motivare la propria decisione, parte dalla considerazione che la distinzione tra atti preparatori e atti esecutivi non può più considerarsi accolta dal disposto dell'art. 56 c.p., dovendosi invece ritenere che oggi gli atti di tentativo sono gli atti (idonei e) univoci, vale a dire quegli atti che, «considerati in sé medesimi, per il contesto in cui si inseriscono, per la loro natura ed essenza rivelino l'intenzione dell'agente». L'univocità degli atti è quindi concepita dalla Corte di legittimità in senso oggettivo, «come caratteristica oggettiva della

²⁴ La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2006, p. 1816. V. anche l'analoga Cass., 2 dicembre 2005, n. 46179, la cui massima è pubblicata in *Cass. pen.*, 2007, p. 3724, relativa ad un caso di tentata estorsione realizzata con minaccia. Cfr. pure Cass., 23 maggio 2006, n. 34128, la cui massima è pubblicata in *Cass. pen.*, 2007, p. 2846, concernente un caso di tentata violenza sessuale commessa con minaccia.

²⁵ La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2006, p. 2491.

condotta tale da denotare, secondo le regole di comune esperienza e *l'id quod plerumque accidit*, il fine cui si tende». Sulla base di queste coordinate, il Supremo collegio ritiene che, in un caso come quello di specie, non si possa che pervenire a una condanna per rapina tentata. Infatti, «i particolari del contesto e segnatamente lo stato delle armi (la Skorpion con banda contenente 15 proiettili e la pistola munita di 9 cartucce di cui una in canna)» consentono di desumere, «senza incorrere in paralogismi, l'intento [degli imputati] di effettuare, in concorso tra tutti, una sottrazione violenta o minacciosa».

Interessante ai nostri fini anche un'ultima precisazione che la Corte di cassazione si sente di fare: «La configurabilità del fatto come tentata rapina aggravata non può, poi, ritenersi esclusa solo perché il concreto obiettivo non è stato con assoluta certezza identificato, rimanendo aperta l'alternativa tra la ingente somma custodita negli uffici del supermercato (raggiungibili dalla zona in cui i malviventi furono scoperti) ovvero gli automezzi carichi di derrate soliti scaricare nel piazzale ricevimento merci. In effetti, in entrambi i gradi, è stata ritenuta maggiormente plausibile la prima opzione (proprio in considerazione della micidialità delle armi pronte all'uso), comunque notandosi – con motivazione non censurabile in questa sede – che anche l'intento di vincere la resistenza dei camionisti avrebbe in ogni caso condotto a sussumere il fatto nel paradigma dell'art. 628 c.p.».

Caso 24 in tema di violenza privata (art. 610 c.p.). A si rende responsabile di più truffe nei confronti di B. B denuncia i fatti ai Carabinieri. A si reca una prima volta da B e gli provoca una bruciatura sulla mano sinistra, minacciandolo che gli avrebbe fatto saltare in aria la casa se non avesse immediatamente ritirato la denuncia. A si reca una seconda volta da B prendendolo a calci e rinnovando minacce e richiesta. A viene ritenuto responsabile, tra l'altro, di violenza privata tentata (caso tratto da Cass., sent. 4 marzo 2005, n. 15989²⁶).

²⁶ La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2006, p. 3682. V. anche Cass., 4 marzo 2005, n. 15977, la cui massima è pubblicata in *Cass. pen.*, 2006, p. 4079, che ha considerato tentativo di violenza privata una minaccia che non aveva sortito l'effetto di intimorire il destinatario.

Nel caso, i giudici di merito avevano ritenuto sussistente una violenza privata consumata, e non soltanto tentata, dal momento che B, in seguito alle violenze e alle minacce di A, aveva allontanato i figli dalla propria abitazione ed aveva taciuto l'episodio dell'aggressione sia ai familiari sia alle forze dell'ordine. I giudici di merito, in altre parole, avevano considerato tali comportamenti di B un "evento" ai sensi dell'art. 610 c.p. È proprio questo profilo che rende la vicenda interessante ai nostri fini, come si vedrà nel prosieguo del lavoro. La Corte di cassazione, comunque, sconfessa la soluzione dei due gradi di giudizio, precisando che «l'evento del reato è costituito da una condotta sostanzialmente corrispondente a quella cui tendeva l'agente e non da una qualunque condotta della vittima conseguente alla violenza o alla minaccia. Quando l'azione è idonea ma l'evento non si verifica il delitto rimane allo stadio di tentativo». Con questa considerazione, la Cassazione perviene a ritenere che nella vicenda concreta possa riconoscersi soltanto un tentativo di violenza privata.

Caso 25 in tema di violazione di domicilio (art. 614 c.p.). A si reca presso l'appartamento di B e C, cominciando a colpirne la porta con pugni e calci al fine di entrare e raggiungere la fidanzata. Interviene la forza pubblica, che blocca A. A viene ritenuto responsabile di tentata violazione di domicilio semplice (caso tratto da Cass., sent. 24 gennaio 2006, n. 16313²⁷).

Il caso attiene al problema dei rapporti tra tentativo e circostanze e, in particolare, al problema della configurabilità del tentativo di delitto circostanziato. Infatti, l'art. 614 c.p., che appunto punisce la violazione di domicilio, prevede anche che il fatto possa essere commesso con l'aggravante della violenza sulle cose. La Corte di cassazione pare escludere la configurabilità del tentativo di delitto circostanziato e, invece, ammettere il tentativo circostanziato di delitto. I giudici di legittimità, infatti, affermano: «Nella specifica fattispecie in esame, relativa alla tentata violazione di domicilio aggravata da violenza sulle cose, ai sensi dell'art. [614 c.p.](#), comma 4, stante la necessità dell'effetto lesivo, strettamente connesso alla violenza sulle cose, come

²⁷ La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2007, pp. 590 ss.

elemento intrinsecamente – e strutturalmente – connaturato alla stessa ipotesi delittuosa, non v'è dubbio che il tentativo di reato aggravato postula che si sia già verificato il danneggiamento della cosa e che questo, a sua volta, non sia soltanto tentato. Il che significa che la fattispecie del tentativo in forma aggravata richiede che si sia superata la soglia del danneggiamento alla *res*, senza che, ovviamente, si sia verificato l'ulteriore evento dell'introduzione nell'altrui abitazione, al quale era direttamente finalizzata la condotta violenta. Nel caso di specie, non risulta che la porta, ripetutamente percossa con pugni e calci dall'agente, abbia subito il benché minimo danno, indipendentemente dall'indagine – comunque mancata in sede di merito – se l'azione violenta fosse davvero volta a forzare quella stessa porta o, piuttosto, ad indurre i proprietari ad aprirla, perché l'agente potesse, poi, irrompere, *invito domino*, nella loro abitazione per raggiungere la riottosa fidanzata. Per quanto precede, l'aggravante in questione avrebbe dovuto essere esclusa e va ora eliminata».

Il caso è comunque interessante anche per la nostra indagine, dal momento che dalla vicenda è possibile dedurre che il comportamento di chi si rechi nei pressi di un'abitazione e cominci a colpirne la porta al fine di entrare può essere considerato integrante la fattispecie di violazione di domicilio tentata.

Caso 26 in tema di concussione (art. 317 c.p.). A, appuntato dei Carabinieri, si reca nel locale di B e, dopo aver fatto alcune consumazioni, rifiuta di pagare il dovuto a B. Al sollecito di B, A minaccia verifiche amministrative sul locale. B non cede alle minaccia di A ed anzi va a denunciare immediatamente il fatto alla forza pubblica. A viene ritenuto responsabile di concussione tentata (caso tratto da Cass., sent. 23 giugno 2006, n. 25887²⁸).

La decisione della Corte di cassazione è motivata sulla base del rilievo che la vittima delle minacce non ha mostrato di intimorirsi di fronte al comportamento abusivo del pubblico agente, il che se da un lato esclude la concussione consumata, dall'altro lascia sussistere quella tentata, bastando a questo riguardo l'astratta idoneità degli atti del pubblico agente a generare uno stato di costrizione o di

²⁸ La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2007, pp. 3681 ss.

induzione nel privato. Ai fini della nostra indagine, tuttavia, sono altri i passaggi della motivazione che interessano. In particolare, due sono le osservazioni della Corte di cassazione da tenere in conto. Infatti la Corte, quando si accinge ad inquadrare il fatto concreto come ipotesi di tentativo e non di consumazione, rileva: «Uno degli elementi costitutivi del delitto di concussione è l'abuso dei poteri da parte del pubblico ufficiale. E questo estremo sussiste anche attraverso la minaccia dell'esercizio di un potere di per sé legittimo posta in essere al fine di conseguire un fine illecito». D'altra parte, in un luogo successivo della motivazione, i giudici di legittimità osservano che «per la configurabilità del tentativo di concussione è sufficiente che siano stati posti in essere atti idonei diretti in modo non equivoco costringere o indurre taluno a dare o promettere danaro o altra utilità, indipendentemente dal verificarsi dello stato di soggezione della vittima per effetto del *metus publicae potestatis*».

Caso 27 in tema di contraffazione di valori bollati (artt. 453, 459 c.p.). A detiene un *hard disk* nel quale sono caricate immagini di valori bollati. A viene sorpreso dalla forza pubblica appena prima di stampare tali immagini. A viene ritenuto responsabile di tentativo di contraffazione di valori bollati (caso tratto da Cass., sent. 8 marzo 2006, n. 11157²⁹).

Il caso attiene al problema dei rapporti tra l'art. 453 c.p. (integrato dall'art. 459 c.p.), che punisce la contraffazione di valori di bollo, l'art. 460 c.p., che punisce la contraffazione della carta filigranata che si adopera per la fabbricazione dei valori di bollo e l'art. 461 c.p., che punisce la detenzione di strumenti destinati esclusivamente alla contraffazione di valori di bollo. Ai fini che qui interessano, tuttavia, rileva soprattutto il passo della motivazione con cui la Corte di cassazione giustifica l'inquadramento, come tentativo di contraffazione di valori di bollo, della detenzione dell'*hard disk* di cui al caso concreto. Afferma dunque la Cassazione: «Il fatto che in quel preciso momento il predetto *hard disk* non fosse collegato al computer, se pure rispondente al vero, non sarebbe decisivo, atteso che è il possesso (ingiustificato)

²⁹ La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2007, pp. 2497 s.

delle immagini di valori bollati che lascia ragionevolmente credere che il ricorrente avesse posto in essere atti preparatori per la loro riproduzione. Il possesso del predetto *hard disk*, a ben vedere, deve essere equiparato al possesso di una matrice per la stampa delle "marche" di cui sopra, possesso che un privato pone in essere, secondo una non contestabile massima di esperienza, solo per procedere alla stampa (o comunque alla riproduzione) abusiva di valori che solo lo Stato può emettere. Costituisce dunque tentativo punibile il possesso di apparecchiature e di immagini elettroniche di valori bollati qualora il detentore sia stato sorpreso nell'imminenza di procedere alla stampa delle immagini riprodotte».

Caso 28 in tema di vendita di prodotti industriali con segni mendaci (art. 517 c.p.). A si reca alla dogana e presenta prodotti ludici sulle cui confezioni è raffigurato un personaggio di fantasia caratterizzato dalle sembianze del Pokemon Pikachu, figurino di animazione al cui utilizzo è autorizzata la casa produttrice di videogiochi Nintendo. A viene ritenuto responsabile del tentativo di vendita di prodotti industriali con segni mendaci (caso tratto da Cass., sent. 11 luglio 2006, n. 28372³⁰).

L'art. 517 c.p. punisce chiunque «pone in vendita o mette altrimenti in circolazione opere dell'ingegno o prodotti industriali, con nomi, marchi o segni distintivi nazionali o esteri, atti a indurre inganno il compratore sull'origine, provenienza o qualità dell'opera o del prodotto». La Corte di cassazione ha ritenuto di riconoscere nella vicenda di specie la forma tentata del delitto ora descritto, affermando che «nel caso in esame, deve configurarsi il tentativo del reato di cui all'art. [517 c.p.](#), costituendo la presentazione della merce, recante marchi o segni distintivi mendaci, per lo sdoganamento, atto idoneo univocamente diretto, tenuto conto della qualità del soggetto che lo effettua e delle altre circostanze del fatto, a porre in vendita o mettere altrimenti in circolazione prodotti con marchi e altri segni industriali atti ad indurre in inganno il compratore. Va osservato in proposito che l'ampia nozione insita nell'espressione "mette altrimenti in circolazione opere dell'ingegno o prodotti industriali" adoperata nell'art. [517 c.p.](#), a differenza di quella

³⁰ La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2007, pp. 2853 s.

contenuta nell'articolo precedente mediante l'uso dei termini "pone in vendita o mette altrimenti in commercio", esprime la volontà del legislatore di impedire qualsiasi forma di diffusione di prodotti industriali che adoperano nomi, marchi o segni distintivi nazionali ed esteri atti ad indurre in inganno il compratore. Alla luce della *ratio* della norma – come affermato nel precedente di questa Corte – deve ritenersi, pertanto, vietata ogni attività con la quale si faccia uscire a qualsiasi titolo la "res" dalla sfera giuridica e di custodia del detentore, sicché lo sdoganamento di merci che contengano segni distintivi aventi tali caratteristiche integra certamente la fattispecie del tentativo del delitto di cui all'art. [517 c.p.](#), allorché per la quantità del prodotto, la qualità dell'autore del fatto e le altre circostanze della condotta, quali la preesistenza di un'organizzazione di mezzi diretti alla vendita o alla diffusione di merci, l'attività si palesi idonea ed univocamente destinata alla diffusione in qualsiasi modo del prodotto stesso».

Caso 29 in tema di furto (art. 624 c.p.). A e B, intorno alle ore 12:15, avvalendosi di un grosso palo di legno scardinano la grata di una finestra posta al pian terreno dell'abitazione di C. C si trova tuttavia in casa. Allertato dai rumori, si affaccia alla finestra e spara tre colpi di pistola in aria, inducendo A e B alla fuga. Catturati dalla forza pubblica, A e B adducono, a giustificazione del loro comportamento, che volevano entrare nell'abitazione di C per curiosità. A e B vengono tuttavia ritenuti responsabili di tentato furto in abitazione in concorso (caso tratto da Cass., sent. 29 gennaio 2007, n. 7702³¹).

Riportiamo la motivazione con la quale la Corte di cassazione è pervenuta alla decisione di condannare gli imputati: ci pare valga la pena considerando che è una delle poche motivazioni, in tema di tentativo, che partono dalla ricostruzione del significato da attribuire all'art. 56 c.p. Ebbene, afferma la Cassazione: «Per la sussistenza del tentativo, gli atti, oltre che idonei, devono, invero, essere oggettivamente diretti in modo non equivoco a commettere un determinato delitto. L'univocità si pone, dunque, come requisito di natura sostanziale, che consente di

³¹ La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2007, p. 4605. V. anche l'analoga sentenza Cass., 17 settembre 2010, n. 36820, disponibile sulla banca dati informatica *DeJure*.

selezionare, tra gli atti "idonei", quelli effettivamente punibili ex art. [56 c.p.](#) La giurisprudenza di questa Corte afferma in proposito che il requisito dell'univocità degli atti "va accertato sulla base delle caratteristiche oggettive della condotta criminosa" [...], nel senso che gli atti posti in essere devono in se stessi possedere, riguardati nel contesto in cui sono inseriti, l'attitudine a denotare il proposito criminoso perseguito, anche qualora sia stata conseguita *aliunde* la prova del fine verso cui tende l'agente [...]. Occorre, in altre parole, ricostruire, sulla base delle prove disponibili, la direzione teleologica della volontà dell'agente quale emerge dalle modalità di estrinsecazione concreta della sua azione, allo scopo di accertare quale sia stato il risultato da lui avuto di mira, sì da pervenire con il massimo grado di precisione possibile all'individuazione dello specifico bene giuridico aggredito e concretamente posto in pericolo [...]. Ora, muovendo dal concetto di univocità su esposto, ne deriva – in riferimento alla fattispecie concreta – che l'atto di introdursi in un'abitazione altrui, dopo avere divelto la grata di protezione di una finestra del piano terra, può ritenersi univocamente diretto a commettere un furto all'interno dell'abitazione medesima. Gli atti, considerati in se medesimi, per il contesto nel quale si inseriscono, nonché per la loro natura ed essenza sono – secondo le norme di esperienza e l'*id quod plerumque accidit* – giunti ad un livello di sviluppo tale da evidenziare il fine cui erano diretti, anche perché non risultavano sussistere motivi diversi che potessero aver animato siffatta condotta, né gli imputati avevano prospettato plausibili giustificazioni del loro operato tenuto conto inoltre del fatto che – come la Corte di merito ha osservato – non si trattava di un casolare abbandonato, ma di una casa abitata, apparsa (forse) momentaneamente disabitata agli imputati».

Caso 30 in tema di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone (art. 393 c.p.). A e B minacciano di morte l'avvocato C perché questi riconosca loro il risarcimento del danno subito a seguito della sua negligente condotta professionale. A e B vengono riconosciuti responsabili di tentativo di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone (caso tratto da Cass., sent. 19 dicembre 2007, n. 4456³²).

³² La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2008, p. 4674.

La Corte di cassazione decide il caso partendo dalla considerazione che l'art. 393 c.p. presuppone la minaccia. Questa nella vicenda concreta si è effettivamente avuta. La Cassazione, poi, ritiene che il delitto punito dall'art. 393 c.p. – «Chiunque, [al fine di esercitare un preteso diritto] e potendo ricorrere al giudice, si fa arbitrariamente ragione da se medesimo usando violenza o minaccia alle persone» – debba essere considerato un reato di evento, che dunque ammette il tentativo. Infatti, secondo i giudici di legittimità «il concetto di farsi ragione da sé presuppone il raggiungimento dello scopo». La Corte quindi conclude affermando che «quando si pongono in essere atti idonei diretti in modo non equivoco a raggiungere tale scopo (che tuttavia non si consegue), deve trovare pacificamente spazio la ipotesi delittuosa ex artt. [56](#) e 393 c.p.».

Caso 31 in tema di contraffazione di opere d'arte (art. 178, co. 1, lett. a), d. lgs. n. 42/2008). A, su invito di B, fornisce a C le indicazioni sulle alterazioni da apportare ad alcune opere d'arte. B viene ritenuto responsabile di tentata contraffazione di opere d'arte in concorso (caso tratto da Cass., sent. 9 luglio 2009, n. 38968³³).

L'art. 178, co. 1 punisce «*a*) chiunque, al fine di trarne profitto, contraffatta, altera o riproduce un'opera di pittura, scultura o grafica, ovvero un oggetto di antichità o di interesse storico od archeologico; *b*) chiunque, anche senza aver concorso nella contraffazione, alterazione o riproduzione, pone in commercio, o detiene per farne commercio, o introduce a questo fine nel territorio dello Stato, o comunque pone in circolazione, come autentici, esemplari contraffatti, alterati o riprodotti di opere di pittura, scultura, grafica o di oggetti di antichità, o di oggetti di interesse storico od archeologico; *c*) chiunque, conoscendone la falsità, autentica opere od oggetti, indicati alle lettere *a*) e *b*) contraffatti, alterati o riprodotti; *d*) chiunque mediante altre dichiarazioni, perizie, pubblicazioni, apposizione di timbri od etichette o con qualsiasi altro mezzo accredita o contribuisce ad accreditare, conoscendone la falsità, come autentici opere od oggetti indicati alle lettere *a*) e *b*) contraffatti, alterati o

³³ La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2010, pp. 2407 s.

riprodotti». La Corte di cassazione, nel decidere il caso, afferma: «L'illecito contestato [...] ha una struttura che ne rende compatibile (eccezion fatta per la fattispecie della mera "detenzione per fare commercio" [...]) la fattispecie del tentativo [...]. Infatti l'illecito in esame contempla una serie di condotte differenziate, delle quali una sola ("detenzione al fine di fare commercio" di esemplari contraffatti o alterati o riprodotti di opere di pittura, scultura, grafica o di oggetti di antichità o di oggetti di interesse storico o archeologico) può essere definita di mera condotta con la conseguenza che non è prospettabile l'ipotesi del tentativo, posto che il *quid minimum* della condotta di detenzione, determina la consumazione del reato. Le restanti ipotesi fattuali previste dalle lett. a) e b), trattandosi di reati di evento, consentono la previsione dell'ipotesi del tentativo. Nel caso di specie l'imputato è accusato di avere agito come intermediario (concorrente) tra colui che era committente e colui che doveva essere l'esecutore della falsificazione di specifiche opere d'arte fornendo le indicazioni delle specifiche alterazioni che dovevano essere apportate sulle opere pittoriche. Tale condotta è stata considerata dal Tribunale prima e dalla Corte territoriale poi, con giudizio di merito adeguatamente motivato non sindacabile in sede di legittimità, come idonea e non equivoca alla commissione dell'illecito contestato (contraffazione di un dipinto) che è strutturalmente compatibile con la fattispecie del tentativo». Ne deriva che, secondo i giudici di legittimità, deve essere confermata la condanna per tentata contraffazione di opere d'arte.

Caso 32 in tema di incendio (art. 423 c.p.). A, dopo aver confezionato una bottiglia incendiaria, la scaglia contro la vetrata della trattoria di B. Le fiamme divampano e solo il tempestivo utilizzo di un estintore da parte di B consente di spegnere il fuoco. A viene condannato per tentato incendio (caso tratto da Cass., sent. 14 gennaio 2009, n. 4417³⁴).

Nel caso, i giudici di primo e di secondo grado avevano ritenuto l'imputato responsabile del delitto di incendio nella forma della consumazione. La Corte di

³⁴ La massima della sentenza è pubblicata in *Cass. pen.*, 2010, pp. 631 s.

cassazione sconfessa la soluzione dei giudici di merito, richiamando la propria precedente giurisprudenza, secondo la quale bisogna tenere ben ferma la distinzione tra semplice “fuoco” e vero e proprio “incendio”. Secondo la Cassazione si ha “incendio” soltanto quando il fuoco divampi in vaste proporzioni, irrefrenabilmente, con fiamme divoratrici dotate di una potenza distruttrice, così da porre in pericolo l’incolumità di un numero indeterminato di persone. Se le fiamme non raggiungono tali proporzioni, invece, deve ritenersi escluso l’incendio. Ne consegue che, quando il fuoco sia prontamente domato prima di aver raggiunto dimensioni distruttive, può al più configurarsi il tentativo di incendio (doloso). Ciò è proprio quanto è accaduto nel caso di specie: il fuoco, potenzialmente idoneo a svilupparsi in incendio, è stato tuttavia immediatamente spento da B. Ne consegue che nel fatto concreto deve riconoscersi un’ipotesi di semplice tentativo di incendio.

Caso 33 in tema di estorsione (art. 629 c.p.). Intorno a mezzogiorno A e B si presentano all’impiegato di un emporio alimentare, qualificandosi come rappresentanti di formaggi e asserendo di dover parlare con il titolare, al fine di «incassare dei soldi». Il titolare dell’emporio, tuttavia, in quel momento non è presente. A e B allora dicono all’impiegato che si ripresenteranno nel pomeriggio. L’episodio insospettisce l’impiegato (anche per il «brutto aspetto» di A e B), che quindi avvisa il titolare dell’esercizio. Questi, pure insospettito, si reca dai Carabinieri per riferire i fatti. Nell’occasione, specifica che la sede commerciale della propria attività non coincide con l’emporio e si sofferma sull’aspetto poco rassicurante di A e B. Al pomeriggio questi ultimi si recano di nuovo all’emporio e chiedono all’impiegato notizie del titolare. L’impiegato risponde che egli non è presente e A e B replicano che, in un’ora, il titolare deve «per forza» farsi trovare all’emporio. I Carabinieri fermano A e B, che vengono poi ritenuti responsabili di tentata estorsione (caso tratto da Cass., sent. 1 luglio 2009, n. 34242³⁵).

Sembra utile riportare integralmente la motivazione che consente alla Corte di cassazione di ritenere sussistente, nel caso concreto, un tentativo di estorsione: «E’,

³⁵ La sentenza è disponibile sulla banca dati informatica *DeJure*.

invero, indubbio che la direzione inequivoca dell'atto, come la stessa sua potenzialità lesiva (cioè la possibilità di raggiungere lo scopo illecito a cui è diretto), assume difforme valenza se rivolta a persona diversa per cultura, ambiente, abitudini, ecc., poiché il linguaggio (labiale e gestuale) e la portata dell'azione esprimono valenze diverse se rapportate ad implicite, ma incontestabili allusioni, scaturenti dagli usi e dalla cultura propri dell'area territoriale in cui si svolge l'azione. Non è, invece, utile il richiamo [della difesa] alla categoria degli "atti preparatori", quale soglia che non accoglie in sé la fattispecie del delitto tentato. Il codice ha, infatti, abbandonato questa categoria, rinviando per la forma del delitto in discorso alle sole caratteristiche, dianzi menzionate, di idoneità ed inequivocità della direzione degli atti stessi. La premessa dell'impugnazione si presenta, conseguentemente, impropria già in linea astratta. Ma, nel caso in esame, l'assunto difensivo se calato nella dinamica della vicenda, è meramente suggestivo, quanto infondato. Infatti, la volontà di "incassare" denaro, senza avere ancora eseguito la fornitura di merce e senza pregresso accordo sul punto con il commerciante, evidenzia – salvo credibile spiegazione (che non è stata resa dagli interessati) – la richiesta di un ingiusto profitto. Istanza che si accompagnò con la perentoria pretesa degli interlocutori di convocare il titolare dell'esercizio [all'emporio], non ove egli era rinvenibile e dove non era consuetudine trattare le proposte di acquisto della merce. Domanda che fu presentata in termini che, non soltanto risultarono inquietanti per la modalità con cui [furono espressi], ma che richiamarono alla mente delle persone a cui [la domanda] era diretta un inconfondibile portato minatorio. Dunque, i ricorrenti non diedero vita ad un segmento d'azione penalmente irrilevante o [ad] un mero inizio di attività ancora non valutabile nel suo significato criminoso, poiché la richiesta degli incassi rappresentava già la esplicitazione del motivo della visita e l'anticipazione della formulazione della pretesa che nei suoi contenuti si qualificava *ab origine* come estorsiva. Non si trattava, quindi, di un atto preparatorio, poiché le espressioni rivolte ai rappresentanti dell'impresa commerciale manifestavano già compiutamente la volontà protesa al conseguimento di un profitto ingiusto e non certamente la ricerca di una mera occasione (del resto, non prevista dai correi che ritenevano, stando alle loro domande all'impiegato, di trovare il [titolare] presso la sede del supermercato) tesa all'incontro con il preposto alla gestione commerciale».

Caso 34 in tema di rapina propria (art. 628 c.p.). Intorno alle ore 18:00 una pattuglia di Carabinieri nota che una Fiat Panda di colore bianco sta transitando a velocità estremamente bassa nei pressi di una sala giochi. I Carabinieri accertano che la Panda risulta intestata ad A, soggetto con precedenti penali per rapina. Sopraggiunge poco dopo un'altra Fiat Panda, di colore nero. Le due autovetture cominciano a tenere monitorata la sala giochi con ripetuti passaggi nei pressi. Dopo un paio d'ore, i passeggeri della Panda di colore bianco dapprima sostano proprio davanti alle vetrine della sala giochi, poi scendono dall'auto e percorrono a piedi l'isolato. A quel punto i Carabinieri decidono di fermare e controllare le due autovetture. Nella panda di colore nero, occupata da A, B, C e D, viene rinvenuta una busta bianca di *cellophane* contenente quattro passamontagna neri, di lana, tipo "mephisto", nonché una pistola marca FN HERSTAL, cal. 7,65, con matricola abrasa. L'arma risulta essere perfettamente funzionante, con il colpo in canna e munita di un caricatore con ulteriori sei proiettili. Inoltre, risulta essere stata modificata – con l'esecuzione di una filettatura sul vivo di volata – per l'installazione di silenziatore. Gli occupanti vengono fermati dai Carabinieri e successivamente attinti da un'ordinanza di custodia cautelare in carcere, che contesta il tentativo di rapina (caso tratto da Cass., sent. 15 giugno 2010, n. 28213³⁶).

La Corte di cassazione, nel caso, ha confermato l'ordinanza di custodia cautelare emessa dal G.i.p. e già ritenuta valida dal Tribunale del riesame. Secondo il Supremo collegio, infatti, sulla base delle circostanze fattuali del caso concreto e della inverosimiglianza delle giustificazioni addotte dagli indagati, non si può che concludere che questi ultimi fossero in procinto di rapinare la sala giochi.

Caso 35 in tema di omicidio (art. 575 c.p.). A, B e C fanno parte di un'associazione per delinquere di tipo mafioso. C si propone di assassinare D, consigliere comunale che aveva allontanato lo stesso C dal comune partito politico di appartenenza per sospetti di contiguità mafiosa. C dunque invia A e B nei pressi dell'abitazione di D,

³⁶ La sentenza è disponibile sulla banca dati informatica *DeJure*.

per tendere a quest'ultimo un agguato. Durante l'attesa di D, A e B hanno una conversazione telefonica con C, che spiega loro come riconoscere la vittima, riferisce delle abitudini di quest'ultima e indica il garage nel quale la vittima è solita parcheggiare la propria auto, circondato da numerose piante tra le quali è facile appostarsi per colpire. L'agguato tuttavia fallisce, in quanto D nel frattempo è stato avvertito dai Carabinieri che hanno ascoltato la telefonata. Il giorno dopo, A e B tornano nei pressi dell'abitazione di D. Dalle intercettazioni ambientali risulta che, in quell'occasione, A e B hanno con loro una pistola. Anche questa volta, D scampa all'agguato. Il giorno ancora successivo, C comunica ad A e B che, se vogliono, possono nuovamente appostarsi presso l'abitazione di D per colpirlo al momento del suo rientro a casa. A questo punto, i Carabinieri intervengono fermando A e B. A, B e C vengono ritenuti responsabili di tentato omicidio in concorso (caso tratto da Cass., sent. 4 marzo 2010, n. 27918³⁷).

La Corte di cassazione non si dilunga più di tanto in diritto per motivare la propria decisione. Dopo aver ricostruito i fatti, afferma che «trattasi [...] di atti preparatori idonei ad integrare gli estremi del tentativo punibile, essendo stati essi idonei e diretti in modo non equivoco alla consumazione dell'omicidio di [D], nei cui confronti erano stati predisposti più appostamenti, con il fine di localizzare il luogo in cui la vittima si sarebbe dovuta recare; ed a nulla rileva che nessuno degli agguati anzidetti sia stato portato a termine, per non essere stata la vittima presente nei luoghi, probabilmente per essere stata la medesima allertata dai Carabinieri, che avevano effettuato le intercettazioni ambientali e telefoniche sopra descritte».

Caso 36 in tema di omicidio (art. 575 c.p.). A e B, con l'intenzione di uccidere C, rubano un'auto, che utilizzano per fare un primo sopralluogo nei pressi dell'abitazione della vittima designata. Il giorno successivo, A e B rubano un'altra auto e fanno un nuovo sopralluogo nei pressi della casa, portando con sé un fucile calibro 12 con relative munizioni. A e B vengono fermati dai Carabinieri, che stavano sorvegliando i loro movimenti nell'ambito di indagini relative ad una rapina

³⁷ La sentenza è disponibile sulla banca dati informatica *DeJure*.

in banca. A e B vengono assolti dall'accusa di tentato omicidio (caso tratto da Cass., sent. 24 settembre 2008, n. 40058³⁸).

Nel caso, ad A e B è contestato il tentativo di omicidio, sulla base di quanto viene accertato dieci mesi dopo il loro arresto, quando C viene colpito all'addome da due colpi di fucile calibro 12 sparati da persone ignote. I giudici di primo e secondo grado accolgono la ricostruzione dell'accusa e condannano A e B per tentato omicidio. La soluzione dei giudici di merito è tuttavia smentita dalla Corte di cassazione. Sembra utile riportare la motivazione fornita dai giudici di legittimità per la parte in cui si affronta il tema dell'univocità degli atti. Afferma la Cassazione: «La struttura normativa del tentativo è contraddistinta da due elementi essenziali: la direzione non equivoca degli atti e la loro idoneità. Pur in assenza di una riproduzione, nel codice penale vigente, della formula (inizio dell'esecuzione), contenuta nell'art. 61 Codice Zanardelli, ai fini della configurabilità dell'ipotesi disciplinata dall'[art. 56 c.p.](#) è, comunque, necessario il passaggio della condotta dalla fase preparatoria a quella esecutiva. Gli atti diretti in modo non equivoco a commettere un delitto possono, infatti, essere esclusivamente gli atti esecutivi, ossia gli atti tipici, corrispondenti, anche solo in minima parte – come inizio di esecuzione – alla descrizione legale di una fattispecie delittuosa a forma libera o a forma vincolata. Se l'idoneità di un atto può denotarne al più la potenzialità a conseguire una pluralità di risultati, soltanto dall'inizio di esecuzione di una fattispecie delittuosa può dedursi la direzione univoca dell'atto stesso a provocare proprio il risultato criminoso voluto dall'agente. Sono, pertanto, irrilevanti, a titolo di tentativo, gli atti preparatori, ossia le manifestazioni esterne del proposito delittuoso che abbiano carattere strumentale rispetto alla realizzazione, non ancora iniziata, di una figura delittuosa. Essi non sono puniti come tentativo per la loro "lontananza" dal risultato lesivo e, dunque, per la loro bassa pericolosità rispetto al bene giuridico. L'[art. 115 c.p.](#) conferma tale interpretazione per quanto attiene alle condizioni e ai limiti di rilevanza del tentativo punibile. Dal medesimo [art. 115 c.p.](#), d'altra parte, si deduce anche la (possibile) rilevanza per l'ordinamento di atti che ancora non sono esecutivi

³⁸ La sentenza è disponibile sulla banca dati informatica *DeJure*.

di una fattispecie criminosa, ma che, a partire dalla prima manifestazione esterna del proposito delittuoso, predispongono i mezzi e creano le condizioni per il delitto. Si tratta, appunto, degli atti preparatori, che vengono presi in considerazione dal citato [art. 115 c.p.](#), per l'applicazione di misure di sicurezza, fatti salvi i casi in cui, in via di eccezione, la legge li preveda come figure autonome di reato [...]. La stessa nozione di univocità degli atti, contenuta nell'[art. 56 c.p.](#), depone a favore dell'impunità, a titolo di tentativo, dei meri atti preparatori. La "direzione non equivoca" indica, infatti, non un parametro probatorio, bensì un criterio di essenza e deve essere intesa come una caratteristica oggettiva della condotta, nel senso che gli atti posti in essere devono di per sé rivelare l'intenzione dell'agente. L'univocità, intesa come criterio di "essenza", non esclude che la prova del dolo possa essere desunta *aliunde*, ma impone soltanto che, una volta acquisita tale prova, sia effettuata una seconda verifica al fine di stabilire se gli atti posti in essere, valutati nella loro oggettività per il contesto nel quale si inseriscono, per la loro natura, siano in grado di rivelare, secondo le norme di esperienza e *l'id quod plerumque accidit*, l'intenzione, il fine perseguito dall'agente. [...] La decisione della Corte d'appello di Milano si basa su un'erronea interpretazione della legge penale anche nella parte in cui attribuisce alla nozione di univocità degli atti, contenuta nell'[art. 56 c.p.](#), una valenza esclusivamente probatoria, e disconosce che la "direzione non equivoca" indica, invece, un criterio di essenza e deve essere intesa come caratteristica oggettiva della condotta. Tale vizio esegetico si riflette sull'intera struttura motivazionale della sentenza che, dopo avere desunto *aliunde* la prova del presunto dolo omicidiario, ha ommesso di accertare se i comportamenti effettivamente posti in essere, considerati di per sé nella loro oggettività, erano in grado di rivelare la direzione verso il fine criminoso o dovevano, più correttamente, essere qualificati come meri atti preparatori, non essendosi concretizzati in atti tipici, corrispondenti, anche solo in minima parte – come inizio di esecuzione – alla descrizione legale della fattispecie delittuosa contestata. Infine, è da osservare che, poiché la prova del fine criminoso è necessaria a prescindere dal requisito dell'univocità degli atti, la concezione soggettiva, incentrata sulla ricostruzione probatoria del presunto dolo omicidiario, con parallela svalutazione del dato obiettivo – prospettata nella sentenza impugnata –, finisce per legittimare una non consentita *interpretatio abrogans* dell'[art. 56 c.p.](#) e per sanzionare penalmente

intenzioni criminose non ancora estrinsecatesi in un'iniziale, effettiva aggressione di un bene giuridico. L'annullamento della sentenza impugnata va pronunciato senza rinvio nei confronti di [A e B], perché i vizi e le lacune del ragionamento probatorio, risultanti dall'esame del testo, dimostrano di per sé la mancanza in ordine al requisito dell'univocità degli atti e, perciò, l'insormontabile difficoltà e impossibilità di pervenire altrimenti a una conclusione diversa dall'assoluzione con l'ampia formula liberatoria, "perché il fatto non sussiste"».

Caso 37 in tema di estorsione (art. 629 c.p.). A, per conto di B, capo di una famiglia mafiosa, intima a C, gestore di un'agenzia ippica, di pagare alcune somme di denaro, minacciando gravi conseguenze in caso di rifiuto. A viene ritenuto responsabile di estorsione aggravata (caso tratto da Cass., sent. 7 gennaio 2010, n. 9411³⁹).

Nel caso, la Corte di cassazione afferma: «L'istituto del tentativo, disciplinato dall'[art. 56 c.p.](#), è correlato al concetto di consumazione del reato, che esprime la compiuta realizzazione di tutti gli elementi costitutivi di una fattispecie criminosa: può parlarsi di consumazione del reato tutte le volte in cui il fatto corrisponde interamente al tipo astratto delineato dalla norma incriminatrice. Il momento consumativo segna l'esaurirsi dell'*iter criminis*, che, nei reati dolosi, passa attraverso fasi differenti: a) l'ideazione, che si svolge all'interno della psiche dell'agente e culmina nella risoluzione criminosa; b) la preparazione, caratterizzata dalla predisposizione dei mezzi e dalla ricerca delle occasioni propizie; c) l'esecuzione, che coincide con la realizzazione del progetto criminoso; d) la consumazione vera e propria del reato. In coerenza con i principi generali di un diritto penale del fatto, qual è quello delineato dalla nostra Costituzione, il fondamento della punibilità del tentativo deve essere ravvisato nella esposizione a pericolo (o nella mancata neutralizzazione di un pericolo) per il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice. La struttura normativa del tentativo è contraddistinta da due elementi essenziali: la direzione non equivoca degli atti e la loro idoneità. Pur in assenza di una riproduzione, nel codice penale vigente, della formula (inizio dell'esecuzione),

³⁹ La sentenza è disponibile sulla banca dati informatica *DeJure*.

contenuta nell'art. 61 del codice Zanardelli, ai fini della configurabilità dell'ipotesi disciplinata dall'[art. 56 c.p.](#) è, comunque, necessario il passaggio della condotta dalla fase preparatoria a quella esecutiva: gli atti diretti in modo non equivoco a commettere un delitto possono, infatti, essere esclusivamente gli atti esecutivi, ossia gli atti tipici, corrispondenti, anche solo in minima parte – come inizio di esecuzione – alla descrizione legale di una fattispecie delittuosa a forma libera o a forma vincolata. Se l'idoneità di un atto può denotare al più la potenzialità dell'atto a conseguire una pluralità di risultati, soltanto dall'inizio di esecuzione di una fattispecie delittuosa può dedursi la direzione univoca dell'atto stesso a provocare proprio il risultato criminoso voluto dall'agente. La "direzione non equivoca" indica, infatti, non un parametro probatorio, bensì un criterio di essenza e deve essere intesa come una caratteristica oggettiva della condotta, nel senso che gli atti posti in essere devono di per sé rivelare l'intenzione dell'agente. L'univocità, intesa come criterio di essenza, non esclude che la prova del dolo possa essere desunta *aliunde*, ma impone soltanto che, una volta acquisita tale prova, sia effettuata una seconda verifica al fine di stabilire se gli atti posti in essere, valutati nella loro oggettività per il contesto nel quale si inseriscono, per la loro natura e la loro essenza, siano in grado di rivelare, secondo le norme di esperienza e secondo *l'id quod plerumque accidit*, l'intenzione, il fine perseguito dall'agente. [...] La sentenza impugnata è conforme ai principi giuridici in precedenza illustrati. Con argomentazione logicamente sviluppata e puntuale richiamo alle circostanze di fatto – in quanto tali insindacabili in sede di legittimità –, ha evidenziato il ruolo di esattore delle somme dovute a titolo di estorsione, svolto da [A] per conto di [B], esponente di vertice della "famiglia" mafiosa della Noce, e ha ricostruito, sulla base delle intercettazioni svolte, il complesso dei contatti intercorsi, da un lato, tra [A] e [B], funzionali a definire la strategia delle domande estorsive, formulate, tra gli altri, da parte di [A], emissario di [B], nei confronti di [C], titolare dell'agenzia ippica "Z.37", e, dall'altro, tra [A] e [C] in vista della corresponsione da parte di quest'ultimo delle somme, oggetto delle pregresse richieste, in cambio della "tutela" della sua attività. L'intervento operato da [A] nei confronti di [C] per prospettargli la necessità di uniformarsi alle pretese estorsive e le negative conseguenze cui sarebbe stato esposto in caso contrario ad opera del sodalizio di stampo mafioso capeggiato da [B], la risposta positiva della

parte offesa quale conseguenza dell'azione intimidatoria volta coartare la sua volontà e il successivo accordo tra [A] e [B] in vista dei tempi e delle modalità della riscossione integrano l'idoneità e l'univocità degli atti finalizzati alla consumazione del delitto di estorsione contestato».

Procediamo ora a **sistematizzare la giurisprudenza** qui riportata e ad enuclearne il significato, così da poter definire il punto di partenza della nostra indagine: vale a dire l'effettivo ruolo giocato dall'idea di esecuzione nella punibilità degli atti a titolo di tentativo.

Dunque, va in primo luogo osservato che *numerosi sono i Casi in cui la Corte di cassazione considera punibili a titolo di tentativo atti che non sono esecutivi:*

- il Caso 2 in tema di frode nel commercio di medicinali, laddove la Cassazione considera tentativo di somministrazione la detenzione finalizzata alla somministrazione;
- il Caso 6 in tema di frode fiscale, laddove la Cassazione considera la condotta di omessa fatturazione di corrispettivi potenzialmente idonea ad integrare un tentativo di frode, delitto che prevede quantomeno la presentazione di una dichiarazione fiscale;
- il Caso 13 e il Caso 14 in tema di favoreggiamento personale, laddove la Cassazione ritiene punibile a titolo di tentativo il “darsi da fare” per aiutare il compagno latitante;
- il Caso 16 in tema di concussione, laddove la Cassazione afferma che il tentativo di concussione è ipotizzabile ogni volta che il pubblico agente compie atti idonei a costringere o ad indurre taluno a farsi dare o promettere denaro o altra utilità, indipendentemente dal verificarsi dello stato di soggezione del destinatario della richiesta;
- il Caso 20 in tema di rapina impropria, laddove la Cassazione ritiene configurato il tentativo quando ancora non si è verificata neppure la sottrazione della cosa mobile altrui;
- il Caso 21 in tema di truffa, laddove la Cassazione considera punibile a titolo di tentativo la semplice consegna del cartellino marca-tempo;

- il Caso 23 e il Caso 34 in tema di rapina propria, laddove la Cassazione ritiene sussistente il tentativo quando ancora non vi è stato alcun uso di violenza;
- il Caso 25 in tema di violazione di domicilio, laddove la Cassazione considera tentativo la condotta di colui che prende a calci e pugni la porta dell'appartamento della propria ragazza al fine di entrarvi;
- il Caso 27 in tema di contraffazione di valori di bollo, laddove la Cassazione afferma la punibilità a titolo di tentativo della semplice disponibilità di strumenti idonei alla contraffazione;
- il Caso 28 in tema di vendita di prodotti industriali con segni mendaci, laddove la Cassazione considera tentativo la presentazione alla dogana di tali prodotti;
- il Caso 31 in tema di contraffazione di opere d'arte, laddove la Cassazione ritiene punibile a titolo di tentativo la semplice indicazione delle alterazioni da apportare sulle opere;
- il Caso 33 in tema di estorsione, laddove la Cassazione ritiene responsabili di tentativo soggetti che si sono semplicemente recati presso un esercizio commerciale al fine di incontrarsi con il titolare e poterlo così minacciare.

In secondo luogo, va altresì osservato che ci siamo imbattuti in una cospicua serie di *“falsi positivi”*, vale a dire di *Casi in cui la Corte di cassazione in effetti considera punibili a titolo di tentativo atti esecutivi, ma arriva a tale risultato – potremmo dire – inconsapevolmente, nel senso che la soluzione adottata non riposa su alcun presupposto concettuale, su alcun argomento giuridico, tanto da far insorgere il sospetto che tutto sia dovuto alla fortuita coincidenza che, nella vicenda concreta, gli atti di cui si discute sono proprio atti tipici o parzialmente tali. D'altra parte, in alcune delle pronunce da cui sono tratti i Casi la Corte di cassazione si lascia sfuggire che, comunque, vanno considerati punibili a titolo di tentativo del delitto che viene alla volta in rilievo tutti gli atti (idonei e) diretti in modo non equivoco alla consumazione di quel delitto. Vanno dunque richiamati:*

- il Caso 1 in tema di calunnia reale, laddove, giudicando di un fatto concreto consistente nell'introduzione di droga in un'auto, la Cassazione afferma che il tentativo si configura quando l'agente sia sorpreso nell'atto della simulazione o comunque quando la simulazione non sia portata a compimento per fatto

indipendente dalla volontà dell'agente, purché si tratti in questo caso di condotta diretta alla consumazione del reato di calunnia;

- il Caso 7 in tema di turbativa d'asta, laddove, giudicando di un fatto concreto consistente nell'offerta ad allontanarsi dall'asta, la Cassazione ammette che il tentativo può in effetti configurarsi in tutti i casi in cui si compiano atti idonei diretti univocamente all'impedimento o alla turbativa della gara;

- il Caso 8 in tema di indebito utilizzo di carte di credito, laddove, giudicando di un fatto concreto consistente nel compimento di operazioni presso uno sportello bancomat, la Cassazione ritiene che – a differenza di quanto deve considerarsi con riferimento all'utilizzo di una carta *viacard*, per cui, pur potendosi anche qui immaginare il tentativo, la consegna all'addetto già integra la vera e propria consumazione – quando si tratti di carta bancomat la sfera del tentativo si ampli notevolmente, giungendo essa a ricomprendere anche l'inserimento della carta nello sportello e l'attività di digitazione sullo sportello;

- il Caso 12 in tema di concussione, laddove la Cassazione, giudicando di un fatto concreto consistente nella negazione di una dovuta autorizzazione da parte del pubblico agente seguita dalla promessa del privato, che tuttavia si era già rivolto alla forza pubblica, reputa sussistente il tentativo e motiva facendo riferimento non all'univocità, ma alla circostanza che non poteva ritenersi indotto nel privato alcun timore, la cui insorgenza configura il momento consumativo della concussione;

- il Caso 22 in tema di estorsione, laddove la Cassazione, giudicando di un fatto concreto consistente nell'uso di violenza, afferma la sussistenza del tentativo senza motivare sul significato da attribuire al concetto di univocità;

- il Caso 24 in tema di violenza privata, laddove la Cassazione, giudicando di un fatto concreto consistente nell'uso di violenza, ritiene integrato il tentativo anche qui senza soffermarsi sulle premesse della soluzione adottata;

- il Caso 26 in tema di concussione, laddove la Cassazione, giudicando di un fatto concreto consistente nella minaccia del pubblico agente di abusare dei propri poteri non seguita da alcuna promessa del privato, in modo analogo a quanto accade nel Caso 12 ritiene sussistente il tentativo motivando tuttavia sulla base della circostanza che non poteva ritenersi verificato alcun timore nel privato;

- il Caso 30 in tema di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone, laddove la Cassazione, giudicando di un fatto concreto consistente in una minaccia di morte, afferma la sussistenza del tentativo, che deve ritenersi configurato quando si pongono in essere atti idonei diretti in modo non equivoco a raggiungere lo scopo di farsi ragione.

Un discorso a parte, poi, vogliamo riservare al Caso 17 (da leggere unitamente al Caso 5), in tema di rapina impropria, e ai Casi di furto. Quanto alla rapina impropria, la Corte di cassazione afferma che di tentativo può correttamente parlarsi soltanto se l'agente ha già provveduto a sottrarre la cosa mobile altrui. *Tale conclusione, secondo i giudici di legittimità, è peraltro imposta non dall'idea di esecuzione, ma dalla peculiare dinamica criminosa presa in considerazione dalla fattispecie descritta dall'art. 628 cpv. c.p., che appare registrata su un imprescindibile nesso temporale tra sottrazione e violenza. Quanto al furto, anzitutto è da dire che il Caso 5 – l'agente viene sorpreso prima di essere riuscito a sottrarre la cosa mobile altrui –, il Caso 18 – manomissione di un apparecchio telefonico finalizzata all'ottenimento del credito – e il Caso 29 – forzatura della grata di una finestra finalizzata all'ingresso nell'abitazione – non contemplano atti esecutivi. Con riguardo, poi, ai Casi che fanno riferimento a furti commessi all'interno di un supermercato o all'interno di una banca (Caso 3, Caso 10, Caso 15, Caso 19), è sufficiente per ora notare che secondo la Corte di cassazione, *quando tali luoghi non siano sorvegliati, il furto consumato può ritenersi sussistente già al momento della sottrazione della cosa mobile altrui, con la conseguenza che il tentativo è individuabile in un stadio anteriore dell'iter criminis: ciò significa che l'idea di esecuzione non vale neppure in tema di furto.**

A questo punto, si vede che gli *unici due Casi*, tra quelli riportati, *che fanno propria l'idea di esecuzione* sono il Caso 36, in tema di omicidio, e il Caso 37, in tema di estorsione.

Se così è, non ci sembra di esagerare se, al termine dell'esame della giurisprudenza di legittimità del periodo 2000-2010, affermiamo che l'idea di esecuzione, nella punibilità degli atti a titolo di tentativo, non gioca alcun ruolo.

Ciò significa che, per chi sia animato dall'intenzione di ridurre quanto più possibile il penalmente rilevante, e dunque creda nell'idea di esecuzione, il tentativo rappresenta ancora un problema che vale la pena studiare, a prescindere dalla circostanza che l'utilizzo dell'istituto da parte dei giudici possa in sostanza definirsi liberale⁴⁰. Ci sembra così che la nostra indagine riesca, già sotto questo profilo, ad apparire giustificata e, quindi, degna di essere proseguita. Procederemo allora con la ricostruzione del fondamento del tentativo adottando un punto di vista prettamente teorico: ci interessa capire come la punibilità a titolo di tentativo viene spiegata e giustificata dai "teorici". Nei prossimi paragrafi, pertanto, ci dedicheremo a trovare una possibile risposta a tale quesito intermedio.

⁴⁰ Ci si riferisce alla seguente considerazione di G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. PG*, Bologna, 2010, p. 422: «Piuttosto, il vero *punctum dolens* della incriminazione del tentativo sta nella preoccupazione di evitare che l'istituto si presti, nella sua applicazione concreta, ad essere manipolato in senso illiberale: conformemente a questa preoccupazione, veramente decisivo deve ritenersi l'impegno diretto a concretizzare i due requisiti della idoneità e della univocità alla luce del criterio sostanziale che fonda la punibilità – e cioè una "plausibile" esposizione a pericolo del bene protetto». Sul punto v. anche F. PALAZZO, *Il tentativo: un problema ancora aperto? (tipicità e offesa tra passato e futuro)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 38 ss.

1.2. I fondamenti del tentativo ed il loro riflesso sui concetti di idoneità ed univocità.

Per ripercorrere la storia concettuale dell'istituto del tentativo non si adotterà un criterio tematico-cronologico, che vada ad analizzare il pensiero di ciascun autore dall'inizio della modernità giuridica ad oggi sulle diverse questioni concernenti il tentativo. Questo sarebbe al di là delle nostre forze, avrebbe altresì il probabile effetto di disperdere l'attenzione del lettore e, soprattutto, renderebbe ancora più difficile reperire il significato – se ce n'è uno – della dottrina del tentativo. Pertanto, *seguiremo una prospettiva diversa, che da un lato faccia costante riferimento alle funzioni della pena e, dall'altro, consideri le coordinate normative del nostro ordinamento.* Soltanto in questo modo – riteniamo – si può sperare di ottenere il risultato di rappresentare efficacemente le grandi e antiche questioni che decidono della punibilità a titolo di tentativo – e dunque di riuscire a vedere ciò che sta dietro alle costruzioni della dottrina – senza rischiare di perdere il contatto con la realtà (in primo luogo) normativa, dal momento che, da un lato, si proverà a mettere in luce come la struttura del tentativo cambi al variare delle scelte valoriali di fondo dell'interprete ma, dall'altro, si cercherà di reperire i limiti imposti dalla legge a tale disponibilità al mutamento tipica dei “dogmi” e di individuare la *volutas legis* riguardo al tentativo. Riteniamo che questa prospettiva possa valorizzare e concretizzare il pensiero teorico, perché si propone di fare emergere *la reale posta in gioco delle costruzioni concettuali.*

Ora, il tentativo può concepirsi – e almeno oggi in Italia è in linea di massima concepito – come fondato sulla *manifestazione dell'intenzione criminosa dell'agente (concezione soggettivistica)* oppure sul *pericolo corso dal bene giuridico tutelato dalla fattispecie “principale”, cioè dalla fattispecie della consumazione (concezione oggettivistica)*⁴¹. «Nei modelli di disciplina del tentativo,

⁴¹ Questa dialettica dei fondamenti del tentativo costituisce oggi, di norma, il punto di partenza delle opere manualistiche più diffuse. Tuttavia, non sempre è stato così: non sempre si è messa anche soltanto astrattamente in relazione l'idea di pericolo con l'istituto del tentativo, così come non sempre si è visto nel concetto di idoneità la nota caratteristica del tentativo – ciò anche in considerazione della difficoltà di ammettere un pericolo nel caso di esito fausto (su questo problema, cfr. il paragrafo n. 3 di questo capitolo). In realtà, si può pensare che una posizione di questo genere, che in materia di fondamento del tentativo esclude in radice ogni possibile dualismo, presupponga anch'essa il riferimento alle funzioni della pena privilegiando tra di esse la difesa sociale. Per un'analisi delle

l'alternativa di fondo è tra concezioni soggettive e concezioni oggettive del tentativo punibile. Per *concezioni oggettive* intendiamo quelle che fondano la reazione penale sul pericolo corso dal bene giuridico che sarebbe stato offeso qualora il reato fosse stato consumato. Per *concezioni soggettive* intendiamo quelle che legano la reazione penale alla volontà colpevole manifestatasi in una azione soggettivamente diretta a realizzare un reato, valutabile come sintomo di pericolosità criminale»⁴². **In modo sostanzialmente corrispondente, dal punto di vista delle funzioni della pena, il tentativo può assumere una struttura che tendenzialmente obbedisce alle esigenze di difesa sociale (ad una sorta di prevenzione speciale negativa che si realizza prima della consumazione) oppure alla retribuzione per il fatto – inteso in senso “causale”, “naturalistico”, come lesione o messa in pericolo del bene giuridico tutelato – e alla funzione di prevenzione generale negativa che la pena svolge nella fase della minaccia – in una parola, alla deterrenza**⁴³. Per capire questo assunto ci pare utile seguire l'enunciazione che del problema della punibilità del tentativo svolge il classico *Manuale* di Ferrando Mantovani.

Nel citato *Manuale*, il problema viene tripartito: il primo problema che si pone quando si parla di tentativo, infatti, è se e come punire il tentativo stesso. A questo riguardo, si osserva che in un sistema oggettivo puro, che prenda come punto di riferimento la lesione dei beni giuridici tutelati dalle fattispecie criminose, il tentativo non può trovare spazio; invece in un sistema soggettivo puro, che sia centrato sulla pericolosità del soggetto o sulla sua volontà criminosa, il tentativo non solo è ammesso, ma è anche punito come il delitto consumato. Infatti, in un “diritto penale della pericolosità” il tentativo è sintomo delle inclinazioni del soggetto tanto quanto lo è il delitto consumato; in un “diritto penale della volontà” il tentativo e la

diverse posizioni riguardo al legame tra idoneità, pericolo e tentativo – e più in generale riguardo al concetto di idoneità e di pericolo: efficienza causale, adeguatezza, ecc. –, cfr. L. SCARANO, *Il tentativo*, Napoli, 1952, pp. 1 ss. e 143 ss.; M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959, pp. 61 ss. e 127 ss. Per un'efficace sintesi cfr. I. GIACONA, *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, Torino, 2000, pp. 9 ss.

⁴² D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2009, p. 451.

⁴³ Si tratta, come si è detto, di tendenziale corrispondenza: infatti, è chiaro che istanze retributive (ma non per il fatto) sono esaudite anche dalla punizione di un tentativo soggettivamente fondato, come d'altra parte istanze special-preventive negative sono soddisfatte anche dalla punizione di un tentativo oggettivamente fondato. A nostro parere, tuttavia, le funzioni della pena che lasciano la tracce più profonde nel modello di tentativo soggettivistico e in quello oggettivistico sono, rispettivamente, la special-prevenzione negativa e la retribuzione per il fatto/deterrenza. Per ulteriori precisazioni v. poi *infra*, al paragrafo n. 4 del secondo capitolo.

consumazione significano la medesima ribellione alla norma⁴⁴. Il secondo problema in tema di tentativo è che cosa possa costituire tentativo: secondo la concezione soggettivistica basta qualsiasi atto sintomatico della pericolosità del soggetto o della ribellione di questi alla norma; secondo la concezione oggettivistica, invece, «la nozione di tentativo viene ristretta soltanto a quelle manifestazioni della volontà criminosa concretantesi in quegli atti esterni che realizzano una situazione di *reale pericolo*»⁴⁵. Il terzo e ultimo problema che si pone quando si discute di tentativo è il rispetto del principio di legalità, che dovrebbe fungere da barriera contro la punizione degli atti meramente preparatori. Secondo Mantovani, è solo per chi si ponga da una prospettiva oggettivistica che sorge questo problema, «*col ricorrente e perenne conflitto tra difesa sociale e libertà del cittadino*»⁴⁶. Come dire: per il soggettivista conta solo la difesa sociale, vale a dire la neutralizzazione del pericoloso. Ma il soggettivista è colui che fonda il sistema penale – tra l'altro – sulla palesata ribellione del singolo all'ordinamento. Ecco che risulta confermato il nesso tra manifestazione dell'intenzione criminosa dell'agente e funzione special-preventiva negativa della pena⁴⁷. D'altra parte, si coglie pure il nesso tra pericolo e retribuzione

⁴⁴ F. MANTOVANI, *Diritto penale. PG*, Padova, 2009, pp. 427 s.; v. anche M. GALLO, *Le forme di manifestazione del reato*, in *Appunti di diritto penale*, Torino, 2003, Vol. III, pp. 55 s. Gli autori contemporanei generalmente riconoscono nella disciplina codicistica del tentativo una soluzione mista, o intermedia, dal momento che il tentativo è punito (è ammesso), ma è punito di meno. Può essere utile precisare che, in materia di tentativo, all'idea di una soluzione intermedia ci si rifà non soltanto quando si discute del *se* punire, ma anche quando ci si interroga sul *che cosa* punire: anche a questo proposito, infatti, si dice che il codice Rocco ha accolto una soluzione intermedia. Non più però tra soggettivismo puro e oggettivismo puro, ma tra concezione soggettivistica e concezione oggettivistica nel senso di cui al testo: e ciò si deduce dal fatto che è punito soltanto il tentativo doloso e, d'altra parte, non è punito il tentativo inidoneo. Al riguardo v. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. PG*, Milano, 2003, pp. 513 ss. Cfr. anche G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale. PG*, Torino, 1988, pp. 680 s.; P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale. PG*, Padova, 1982, II ed., p. 413.

⁴⁵ F. MANTOVANI, *Diritto penale. PG*, cit., pp. 428 s.

⁴⁶ F. MANTOVANI, *Diritto penale. PG*, cit., pp. 429. Corsivo aggiunto.

⁴⁷ Cfr. anche M. GALLO, *Le forme di manifestazione del reato*, cit., p. 55 s.: «Per i positivisti ciò che conta è la pericolosità sociale manifestata da chi tiene un comportamento obiettivamente deviante da certe regole [leggi: una manifestazione dell'intenzione criminosa determinata da varie condizioni e valutata come sintomo di pericolosità]. Non è qui il caso di ripercorrere tutti i cammini lungo i quali si è articolata e sviluppata l'idea della pericolosità come caratteristica di determinate persone. Ci basta mettere in luce come essa si proietti sul problema se il tentativo meriti sanzione e, in caso positivo, quale ne debba essere il *quantum*. Il lettore avrà notato che non abbiamo parlato di pena, ma di sanzione. Alla condotta deviante la persona umana è portata da un insieme di condizioni, nelle quali si riassume, appunto, la pericolosità, al cui determinismo non ci si può sottrarre. Diventa, allora, incongruo ipotizzare una risposta dell'ordinamento in chiave di pena-castigo. Al massimo si può affidare alla reazione della comunità giuridica organizzata la speranza di fornire una condizione che operi, sempre sul filo di una pura causalità, in contrapposizione a quelle che cagionerebbero la deviazione. Ma è speranza fiavole. *L'importante è la tutela degli interessi generali, che vuol dire che*

per il fatto: «... *realizzano* una situazione di *reale* pericolo». Una volta conferita consistenza fattuale al pericolo, poi, è pure possibile immaginare che la pena sia volta ad evitarne il venire in essere: ecco quindi emergere anche il legame tra pericolo e deterrenza⁴⁸. Possiamo dunque proseguire nel nostro discorso.

L'alternativa manifestazione dell'intenzione criminosa (concezione soggettivistica)-pericolo corso (concezione oggettivistica), corrispondente all'alternativa difesa sociale-retribuzione per il fatto/deterrenza, è in grado di plasmare tanto il concetto di idoneità quanto il concetto di univocità: idoneità ed univocità che costituiscono, come noto, le due caratteristiche che gli atti di tentativo, per essere tali, devono possedere secondo il codice penale italiano.

Per rappresentarsi plasticamente gli effetti di questa alternativa di fondo riguardante l'idea di tentativo sull'interpretazione dei concetti di idoneità ed univocità, si immagini di tracciare una **semiretta che congiunga i due poli dell'alternativa** e di muoversi lungo questa semiretta dal punto definito dall'opzione soggettivistica al punto definito dall'opzione oggettivistica. Spostandosi sulla semiretta in questa direzione, *l'idoneità assume in primo luogo una connotazione soggettiva*, in base alla quale sono da considerare idonei gli atti che lo stesso agente considera tali, potendosi così ammettere la punibilità del tentativo irreali. Proseguendo sulla semiretta e superando le risalenti contrapposizioni concettuali dell'inidoneità assoluta-inidoneità relativa e dell'inidoneità astratta (inadeguatezza)-inidoneità concreta⁴⁹, *l'idoneità assume poi una connotazione soggettivo-oggettiva*, se concepita come accertabile con giudizio “*a base parziale*” – vale a dire un giudizio che consideri soltanto le circostanze conosciute o conoscibili dall'agente al

il soggetto che ha manifestato il suo essere pericoloso va messo nell'impossibilità di nuocere o, quanto meno, nella grande difficoltà di nuocere ulteriormente». Corsivo aggiunto.

⁴⁸ Quanto ai rapporti tra pericolo e deterrenza – ma anche tra pericolo e retribuzione per il fatto – si rimanda per più ampi riferimenti al paragrafo n. 3 di questo capitolo.

⁴⁹ Leggendo la letteratura più risalente, che di norma precede la promulgazione del codice Rocco, si può notare come in alcuni autori le opposizioni concettuali “inidoneità assoluta-inidoneità relativa” e “inidoneità astratta-inidoneità concreta” si sovrappongano, in altri autori invece restino distinte. Qui è importante notare come il passaggio dalla prima alla seconda opposizione, e ancora da questa all'opposizione “base parziale-base totale” – passaggio quest'ultimo generalmente parallelo a quello che dalla considerazione dei “mezzi” porta alla considerazione degli “atti” – segni la progressiva concretizzazione del giudizio di idoneità e dunque l'avvicinamento a una concezione oggettivistica del tentativo. Per una sintesi storica cfr. M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, cit., pp. 135 ss.; I. GIACONA, *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., pp. 21 ss.

momento della condotta⁵⁰ –, ed infine oggettiva, se concepita come accertabile con giudizio “a base totale” – vale a dire un giudizio che consideri tutte le circostanze esistenti al momento della condotta dell’agente. Solo se si concepisce l’idoneità come accertabile con giudizio “a base totale” può coerentemente dirsi che il tentativo si fonda sul reale pericolo corso, può coerentemente sostenersi una concezione oggettivistica del tentativo⁵¹: in effetti, se il pericolo fa parte della realtà, il suo accertamento deve tenere conto di tutte le circostanze che la realtà compongono.

Con riguardo all’univocità⁵², sempre immaginando di muoversi dal fondamento soggettivistico a quello oggettivistico del tentativo, anche questa può assumere una connotazione soggettiva, intendendosi come mera necessità di prova dell’intenzione criminosa dell’agente o – a seconda delle posizioni degli autori – del dolo della consumazione⁵³, oppure come estrinsecazione di questa intenzione – che magari

⁵⁰ Cfr. ad es. M. GALLO, *Le forme di manifestazione del reato*, cit., pp. 71 ss.; cfr. anche A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*. PG, cit., pp. 524 s. Nella stessa direzione D. PULITANO, *Diritto penale*, cit., p. 459. Più ambigua sul punto ci sembra la posizione di F. MANTOVANI, *Diritto penale*. PG, cit., pp. 437 ss. “Soggettivo-oggettiva”, si è detto, volendo significare una tendenziale prevalenza dell’opzione soggettivistica. A questo riguardo, I. GIACONA, *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit.: «Invero, a nostro avviso la questione del fondamento della punibilità del tentativo è strettamente connessa al problema dell’idoneità. Infatti, se nel nostro ordinamento non si sono mai puniti gli atti remotamente preparatori né il tentativo inidoneo, per potere valutare il carattere oggettivo, soggettivo o misto della disciplina del tentativo, occorre verificare il modo in cui viene intesa l’idoneità (come possibilità o come probabilità, da giudicarsi in astratto o in concreto, su una base totale o parziale di circostanze), i suoi rapporti con l’univocità e il trattamento previsto per il tentativo inidoneo» (p. 17); «Abbiamo già esposto nell’introduzione le diverse posizioni dottrinali sulle ragioni della punibilità del tentativo. Ora, se s’intende l’idoneità su base parziale, sembra più convincente la tesi secondo cui il tentativo sarebbe misto, in quanto sarebbero punibili come tentativo non soltanto gli atti che abbiano creato un reale pericolo (su base totale), ma anche quelli che, pur non avendolo prodotto, sembravano tuttavia provocarlo secondo il giudizio di un normale osservatore. Peraltro, la circostanza che in quest’ultima ipotesi si applicherebbe la stessa pena del tentativo realmente pericoloso, lascia ritenere che il fondamento sia orientato più in senso soggettivo. E, analogamente, sembra deporre pure il fatto che in un caso di tentativo inidoneo su base parziale sarebbe applicabile la misura di sicurezza» (p. 468).

⁵¹ I. GIACONA, *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., p. 468: «Viceversa, se s’intende l’idoneità su base totale, secondo l’impostazione propria della concezione c.d. realistica del tentativo (e non del reato), allora il fondamento della punibilità sarebbe essenzialmente oggettivo (sia pure con una piccola venatura soggettiva a causa della previsione della libertà vigilata nei casi di tentativo inidoneo)».

⁵² In materia di tentativo, il concetto di univocità è legato al nome di Francesco Carrara. Al riguardo, cfr. I. GIACONA, *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., pp. 391 ss.

⁵³ B. PETROCELLI, *Il delitto tentato*. Studi, Padova, 1966, Seconda ristampa (Ed. originale 1955), p. 67: «È agevole dimostrare che la condizione del dover essere gli atti diretti a commettere un delitto “in modo non equivoco” importa un criterio di mera prova dell’intenzione». Più di recente, G. AZZALI, *Idoneità ed univocità degli atti. Offesa di pericolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 1168 ss.

funga da conferma della relativa prova⁵⁴ –, oppure come necessità che gli atti denotino/mostrino/provino⁵⁵, appunto univocamente, il proposito delittuoso o, a seconda delle versioni, il dolo del delitto consumato, ciò che tendenzialmente implica un certo sviluppo dell'*iter criminis* se non l'esecuzione. Conclusione chiaramente confermata da Biagio Petrocelli: «L'univocità è propria soltanto degli atti esecutivi nel senso più stretto. Questa verità risulta per definizione. Se, infatti, la prova deve risultare dall'atto in sé, cioè esclusivamente dall'atto, questo deve essere di tale natura da manifestare la intenzione *col solo suo prodursi* nel mondo esterno

⁵⁴ L. SCARANO, *Il tentativo*, cit., pp. 107 s.: «Se il processo di ricostruzione psicologica è bastevole a identificare l'intenzione dell'agente, è necessario alla stregua dell'art. 56, per esigenze di natura profondamente diversa, che l'atto, anch'esso per parte sua, riveli di per sé, per il modo come è stato compiuto, una obiettiva direzione all'evento. Fra i sintomi rivelatori, afferma la Relazione al Re, "vi deve essere anche l'atto, poiché senza questo requisito sarebbero stati forse da temere gli eccessi di repressione a danno di cittadini, sospettati di prava intenzione, non ancora estrinsecatisi in una iniziale effettiva aggressione al bene giuridico"».

Ma la direzione in modo non equivoco dell'atto può servire, anche su un piano psicologico, quale mezzo indispensabile di riprova al convincimento del giudice. Ché chi vuole uno scopo, deve avere voluto anche l'impiego del mezzo ad esso inerente. Il riferimento alla direzione degli atti quindi può essere accolto in due significati diversi. Nel primo significato può essere compreso come un irriducibile riferimento al momento dell'estrinsecazione, perché l'atto possa essere dichiarato antiggiuridico, nel secondo senso può essere inteso come la manifestazione pratica della volontà diretta al delitto. Qui, l'atto è un mezzo di prova del fine di commettere un delitto, e non fa che rimandare all'assunto opposto, all'analisi squisitamente soggettiva della volontà diretta al delitto; lì, invece, il riferimento al momento esecutivo è il riflesso di un più vasto problema, secondo il quale non può essere incriminata l'intenzione, spoglia di un'adeguata manifestazione pratica.

Naturalmente è necessario che l'atto provi di nuovo dal canto suo l'intenzione dell'agente, già identificata, per altre vie, dal giudice. Senza la direzione in modo univoco dell'atto, non sarebbe legittimo punire l'agente alla stregua dell'art. 56. Il giudice può essere anche convinto, per la confessione stessa dell'imputato, dell'esistenza della volontà diretta al delitto; ma, senza questo requisito dell'atto, che può rappresentare anche un mezzo di riprova sul piano psicologico, non può punire l'agente. La confessione, come tutti gli altri elementi *aliunde*, non ha valore indipendentemente dall'indagine sugli atti effettivamente posti in essere dall'agente. La confessione è un mezzo di prova, non è un requisito del tentativo. La direzione in modo univoco non è un limite al convincimento del giudice, ma è un limite imposto dalla legge all'incriminabilità dell'atto, in coerenza con tutto il sistema punitivo, per il quale un'azione comincia ad essere delittuosa quando sussiste una condotta esteriormente apprezzabile. La direzione obiettiva dell'atto è dunque garanzia di libertà, che, su un piano psicologico, può servire anche quale mezzo di riprova, ma non può costituire un criterio di identificazione del fine. In breve, come senza il ricorso al fine non è possibile restituire all'atto alcuna anima di "mezzo", volto alla perpetrazione di un determinato delitto, così senza il riferimento alla direzione dell'atto, non è possibile nel nostro sistema positivo, per ovvie ragioni di certezza, dichiarare penalmente rilevante l'intenzione, spoglia di un'adeguata manifestazione pratica. Il criterio dell'univocità, mentre rende oggettiva la volontà attraverso il riferimento all'atto, soggettivizza la direzione dello stesso, attraverso l'analisi dell'intenzione diretta al delitto».

⁵⁵ Pare utile specificare che talvolta si associa l'idea di prova all'univocità pure intesa come criterio di essenza. Ecco per esempio come si esprime B. PETROCELLI, *Il delitto tentato. Studi*, cit., p. 65: «La univocità, nel sistema del nostro codice, è un criterio di *essenza*, o un criterio di *prova*? È richiesta, in altri termini, come elemento di determinazione intrinseca dell'atto, sì che l'attitudine a provare, *di per sé*, la intenzione valga come misura del valore dell'atto stesso, e quindi come ragione e limite della sua punibilità? Ovvero è una formula per significare una necessità ovvia, cioè che senza la prova dell'intenzione dell'agente di commettere un determinato delitto non si può parlare di tentativo?».

(cosiddetta univocità *oggettiva*); e questo non può avvenire se non per quegli atti che manifestano la intenzione in quanto la esteriorizzano, cioè la pongono in esecuzione. Tali sono soltanto gli atti di fattispecie, più strettamente intesi, e sono pochissimi (e forse c'è anche da dubitare della loro esistenza). Ciò è tanto vero che, spostandosi indietro, verso atti che pure del processo esecutivo indubbiamente possono far parte (scalata, rottura, ingresso nell'altrui domicilio), l'attitudine a provare *ex se* la intenzione più non si riscontra; e per raggiungere la prova necessita il ricorso ad altri elementi, estranei all'atto, come, ad es., la confessione, la personalità del reo, ecc.»⁵⁶. Questa idea fa ancora capolino presso qualche isolata giurisprudenza: si fa riferimento alla sentenza della Corte di cassazione dalla quale abbiamo tratto il Caso 36, laddove il Supremo collegio afferma: «La stessa nozione di univocità degli atti, contenuta nell'[art. 56 c.p.](#), depone a favore dell'impunità, a titolo di tentativo, dei meri atti preparatori».

Non sfugge – e del resto si è finito con l'anticiparlo – che quest'ultima variante dell'univocità, che noi abbiamo comunque inquadrato nell'ambito dell'univocità soggettiva, viene generalmente denominata “oggettiva”. Essa è quella che viene oggi normalmente recepita tanto dalla manualistica quanto dalla giurisprudenza⁵⁷. Affonda le proprie radici nell'idea illuministico-liberale che possa essere punito non il solo pensiero dell'agente e neppure la comunicazione del pensiero – in particolare la comunicazione attraverso minaccia –, ma l'atto che a *quel* pensiero rimandi, secondo una concezione del diritto come relazione, per cui dominio del diritto sono i fatti (il foro esterno), non i pensieri (il foro interno, dominio della morale)⁵⁸: l'atto

⁵⁶ B. PETROCELLI, *Il delitto tentato. Studi*, cit., p. 70.

⁵⁷ Cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 455.

⁵⁸ G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Pisa, 1831, Tomo II, pp. 299 ss.: «Il tentativo per una formula, la quale esprime la nozione giuridica dell'attentato, si trova nei suoi primi passi implicato in gravi difficoltà ponderando se la formula debba incominciare da esprimere il nido della volontà, lo che è intrinseco, e inerente all'animo dell'agente, o debba incominciare dall'esprimere quel che, come indice del pensiero, e come parte dell'impresa delittuosa, ha l'atto di estrinseco, e di visibile. [...] Il pensiero, sebbene sia il primo moto, il primo respiro del delittuoso progetto, non ha carattere estrinseco da meritargli il nome di attentato di delitto». Dello stesso Autore, cfr. già G. CARMIGNANI, *Juris criminalis elementa*, Firenze, 1808, p. 80. Si può precisare che l'irrelevanza penale della *nuda cogitatio* deve farsi risalire a ben prima dell'Illuminismo – l'idea, infatti, si trova già espressa nel Digesto. Peraltro, nella dottrina medievale e post-medievale tale regola generale contava due significative eccezioni, quella del *crimen lesae maiestatis* e soprattutto quella del *crimen haeresis* (al riguardo, R. ISOTTON, *Crimen in itinere. Profili della disciplina del tentativo dal diritto comune alle codificazioni penali*, Napoli, 2006, pp. 23 ss.). È con i Lumi che il principio “*cogitationis poenam nemo patitur*” si afferma senza eccezioni.

quindi esecutivo, nel senso di atto tipico o di atto comunque immediatamente precedente a quello tipico. Esempio a questo riguardo Pellegrino Rossi: «L'imputazione esige, in tesi generale, dei fatti materiali che abbiano relazione diretta ed immediata con la risoluzione criminosa. Ora, l'analisi che siamo venuti facendo compie la dimostrazione come ci sembra, che per la natura delle cose questa relazione non esiste punto in quanto agli atti puramente preparatorii e che abbisognano degli atti d'esecuzione»⁵⁹. Si può notare, così, come l'idea dell'univocità fosse già contenuta in quella di esecuzione.

Peraltro, i nostri Classici si rendevano conto della pratica frequenza di atti esecutivi eppure equivoci. L'esempio che si portava era generalmente relativo ai delitti di sangue. Seguiamo ancora Pellegrino Rossi: «Intanto ci hanno taluni atti che non bastano per torre al giudice ogni incertezza in quanto alla risoluzione interna dell'agente: e questo è vero, soprattutto per gli atti che possono essere ad un tempo l'esecuzione compiuta d'un reato *sui generis* ed il cominciamento di un altro delitto. Taluni colpi sono stati dati, una ferita è stata arrecata con l'intendimento di uccidere? In questo caso, ed in questo caso soltanto, ci è tentativo di omicidio». Di qui l'espedito di considerare l'atto non più soltanto *in sé*, ma unitamente a tutte le circostanze di contesto: «Egli è evidente che il dubbio non può essere sciolto se non dal complesso delle circostanze accessorie, e che al giudice fa mestieri della prova di qualche cosa di più oltre al fatto della ferita»⁶⁰. Analogamente concludeva Gian Domenico Romagnosi: «Avviene quindi che chi, per esempio, ferisce o batte, o in alcun altro modo percuote alcuno, non viene riputato reo di *attentato*, sia di omicidio, sia di mutilazione, sia di altra offesa più grave che non abbia avuto luogo, quando rimarchevoli circostanze non comprovino la direzione di simiglianti atti al delitto non avvenuto»⁶¹. Il ricorso alle circostanze di contesto era praticato anche da coloro che propugnavano una nozione "oggettiva" di univocità pur senza riconoscersi nell'idea di esecuzione ora rievocata. È il caso di Francesco Carrara: «La *univocità* della loro direzione al delitto è il *primo carattere* indispensabile a recarsi negli atti esterni che si vogliono imputare come *conati*. Finché l'atto sarà tale da poter condurre tanto al

⁵⁹ P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, trad. it. di Enrico Pessina, Torino, 1853, p. 350.

⁶⁰ P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, cit., p. 369.

⁶¹ G.D. ROMAGNOSI, *Osservazioni del grande giudice Luosi sulla prima parte del progetto di codice penale pel Regno d'Italia*, in *Opere di G.D. Romagnosi*, Palermo, 1844, Tomo II, p. 1064.

delitto quanto ad azione innocente, non avremo che un atto *preparatorio* il quale non può imputarsi come conato. Ma gli atti esterni non costituenti conato punibile, perché meramente *preparatorii*, possono essere tali, o in un modo *assoluto*, o in un modo *contingente*, ossia condizionale. Sono preparatorii in modo assoluto quegli atti nei quali assolutamente manca il carattere di *principio di esecuzione*, di guisa che, dove pure le dichiarazioni del giudicabile rendano certi che furono dirette ad un delitto, pure non possono senza ingiustizia punirsi come tentativi, per un difetto che è nella natura loro, il difetto cioè di ogni esordio di *pericolo attuale*. Tali sono l'acquisto di armi, l'acquisto di veleni, le indagini per ottenere informazioni, il mandato, gli accordi criminosi, e simili. Sono invece preparatorii in modo contingente o condizionale quelli atti che, rispetto ad un dato intendimento dell'agente, avrebbero l'indole di *cominciamento di esecuzione* del delitto, ed offrirebbero un principio di *pericolo attuale*, ma che spessissimo si debbono guardare come meramente preparatorii per la mancanza di *univocità*, e lasciarsi impuniti perché non si è certi che tendessero ad un *delitto*. Laonde essendo questa la sola ragione che porta a dirli preparatorii, ne avviene per buona logica che quando i medesimi si accompagnino da tali condizioni materiali che manifestino indubitata la loro direzione a un dato delitto, possano senza errore punirsi come conati, perché in loro il carattere di esecutivi e il pericolo attuale vi è. Così l'ingresso nella dimora altrui, se si contempra isolatamente, dovrà dirsi atto preparatorio perché non rivela la propria direzione ad un delitto; sarà il reato di per sé stante di violazione di domicilio, e nulla più; ma se s'immagina il mio nemico mortale che col pugnale brandito s'introduce nella mia camera mentre io dormo; o l'amante reietto che notturnamente invade accompagnato da due scherani la casa della donzella; o i ladri notorii che muniti di grimaldelli, scalpelli e recipienti atti al trasporto, invadano la casa dove si chiude un bottino correlativo a quei recipienti, il giudice potrà benissimo ravvisare in quella introduzione clandestina o violenta il carattere rispettivamente di tentato omicidio, di tentato ratto, di tentato furto, e simili»⁶².

Nonostante questi sforzi, si deve ammettere che la considerazione delle circostanze di contesto non riesce a neutralizzare del tutto la possibilità che si

⁶² F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*, Bologna, 1993, ristampa della VI edizione del 1886, § 358.

presentino casi di atti esecutivi o di atti preparatori (nel senso di non tipici né immediatamente precedenti⁶³) equivoci. Quanto al caso in cui risultino posti in essere atti esecutivi, circostanze di contesto rilevanti possono anche mancare. Quanto al caso in cui risultino posti in essere atti preparatori, possono darsi circostanze di contesto pure rilevanti, che tuttavia non riescono ad individuare lo specifico proposito criminoso dell'agente, o addirittura non riescono ad escludere la stessa sussistenza di un'intenzione lecita. Si pensi al Caso 29 in tema di furto. Due soggetti sono sorpresi a scardinare la grata di una finestra posta al primo piano di un'abitazione. Questi "atti" non *possono* denotare semplice curiosità, semplice volontà di guardare meglio dentro l'edificio? Si pensi anche al Caso 33 in tema di estorsione in danno dell'esercente dell'emporio alimentare e al Caso 34 in tema di rapina di una sala giochi: davvero, pure considerando le circostanze di contesto, non c'è proprio alcuno spazio per un'*eventuale iocandi causa* o, ancora una volta, per una magari morbosa curiosità riguardo i frequentatori della sala giochi? Lo stesso esempio del mortale nemico portato da Carrara è così calzante? Certo, lo scherzo e la curiosità non saranno spiegazioni credibili, si potrebbe dire. Altro analogo rilievo sarebbe quello che battesse sull'*id quod plerunque accidit*: di solito la semplice curiosità non porta a scardinare le finestre. Ma con queste osservazioni si sposta il piano del discorso, come si vedrà meglio a breve (*infra*, al paragrafo n. 4 di questo capitolo). A chi obietta che nella maggior parte dei casi la curiosità si riesce a controllare, si dovrebbe rispondere che ciò non toglie che lo scardinamento della finestra non rimanda solamente all'intenzione di rubare⁶⁴. *Tout court*: lo

⁶³ La precisazione è resa necessaria dal gergo di Carrara appena richiamato, che come si è visto chiama "esecutivi" anche gli "atti preparatori in modo contingente" quando si dimostrino univoci. Si sarà notato che, nella teoria del tentativo, l'espressione "esecuzione" e "atti esecutivi" può significare tre cose diverse: atti tipici, atti tipici e immediatamente precedenti a quelli tipici, atti preparatori univoci; la stessa gamma di significati finisce poi per acquisire il concetto di univocità.

⁶⁴ Tra gli autori più vicini a noi, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*. PG, Milano, 2003, pp. 492 s., pare restare affezionato ad una concezione classica di univocità oggettiva. Antolisei, tuttavia, aggiunge che nel relativo accertamento va considerato l'*id quod plerunque accidit*. Non sfugge la contraddizione – ci pare – a M. ROMANO, Sub Art. 56, in *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 593, laddove a proposito dei modi di intendere l'univocità scrive: «Fondamentalmente corretta è invece la teoria oggettiva: non è sufficiente che sia provato il dolo dell'agente, ma occorre in più che gli atti compiuti possiedano particolari connotazioni obbiettive. Vero questo, va però precisato in che cosa tali connotazioni debbano consistere. Non del tutto accettabile è in proposito richiedere che gli atti rivelino per sé soli [...] l'intenzione del soggetto, poiché in questo modo, contro la finalità storica della formula dell'art. 56, gli atti punibili finirebbero quasi per scomparire del tutto (essendo anche l'atto più "univoco" – es. la pressione sul grilletto –

scardinamento non rimanda all'intenzione di rubare. Diversamente – riteniamo – accade nel Caso 9 in tema di favoreggiamento personale: il difensore propone la formazione di un documento falso idoneo a giustificare il movimento di denaro incriminato. Secondo la Corte di cassazione – si è visto – la polifunzionalità del documento – vale a dire la circostanza che il documento non sia destinato ad essere utilizzato esclusivamente in un processo penale – esclude l'univocità dell'atto. Tuttavia, se si fosse tenuto conto delle circostanze di contesto, in questo caso si sarebbe anche potuti pervenire – riteniamo – a una condanna.

Comunque sia, il dato ineludibile della pratica frequenza di atti – esecutivi o preparatori – equivoci, spinge i “teorici” del tentativo a pretendere che l'intenzione criminosa dell'agente sia già conosciuta da chi giudica dell'univocità – pure “oggettiva” – degli atti. È questa un'acquisizione del tutto sedimentata, chiara già a Giovanni Carmignani:

«L'esame dell'attentato obbliga la mente umana a due ispezioni diverse; l'una, che considera quasi nell'animo dell'attentante non lo stato della intenzione, che si suppone sempre e perfetta, e diretta, ma il *fine* a cui ella mirò: l'altra, che considera i *mezzi* che il di lei corpo, considerato come istrumento dell'animo muove come idonei al conseguimento del fine. La prima ispezione può dirsi *obiettiva*, e può sortir l'altra il nome di *subiettiva*, nomenclatura, la quale, sebbene siane stato fatto abuso frequente, è la più opportuna, e la più significativa ad esprimere il doppio procedimento della teoria dell'attentato delittuoso.

La ricerca obiettiva è realmente quella, che domina nella teoria, perciocché se non fosse noto quale oggetto si propose colui, che attentò nell'agire, non si potrebbe

compatibile con una convinzione fondatissima di liceità: es. uno scherzo con un'arma ritenuta scarica oppure caricata a salve). E insoddisfacente sembra anche l'ampliamento di questa versione ottenuto affermando che sarebbero atti diretti in modo non equivoco quelli in grado di rivelare l'intenzione dell'agente non già per sé soli, ma considerati nella loro derivazione dinamica: quando “tutta l'azione nel complesso delle circostanze di tempo e di luogo in cui si è svolta” stia a segnalare, secondo l'*id quod plerumque accidit*, l'intenzione medesima (così Antolisei, 492 [...]). Il criterio della normalità, infatti, lascia aperta la possibilità dell'assenza dell'intenzione criminosa proprio nel caso che di volta in volta in concreto interessa» (nel riportare il testo si sono omessi i grassetti). Sulla linea di Antolisei si colloca D. GUIDI, *Il tentativo punibile: modelli di tipizzazione e nodi interpretativi*, in *Criminalia*, 2009, pp. 533 ss., ptc. 555 ss.

stabilire il critico significato degli atti assunti da lui, i quali debbono apparire come mezzi d'un fine, sui cui a tale effetto non dee nascer dubbio»⁶⁵.

La tradizione giunge ai compilatori del codice Rocco e prende la forma di un noto passo della Relazione al Re: «La Commissione parlamentare [...] si propose il quesito se il progetto richiedesse in realtà l'univocità degli atti, da intendere in senso rigorosamente obiettivo, il che ricorre quando gli atti di per sé, e quindi senza il concorso di circostanze desunte *aliunde*, rivelano in chi li pone in essere l'intenzione di commettere un determinato reato, ovvero se, a dimostrare la direzione, in modo non equivoco, degli atti allo scopo di commettere il reato, potessero concorrere altre

⁶⁵ G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, cit., p. 301. Questa impostazione è riaffermata in modo decisivo, tra gli autori più recenti, da M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, cit.:

«Gli autori orientati a risolvere il criterio dell'univocità sul piano degli elementi obbiettivi della fattispecie di delitto tentato, ritengono di solito che, per aversi univocità, gli atti debbano provare, di per sé, l'intenzione. Già sappiamo che per i "soggettivisti" l'univocità richiede che sia accertata la volontà dell'agente rivolta alla commissione di un delitto; gli "oggettivisti" mantengono fermo il riferimento al dato psichico, il quale diventa in questo modo il secondo termine di una relazione il cui primo termine è circoscritto agli "atti": si passa, in sostanza, dalla prova dell'intenzione alla attitudine, che deve essere propria del comportamento, a fornire questa prova.

La ricerca se gli atti siano o meno diretti in modo non equivoci alla commissione del delitto si trasforma nell'altra concernente la possibilità di cogliere attraverso gli atti una particolare intenzione.

Si è accennato al fatto che per la dottrina l'elemento da accertare nel criterio dell'univocità è il secondo termine del rapporto; la tesi che fa riferimento alla intenzione ha senza dubbio contribuito in maniera notevole a questa impostazione.

A nostro parere il modo di operare del criterio è diverso: il dato incognito che si deve risolvere per sussumere il caso concreto sotto la fattispecie astratta è il particolare tipo di relazione, legislativamente richiesto, che deve intercorrere tra due termini, già individuati. Non si tratta in effetti di sapere a che cosa "inequivocamente" tendono gli atti compiuti dall'agente, ma se gli atti stessi tendano inequivocamente o meno ad uno specifico, già individuato delitto» (pp. 113 s.);

«Lo svolgimento delle indagini ci consente di chiarire ora in che modo si debba concretamente individuare il secondo termine del rapporto. Occorre riferirsi al "fine", contenuto della rappresentazione dell'agente: se questi ha previsto la commissione di un determinato delitto, la ricerca sulla univocità può essere impostata ed è contemporaneamente fissato il secondo elemento della relazione.

Anche a questo riguardo si ripropone il problema della interferenza con l'indagine relativa all'aspetto psichico, e anche qui dobbiamo ripetere che altro è rifarsi alla intenzione per individuare gli elementi che intervengono nel rapporto e altro è fare incidere la accertata intenzione nel modo di formulare il giudizio.

Taluno potrebbe notare che solo risultati diversi nelle ricerche rispettivamente dedicate alla intenzione e alla univocità, metterebbero in evidenza la sostanziale autonomia della indagini; ma per noi a indicare tale diversità è sufficiente che, accertata l'intenzione, si possano ritenere "equivoci" gli atti; e quanto detto fino a questo momento sul requisito in esame, mostra chiaramente come la situazione possa verificarsi con facilità» (p. 118).

La tesi di Marco Siniscalco non pare poi tanto diversa da quella di Luigi Scarano. Si è voluto tuttavia distinguerle – anche nel testo – dal momento che il primo Autore si professa propugnatore di una nozione "oggettiva" di univocità (p. 107), mentre il secondo si riconosce in una nozione soggettiva – anche perché mostra di considerare l'univocità oggettiva in senso proprio e restrittivo, come soddisfatta da atti che di per sé soli denotino l'intenzione dell'agente (L. SCARANO, *Il tentativo*, cit., pp. 87 ss.).

circostanze, quali, ad esempio, la confessione dell'imputato [...]. A me pare che manchi la ragione di codesti dubbi. [...] L'atto deve essere idoneo, cioè capace di produrre l'evento, ed obiettivamente diretto all'evento, cioè deve rivelare di per sé l'intenzione dell'agente; tale intenzione non può essere desunta esclusivamente "aliunde" (ad es., dalla confessione), ma nulla vieta che sia desunta insieme dall'atto e da altri elementi. Fra i sintomi rivelatori ci deve essere anche l'atto»⁶⁶.

In questo modo, tuttavia, l'univocità, pur intesa ancora come "oggettiva", è in grado di giustificare la rilevanza penale del più remoto (del primo) degli atti preparatori, ad es. dell'acquisto dell'arma o della perlustrazione, e quindi finisce per rivelarsi univocità soggettiva. Infatti, se si conosce il fine preso di mira dall'agente, non può sorgere alcun dubbio su quale sia l'intenzione che un simile atto denota, quindi sulla direzione di un simile atto. Questa conclusione appare ancor più necessaria quando si consideri che, da parte degli studiosi più vicini a noi, si arriva a pretendere non tanto la previa conoscenza dell'intenzione criminosa dell'agente, ma addirittura la previa conoscenza dello stesso piano dell'agente⁶⁷: ci pare pressoché scontato che se si conosce il piano dell'agente non può sorgere dubbio alcuno su quale sia l'intenzione che l'atto, considerato dal piano, denota⁶⁸. Ci toglie ogni

⁶⁶ Relazione al Re, n. 39.

⁶⁷ Cfr. ad esempio F. MANTOVANI, *Diritto penale. PG*, cit., p. 435: «Circa l'accertamento del dolo, si ha, in un certo senso, un capovolgimento del procedimento ordinario. Nel delitto perfetto si parte dal fatto materiale per accertare, poi, se il soggetto lo ha voluto. Nel delitto tentato va prima accertato il fine criminoso cui l'agente tendeva, lo stesso piano di attuazione, perché solo in rapporto al referente dello specifico fine e del concreto piano dell'agente è possibile valutare la idoneità e la direzione univoca degli atti: senza tale referente detto giudizio poggia sul vuoto. La *prova del dolo* sottostà alle stesse regole che valgono per il dolo in generale».

⁶⁸ Lo stesso F. MANTOVANI, *Diritto penale. PG*, cit., pp. 440 s., afferma: «Secondo la *concezione oggettiva* [che è quella prediletta dall'autore], l'univocità costituirebbe un *requisito oggettivo* e, quindi, ulteriormente limitativo, del tentativo, in quanto starebbe a significare: a) secondo la *tesi della univocità assoluta*, che gli atti devono rivelare, *in sé e per sé* considerati, cioè nella loro oggettività, la loro direzione finalistica verso lo specifico reato, la specifica intenzione criminosa del soggetto (es.: di compiere un furto); b) secondo la *tesi della univocità relativa*, che gli atti debbono rivelare, in rapporto al piano criminoso previamente individuato in base a tutte le risultanze probatorie, la loro direzione finalistica allo specifico reato voluto dall'agente.

Senonché, la *prima tesi* non limita, ma elimina il tentativo punibile. La quasi totalità degli atti, anche quelli esecutivi in senso stretto, e le stesse intenzioni condotte tipiche, obiettivamente considerati sono in genere *pluridonei e pluridirezionali*, poiché possono essere fortemente sintomatici di una generica intenzione delittuosa, ma non esclusivamente idonei ed univocamente diretti a commettere un *determinato* delitto.

[...] La *seconda tesi*, viceversa, non limita, ma dilata incontenibilmente il tentativo punibile. La quasi totalità degli atti, anche quelli meramente iniziali e preparatori, se rapportati al piano criminoso dell'agente, a *quel* delitto programmato, finiscono per apparire pressoché univoci (ad es. l'acquisto dell'arma rispetto alla rapina, l'appostarsi con l'arma rispetto all'omicidio)». Il requisito

dubbio Biagio Petrocelli: «Se l'univocità si pone come criterio di essenza, come elemento di determinazione intrinseca dell'atto punibile, nel senso che l'ordinamento indichi come punibili solo gli atti che siano di tal qualità da provare *di per sé* la intenzione delittuosa, allora la univocità diventa criterio limite della punibilità; e ne consegue che saranno punibili *soltanto* gli atti veramente univoci, tali cioè da non aver bisogno, per provare la intenzione, di essere integrati da una prova *aliunde* (univocità e prova *aliunde* sono, del resto, termini contraddittori)»⁶⁹.

Abbiamo visto come l'ideologia liberale predicasse la punizione non del pensiero, ma dell'atto che al pensiero rimandi, dunque dell'atto esecutivo. Abbiamo anche rilevato che la previa conoscenza dell'intenzione criminosa dell'agente permette di punire non più il solo atto esecutivo. *Ebbene, se si ragiona sulla base dell'opposizione concettuale – di matrice liberale –, pensiero/atto esecutivo, l'evoluzione subita dal concetto di univocità significa punizione del pensiero e*

dell'univocità a queste condizioni non conta più nulla. A questo riguardo, ci pare un po' maliziosa la sentenza di M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, cit., p. 114: «Non si tratta in effetti di sapere a che cosa “inequivocamente” tendono gli atti compiuti dall'agente, ma se gli atti stessi tendano *inequivocamente o meno* ad uno specifico, già individuato delitto» (corsivo aggiunto). Per critiche analoghe cfr. anche G. MONTANARA, *Tentativo (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, Vol. XLIV, pp. 118 ss., ptc. 124; G.A. DE FRANCESCO, *Sul tentativo punibile*, in *Studium iuris*, 1999, pp. 254 ss., ptc. p. 256; D. GUIDI, *Il tentativo punibile: modelli di tipizzazione e nodi interpretativi*, cit. pp. 552 ss. *Contra* M. ROMANO, *Sub Art. 56*, cit., p. 595: «Si osservi al riguardo che *questa tesi* [leggi: teoria materiale-oggettiva, sulla quale v. *infra*, pp. 57 ss.] *non può dirsi soggettiva* (esattam. Siniscalco, [...], il quale tuttavia non accenna alla rilevanza delle concrete modalità di commissione, *ma solo a quella del fine delittuoso dell'agente*), poiché gli atti non equivoci non servono a rivelare l'intenzione [...], ma è il programma dell'agente ad orientare a determinare la prossimità degli atti alla consumazione e quindi la loro non equivocità: l'oggettività della direzione (e della tesi) è dimostrata dal fatto che l'intenzione dell'agente può essere provata “al cento per cento” e gli atti essere nondimeno equivoci».

⁶⁹ Su questo punto confronta anche M. GALLO, *Le forme di manifestazione del reato*, cit., pp. 67 ss., che mette in relazione l'esigenza di un previo accertamento dell'intenzione dell'agente con la correttezza della soluzione accolta dal riportato passo della Relazione al Re: «Sappiamo che per l'illecito consumato la strada da seguire muove dalla verifica degli elementi oggettivi, positivi e negativi, che danno vita al “fatto”. L'elemento soggettivo riflette tali elementi [...]. Ciò è vero anche per l'elemento psicologico del tentativo: solo che al fatto oggettivo, più precisamente: al giudizio che afferma l'esistenza di atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, si arriva appurando, innanzitutto, a che cosa tendesse il comportamento dell'agente. [...] E a questo punto è possibile sciogliere un dubbio che ha molto tormentato giurisprudenza e dottrina. Si tratta di determinare l'area delle circostanze dalle quali è lecito desumere la direzione non equivoca degli atti. E si è discusso se ciò debba avvenire sulla scorta del comportamento posto in essere, in sé e per sé capace di rivelare l'intenzione del soggetto agente, se questa possa ricavarsi anche *aliunde*, cioè da dati estranei all'atto compiuto, o se occorra tener conto e della natura dell'atto e di elementi che lo accompagnano. Secondo quest'ultima e più ragionevole opinione, che è quella della Relazione al Re, non bastano le circostanze esterne a rivelare la non equivocità dell'atto, che deve avere un suo obiettivo, preciso significato, ma nulla vieta che, oltre che dall'atto, la direzione non equivoca sia desunta da altri elementi».

tradimento della prospettiva liberale. Ciò appare ancor più evidente se si riflette sul fatto che, se è dall'intenzione criminosa già conosciuta che si ricava l'univocità dell'atto, allora è proprio questa intenzione che costituisce l'an del punire: il che vale quanto dire che è punito il pensiero.

Lasciamo per adesso il discorso dell'univocità "oggettiva", che svilupperemo più compiutamente nel paragrafo n. 4. Riprendendo ora a spostarsi sull'immaginaria semiretta in direzione del fondamento oggettivistico, l'univocità assume poi una *connotazione materiale-oggettiva* ed infine *formale-oggettiva*.

La teoria materiale-oggettiva è stata elaborata dal giurista tedesco Reinhard Frank, che riteneva che un inizio di esecuzione va ricercato in tutte le azioni che, a causa del loro nesso di appartenenza necessaria con la condotta, si presentano come facenti parte di essa secondo la normale percezione della realtà⁷⁰. L'insegnamento di Frank, che predica la punibilità a titolo di tentativo anche degli atti pretipici⁷¹, ha orientato fortemente la riflessione dei "teorici" italiani in tema di tentativo. Si pensi per esempio a Ottorino Vannini⁷² e allo stesso Biagio Petrocelli⁷³. La tesi dell'univocità intesa in senso materiale-oggettivo viene oggi propugnata da Ferrando Mantovani e Mario Romano⁷⁴.

Questo il pensiero di Mantovani: «Se pertanto, si vuole che il requisito dell'*univocità* conservi la sua funzione limitatrice e sia interpretato in conformità al principio di offensività, occorre discostarsi dalle correnti interpretazioni soprariferite e ritenere, invece, che gli atti idonei sono, altresì, "diretti in modo non equivoco a commettere un delitto" quando, *per il grado di sviluppo raggiunto, lascino prevedere come verosimile la realizzazione del delitto voluto*. Univocità di direzione degli atti significa la loro attitudine a fondare un giudizio *probabilistico* sulla realizzazione del

⁷⁰ R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 8.-10. Aufl., Tübingen, 1911, p. 73.

⁷¹ Si noti come ci piaccia distinguere tra atti pretipici, rilevanti secondo l'univocità intesa in senso materiale-oggettivo, e atti immediatamente precedenti a quelli tipici, ai quali conferisce rilevanza l'idea classico-liberale di esecuzione e l'idea di "cominciamento dell'esecuzione". Infatti, si vedrà che il *range* degli atti pretipici può essere molto più ampio di quello degli atti immediatamente precedenti agli atti tipici (v. *infra*, pp. 95 s.).

⁷² O. VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, 1943, pp. 11 ss.

⁷³ B. PETROCELLI, *Il delitto tentato. Studi*, cit., pp. 136 ss.

⁷⁴ Cfr. comunque anche F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. PG*, Torino, 2008, pp. 479 s.; F. CINGARI, *Gli incerti confini del tentativo punibile*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 861 ss., ptc. 867 s. V. pure G. A. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sulla riforma del tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 715 ss., che propone di abbinare la teoria materiale-oggettiva con l'univocità intesa in senso oggettivo.

delitto perfetto, e, quindi, anche sulla *verosimile intenzione dell'agente di portare a termine il proposito criminoso*.

[...] Circa il necessario *grado di verosimile realizzabilità* del delitto, la soluzione, tra le varie proposte, più conforme alle esigenze della generalprevenzione e della concreta pericolosità per il bene protetto, appare quella né della mera possibilità, né della probabilità assoluta, ma della *probabilità relativa*: quale rilevante grado di possibilità.

[...] Ma quando può dirsi che gli atti idonei hanno raggiunto un grado di sviluppo sufficiente a fondare siffatto giudizio di probabile realizzazione del delitto perfetto, quindi, di pericolosità del tentativo per il bene giuridico?

Senza dubbio, il *grado massimo* di probabilità di successo del piano (quindi di pericolosità) si ha nel *tentativo compiuto*, avendo il soggetto posto in essere l'*intera condotta*: già fatto tutto ciò che dipendeva da lui per il perfezionarsi del reato [...].

Un *grado intermedio* di probabilità si ha, invece, quando il soggetto ha soltanto *iniziato l'azione tipica*, ma nulla esisteva a quel momento che facesse verosimilmente pensare che il delitto non sarebbe stato portato a termine dall'agente [...].

Infine, un *grado minimo* di probabilità (quindi di pericolosità), ma ancora sufficiente a configurare un tentativo punibile, può aversi anche quando il soggetto ha posto in essere soltanto atti *pretipici*, cioè che *precedono l'inizio della condotta tipica*.

[...] Nella logica di un diritto penale dell'offesa, per stabilire se trattasi di *atti pretipici*, ma pur sempre *univoci*, punto di riferimento pur se approssimativo, resta il *pericolo attuale* di realizzazione del delitto, da accertarsi caso per caso in rapporto al *concreto piano* dell'agente. Secondo un'"attualità", intesa in senso non di stretta prossimità cronologica, ma *funzionale* rispetto all'esito avuto di mira.

[...] Il pericolo può considerarsi insorto, e, quindi, gli atti sono univoci, nel momento in cui il soggetto, pur avendo iniziato l'azione tipica: 1) *si accinge ad iniziarla*, in base alla sua progettazione del fatto. [...] 2) *si accinge ad accedere nello specifico luogo* dell'imminente delitto, poiché si ha anche qui, di regola, l'insorgere del pericolo. Come nel caso dei rapinatori fermati mentre scendono (con pistole cariche, calze per mascherarsi, targhe false) dall'auto innanzi alla banca; non così

invece se colti durante il viaggio di trasferimento nella località della rapina; 3) pone in essere l'*agguato*, che può pure costituire tentativo punibile se è teso nell'imminenza del verosimile passaggio preaccertato della vittima (es.: furgone portavalori della banca), mentre tale non è se resta del tutto incerto se o quando la vittima passerà; 4) ha provveduto o sta provvedendo ad eliminare i *mezzi di difesa* o a superare gli *ostacoli materiali*, specie se nell'immediatezza o imminenza della commissione del delitto, venendo così facilitata e quindi resa più probabile la realizzazione immediata o imminente del piano criminoso»⁷⁵.

Riportiamo anche la tesi di Mario Romano, leggermente diversa: «Preferibile è un'impostazione oggettiva della direzione non equivoca che muova da un lato dall'abbandono dell'attitudine degli atti a rivelare da sé soli l'intenzione dell'agente, dall'altro dalla considerazione che il tentativo, specialmente in una versione dal fondamento oggettivo [...], si presenta concettualmente come un'attività connotata da una prossimità logico-cronologica alla consumazione del delitto [...]. Sganciata dalla prova dell'intenzione, la non equivocità oggettiva, per ragioni attinenti al principio costituzionale di stretta legalità, non può che emergere da uno stretto rapporto con la singola norma incriminatrice che prevede il delitto consumato: diretti in modo non equivoco sono così anzitutto gli atti tipici, cioè corrispondenti alla descrizione legale di una fattispecie delittuosa di parte speciale [...]; inoltre, proprio per la loro prossimità alla consumazione, devono intendersi come non equivoci anche gli atti in rapporto di stretta anticipazione rispetto a quelli, e a quelli legati da un vincolo naturalistico-teleologico.

Così intesa, la formula dell'art. 56, introducendo un'ampliamento della punibilità rispetto al criterio troppo selettivo (e perciò non raccomandabile dal punto di vista politico-criminale) dell'inizio dell'esecuzione concepita quale mera azione tipica, come proposto dalla teoria c.d. formale-oggettiva [...], corrisponde all'obiettivo perseguito dal legislatore del '30 e viene a coincidere con quanto sostenuto dalla teoria c.d. materiale-oggettiva, per la quale la punibilità deve estendersi anche a quegli atti che, per la loro "omogeneità" o "coerenza" con l'azione tipica, possono dirsi costituirne una parte [...]. Importante è però notare che, come l'idoneità degli

⁷⁵ F. MANTOVANI, *Diritto penale. PG*, cit., pp. 441 ss.

atti, anche la loro direzione non equivoca non può valutarsi in astratto secondo schemi formali prestabiliti, ma deve al contrario giudicarsi in concreto: quando si tratti di atti non strettamente tipici, o meglio, di atti non “decisivi” per la consumazione nei delitti causalmente orientati, non si potrà allora prescindere dal concreto piano dell’agente, cioè dal singolo delitto che l’agente stava commettendo e dalle concrete modalità prescelte per la sua commissione (definibile dunque come teoria materiale-individuale-oggettiva).

[...] Esempificazioni sono possibili solo in linea generale: la necessità di analizzare i singoli accadimenti in base al piano concreto non consente di escludere radicalmente intere tipologie di comportamenti. Esatto è però osservare che nella normalità dei casi il semplice procacciamento o apprestamento degli strumenti con cui si agirà non costituisce ancora tentativo [...]; lo stesso vale per la ricerca di un luogo adatto all’azione [...], o per l’eliminazione degli ostacoli che si frappongono al piano [...]»⁷⁶.

Concludiamo l’esame delle nozioni di univocità con l’enunciazione della tesi formale-oggettiva, che accorda rilevanza penale ai soli atti tipici. Questa tesi può considerarsi l’attuale corrispondente della classica teoria del “cominciamento dell’esecuzione”, sebbene quest’ultimo orientamento abbia sempre ricompreso nel tentativo tanto gli atti effettivamente tipici, quanto gli atti immediatamente precedenti a quelli tipici, e ciò anche per via di una qualche ambiguità della formula sotto il profilo del suo riferimento: il pensiero o il delitto (v. *infra*, al paragrafo n. 4 di questo capitolo).

La tesi formale-oggettiva trova – ci pare – la sua espressione più rigorosa nelle parole di Giorgio Marinucci ed Emilio Dolcini: «Un duplice ordine di argomenti parla a favore della rilevanza nel diritto vigente dei soli atti esecutivi: in altri termini degli *atti tipici, che corrispondono cioè almeno ad una parte dello specifico modello di comportamento descritto nella norma incriminatrice di parte speciale*. Con la conseguenza che sono penalmente irrilevanti a titolo di tentativo gli atti preparatori, cioè *gli atti che abbiano un carattere strumentale rispetto alla realizzazione, non*

⁷⁶ M. ROMANO, *Sub Art. 56*, cit., pp. 594 s. Nel riportare il testo si sono omessi i grassetti.

ancora iniziata, di una figura di reato: tali atti potranno rilevare solo se integrano una figura di reato a sé stante [...].

a) Già il tenore letterale dell'art. 56 c.p. pone in evidenza che l'inizio dell'attività punibile coincide con l'inizio dell'esecuzione della fattispecie delittuosa. Il requisito dell'univocità degli atti [...] esprime una caratteristica oggettiva della condotta: *gli atti devono per sé rivelare che l'agente ha iniziato a commettere un determinato delitto*. Possono infatti uscire dall'equivoco ed essere diretti verso un determinato delitto – dissipando il dubbio che siano invece diretti alla realizzazione di atti penalmente irrilevanti ovvero alla commissione di altri delitti – solo gli atti che rappresentino l'inizio di esecuzione di quel determinato delitto.

Si rammenti che quando Francesco Carrara [...] ha elaborato il concetto di univocità degli atti, lo ha fatto per interpretare la formula legislativa dell'inizio di esecuzione, che compariva in tutti i codici preunitari sul modello del codice francese del 1810.

Si consideri poi che il legislatore del 1930, per contrapporre e caratterizzare il delitto tentato rispetto al delitto consumato, usa tra l'altro la formula “*se l'azione non si compie*”: ciò significa che l'azione descritta dalla norma incriminatrice non deve essere completata, ma deve essere *almeno iniziata*.

b) Questa lettura dell'art. 56 c.p. trova conferma, sul piano sistematico, nel disposto dell'art. 115 c.p., il quale considera non punibili sia l'accordo sia l'istigazione che abbiano per oggetto la commissione di un delitto, che poi non venga commesso. Ora, l'accordo e l'istigazione accolta dalla persona istigata consistono nell'incontro della volontà di due o più persone, al quale normalmente si arriva attraverso una serie di atti (ad es., l'acquisto di un'arma, lo studio dei luoghi in vista di un omicidio, la promessa di vantaggi per ciascuno dei compartecipi, etc.) che – al pari dell'accordo e dell'istigazione – rappresentano altrettanti atti preparatori del delitto programmato. Dall'art. 115 c.p. discende perciò l'irrilevanza a titolo di tentativo sia dell'accordo e dell'istigazione, sia, a maggior ragione, di atti che precedono il raggiungimento dell'accordo o l'accoglimento dell'istigazione. D'altra parte, la regola dettata dall'art. 115 c.p. ha sì per oggetto le attività preparatorie di un delitto realizzate da più persone, ma non è pensabile che attività dello stesso tipo, non punibili se poste in essere da più persone, siano invece punibili se compiute da

un individuo isolato. In definitiva la disposizione in esame avvalorata il principio normale irrilevanza degli atti preparatori nel quadro del tentativo.

Che l'art. 115 c.p. sia espressione della normale irrilevanza degli atti preparatori, trova conferma anche nei lavori preparatori del Codice penale, ad onta delle intenzioni altrove manifestate dallo stesso legislatore di cancellare la distinzione tra atti preparatori e atti esecutivi [...]. L'accordo e l'istigazione non sono punibili se il reato "non è commesso". E nella Relazione al Re [...] si sottolinea che "le espressioni *reato commesso*, commettere un reato... si riferiscono a tutto il processo *esecutivo*, e quindi al *tentativo*"»⁷⁷.

Tenendo conto che l'idoneità può riconoscersi come caratteristica propria anche degli atti preparatori, allora più ci si avvicina al *fondamento soggettivistico*, più idoneità ed univocità tendono a confondersi ed è *l'idoneità a smarrire una propria autonomia funzionale*: il tentativo è l'atto univoco, *l'univocità costituisce e non limita la punibilità a titolo di tentativo*. Più ci si avvicina al *fondamento oggettivistico*, più idoneità ed univocità tendono a distinguersi per poi comunque confondersi ed è *l'univocità a smarrire una propria autonomia funzionale*: il tentativo è l'atto idoneo, *l'idoneità costituisce e – intesa come probabilità, quindi come vicinanza logico-cronologica sempre maggiore alla consumazione, come pericolo effettivo – limita la punibilità a titolo di tentativo*. Se si mantiene un'equidistanza tra i due poli, idoneità ed univocità riescono a distinguersi.

In particolare, nel segmento della semiretta più vicina al fondamento soggettivistico del tentativo, l'idoneità – soggettiva – non svolge alcuna funzione, scompare nell'univocità – anch'essa soggettiva –, che invece svolge una funzione costitutiva. Infatti, l'atto idoneo soltanto soggettivamente non è altro che una manifestazione dell'intenzione criminosa dell'agente⁷⁸. Nel segmento intermedio della semiretta, l'idoneità – "a base parziale" – svolge una funzione di limite, escludendo la rilevanza penale del tentativo irreali, mentre l'univocità – intesa

⁷⁷ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*. PG, Milano, 2009, pp. 377 s. Nel riportare il testo si sono omissi i grassetti. Per la teoria formale-oggettiva cfr. anche G. BATTAGLINI, *Sul concetto del tentativo*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1935, pp. 417 ss.; ID., *Diritto penale*. PG, Padova, 1949, III ed., p. 430; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1981, V ed., Vol. II, p. 484

⁷⁸ Al riguardo, M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, cit., pp. 138 ss.

in senso materiale-oggettivo – svolge una funzione costitutiva e ad un tempo di limite, agendo però sul piano dell’*iter criminis*. In questo segmento, infatti, l’idoneità “a base parziale”, più che alla previsione o alla prevedibilità di qualcosa che può non corrispondere all’esistente – più che guardare al pericolo – è connessa ancora una volta alla manifestazione del proposito criminoso dell’agente. Nel segmento della semiretta più vicino al fondamento oggettivistico del tentativo, l’idoneità – intesa “a base totale” e come probabilità di consumazione, non come semplice possibilità – svolge una funzione costitutiva e di limite anche sul piano dell’*iter criminis*. A integrare l’ultimo segmento della nostra semiretta è la tesi di Ignazio Giacona, che occorre riportare almeno nei passaggi fondamentali.

Quanto alla natura e al ruolo dell’idoneità e dell’univocità, l’Autore scrive nelle sue conclusioni: «L’analisi fin qui svolta della nozione di idoneità ci ha portato a evidenziare la sua stretta attinenza al principio di offensività, dovendo sempre essere valutata attraverso un giudizio *ex ante* su base *totale*. Di conseguenza, se si vuole ricostruire la struttura del delitto tentato secondo una prospettiva oggettivistica, occorre attribuire all’idoneità la funzione di pilastro principale sul quale fondare gli altri elementi del tentativo. È proprio questa la ragione per la quale abbiamo incentrato il nostro lavoro proprio sul concetto di idoneità.

D’altra parte, nel corso di questa indagine è emersa pure l’incapacità del concetto di idoneità di fronteggiare le istanze di prevenzione generale e speciale che in certi casi si presentano anche in assenza di un vero e proprio pericolo per il bene protetto. Abbiamo evidenziato come a tali esigenze risponda proprio la nozione di *univocità*: la quale sussista qualora una situazione appaia pericolosa – pur non essendola effettivamente nei casi d’inidoneità – a un osservatore esterno fornito di medie conoscenze, e che pertanto va valutata attraverso un giudizio *ex ante* su base *parziale*. Queste considerazioni ci hanno portato a valorizzare l’importanza della distinzione tra tentativo idoneo (e univoco) e tentativo inidoneo ma univoco. In questa prospettiva ci siamo soffermati a esaminare gli istituti del reato putativo e del reato impossibile, evidenziando come l’art. 49 c.p. implichi, a nostro avviso, l’esigenza di fondare il giudizio d’idoneità su una base totale di circostanze. Infatti, come abbiamo visto, il reato impossibile è stato inteso dal legislatore del ’30, nel

solco di una tradizione ben consolidata, come un'ipotesi di reato putativo per *errore di fatto*, e come tale è stato inserito nell'art. 49 c.p. nell'ambito della disciplina dell'errore. Ora, essendo fuori discussione che la sussistenza dell'errore nel caso del reato putativo debba essere accertata su base totale, lo stesso modello di giudizio s'impone anche nell'ipotesi di reato impossibile.

In sostanza, allora, il reato impossibile presuppone che gli atti siano *inidonei* secondo un giudizio *ex ante* su base totale, ma univoci, non essendo possibile sanzionare, sia pure con una misura di sicurezza, un qualsivoglia comportamento inidoneo, anche se remotamente preparatorio. D'altra parte, ai fini dell'integrazione della fattispecie oggettiva di tentativo, basterebbe verificare l'idoneità degli atti, nella quale resta assorbita l'univocità. Infatti, il giudizio di probabilità su base totale ricomprende in sé quello su base parziale, e il tentativo realmente offensivo è pericoloso anche in una prospettiva di prevenzione generale e speciale»⁷⁹.

Quanto alla misura del giudizio di idoneità, l'Autore afferma: «Sotto questo profilo, la nozione di possibilità, proprio per la sua estrema ampiezza concettuale, darebbe luogo a un giudizio altamente tassativo: in quanto, cioè, verrebbe notevolmente limitata la discrezionalità interpretativa del giudice, che dovrebbe di regola pronunciarsi per l'idoneità degli atti. Ed è forse proprio per questi motivi che si è spesso preferito accordare questo vantaggio al requisito dell'idoneità.

Si avrebbe, in sostanza, il vantaggio di un giudizio *facile e poco discrezionale*. Ma a un prezzo assai elevato: quello cioè di ridurre a un *flatus vocis* la verifica d'idoneità, posto che non giocherebbe alcun ruolo ai fini della determinazione degli atti dell'*iter criminis* che rientrano nella sfera di libertà del cittadino. E in questo senso la previsione del requisito dell'idoneità da parte dell'art. 56 c.p. verrebbe a suonare come falsamente garantista.

Abbiamo già visto le particolari difficoltà che sorgono nell'opere di classificazione generale delle diverse circostanze rilevanti ai fini del giudizio di probabilità, e nell'enucleazione di schemi procedurali utili a orientare le scelte di chi è chiamato a compiere la stima delle probabilità di consumazione.

⁷⁹ I. GIACONA, *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., pp. 457 s.

[...] Non volendo in alcun modo sottovalutare l'importanza di questi inconvenienti, non bisogna tuttavia dimenticare che nessun "criterio potrà mai tracciare una linea netta tra tentativo punibile e tentativo non punibile, a meno che non la si voglia fare coincidere, irragionevolmente, con la realizzazione della intera condotta tipica".

[...] Quindi, nella consapevolezza di tutto ciò, piuttosto che propendere "pilatescamente" verso soluzioni scettiche o verso una nozione di scarsa utilità come quella di possibilità, ci sembra preferibile orientarci verso un concetto di probabilità che si sforzi di essere "il più possibile" vincolante per l'accertamento giudiziale della soglia di punibilità nel tentativo.

[...] Infatti, l'equiparazione dell'idoneità alla possibilità risponderebbe – sempre che non ci si serva di altri criteri correttivi, come quelli della necessaria esecutività o univocità degli atti – alle esigenze proprie di un modello soggettivo di diritto penale (pressoché puro, in quanto escluderebbe dalla sfera del suo intervento solo situazioni limite d'impossibilità, nelle quali potrebbe peraltro essere prevista l'applicazione di una misura di sicurezza); mentre il riferimento al concetto di probabilità diventa ineludibile se si ritiene che lo stato possa punire solo le condotte concretamente offensive (sia pure nella forma della messa in pericolo) dei beni protetti»⁸⁰.

Si può invero distinguere un quarto segmento immediatamente precedente a quest'ultimo, sul quale si colloca quella tesi che predica la necessità di accertare l'idoneità con un giudizio "a base totale" e di intendere l'univocità in senso formale-oggettivo: in questo segmento l'idoneità (pure intesa come probabilità di consumazione) svolge una funzione costitutiva e l'univocità una (decisiva) funzione di limite⁸¹.

L'art. 56 c.p. distingue tra idoneità ed univocità, attribuendo a ciascun concetto un ruolo nella punizione a titolo di tentativo. Pertanto, l'art. 56 c.p. sembra impedire di prendere in considerazione i due segmenti estremi della

⁸⁰ I. GIACONA, *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., pp. 203 ss. Dello stesso Autore cfr. I. GIACONA, *Il tentativo tra passato e futuro*, in *Leg. pen.*, 2002, pp. 922 ss.; ID., *Nota a Cass., sentenza 24 settembre 2008*, in *Foro it.*, 2009, cc. 208 ss.; ID., *Criteri giuridico-formali e giudizi fattuali nell'individuazione dell'inizio della punibilità nel tentativo*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 3363 ss.

⁸¹ È la tesi di G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. PG*, cit., per la quale v. *supra*, pp. 60 ss. e *infra*, p. 67.

semiretta⁸². Quanto all'estremo soggettivistico, questa conclusione è confermata dall'ulteriore rilievo per cui una nozione soggettiva di idoneità configurerebbe un'*interpretatio abrogans* dell'art. 56 c.p. – l'atto di colui che è animato dall'intenzione di delinquere sarà da quest'ultimo considerato sempre idoneo – e per questo stesso motivo risulterebbe esclusa dal combinato disposto degli artt. 56 e 49, co. 2, c.p. – che ammettono l'ipotesi dell'inidoneità; una nozione soggettiva di univocità configurerebbe ancora un'*interpretatio abrogans* dell'art. 56 c.p. e, secondo qualcuno, risulterebbe esclusa dall'art. 115 c.p.⁸³. **Resta quindi da scegliere tra i restanti due segmenti mediani, resta ancora e sempre da scegliere tra intenzione criminosa e pericolo corso come fondamento del tentativo.**

⁸² Si è visto che, secondo Ignazio Giacona, l'univocità (il pericolo apparente) non gioca alcun ruolo nella punizione a titolo di tentativo, ma è condizione della misura di sicurezza *ex art 49 co. 2 c.p.* Afferma l'Autore: «Né si può obiettare che in questo modo si effettua un'*interpretatio abrogans* del requisito dell'univocità, in quanto quest'ultimo nel sistema che proponiamo mantiene una sua autonoma valenza. Infatti, vero è che nell'ambito dell'art. 56 c.p. il requisito dell'idoneità ricomprende quello dell'univocità; tuttavia, non è vero il contrario, in quanto l'art. 49, secondo comma, c.p., richiede per l'integrazione del reato impossibile la sussistenza dell'univocità e non anche dell'idoneità. Quindi, anche se il legislatore nell'art. 56 c.p. avrebbe potuto parlare per economia di linguaggio semplicemente di atti *idonei*, tuttavia l'esplicita previsione dell'univocità nell'art. 56 c.p. serve a evidenziare le analogie e le differenze rispetto all'art. 49, secondo comma, c.p.» (I. GIACONA, *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., pp. 458 s). Ma resta il problema – ci pare – che in questo modo l'univocità finisce per non contare nulla nella punizione a titolo di tentativo.

⁸³ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. PG*, cit., 442. Questo rilievo porta anche a ritenere inammissibile quella tesi che concepisse l'idoneità "a base parziale" e l'univocità in senso soggettivo.

1.3. Il problema del pericolo. Il significato dell'idoneità: un'ipotesi alternativa sul fondamento politico-criminale del tentativo.

Scrivono Giorgio Marinucci ed Emilio Dolcini: «Quanto alla struttura del tentativo, la definizione dettata dall'art. 56 c.p. esprime una *prima scelta di fondo*, operata dal legislatore italiano. Il legislatore ha sviluppato coerentemente l'idea "non c'è reato senza offesa ai beni giuridici" [...]: si può parlare infatti di tentativo soltanto se gli atti compiuti dall'agente sono "idonei" a commettere un delitto, cioè se creano la probabilità della consumazione del reato, e quindi creano un *pericolo* per il bene tutelato dalla norma incriminatrice di parte speciale»⁸⁴. Da queste chiare parole emerge una stretta connessione tra idoneità e pericolo: anzi, l'idoneità è funzione del pericolo.

Secondo la concezione soggettiva, il pericolo è un giudizio, un'impressione. Quello che si chiama pericolo, infatti, se lo si considera nel quadro di un'opzione deterministica, si rivela come frutto dell'ignoranza o comunque della naturale emotività di chi osserva. Se costui, al momento in cui ritiene di trovarsi di fronte ad un pericolo, avesse consapevolezza di ogni circostanza fattuale e conoscesse tutte le leggi che regolano (necessitano) il creato (compreso l'uomo), sarebbe in grado di formulare un giudizio non di possibilità, ma di certezza sul verificarsi o meno dell'esito infausto, sarebbe cioè in grado di formulare un giudizio equivalente a quello di danno⁸⁵.

⁸⁴ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. PG*, cit., pp. 375 s.. Continuano gli Autori: «Altrettanto coerente con il principio di offensività è la *disciplina sanzionatoria* del delitto tentato. Comportando il tentativo un'offesa meno grave rispetto al corrispondente reato consumato, la legge fa obbligo al giudice di applicare una "pena diminuita" [...]. Il tentativo rappresenta in effetti un fondamentale banco di prova del modello di diritto penale fatto proprio da qualsiasi legislatore: sia la struttura, sia il trattamento sanzionatorio sono diversi a seconda che ci si ispiri ad una concezione del reato di impronta soggettivistica o sintomatica, ovvero alla concezione del reato come offesa a un bene giuridico. Nella prima ipotesi, il legislatore considererà responsabile di tentativo chiunque manifesti, in qualsiasi modo, la volontà di – o la inclinazione a – commettere questo o quel fatto di reato e punirà nella stessa misura chi tenta di commettere il reato e chi lo porta a consumazione. Nella seconda ipotesi, invece, la punibilità del tentativo sarà innanzitutto fondata sulla creazione o sulla mancata neutralizzazione di un pericolo per il bene giuridico tutelato dalla norma che prevede il corrispondente reato consumato; d'altra parte, il reato tentato, comportando un'offesa meno grave al bene giuridico, sarà sanzionato con una pena obbligatoriamente più lieve». Nel riportare il testo si sono omessi i grassetti.

⁸⁵ Cfr. M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, pp. 167 ss.; F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 1994, pp. 10 ss.

In questi termini, la concezione soggettiva del pericolo è da respingere, dal momento che si ritiene che almeno per l'uomo a valere non sia il determinismo, ma un relativo indeterminismo⁸⁶. Resta però che, nel caso di esito fausto – qual è quello che presuppone per definizione il tentativo – se si tiene conto di tutto ciò che è stato comunque il giudizio di pericolo non può che essere negativo⁸⁷. L'unico modo per poter affermare il pericolo in caso di esito fausto è astrarre almeno dall'epilogo. Anche le concezioni oggettive del pericolo – che propugnano un'idea di pericolo come evento o come relazione di possibilità tra un fatto noto e un evento infausto futuro ed incerto – non possono fare a meno di una, per quanto minima, quota di astrazione dal reale⁸⁸.

La necessità di questa astrazione esclude tuttavia che il giudizio di pericolo a epilogo fausto si muova sul piano della realtà: a epilogo fausto il pericolo – anche inteso come possibile lesione del bene giuridico tutelato – non ha fatto parte della realtà. Se comunque lo si punisce, una volta accertato, ciò non può dipendere da ragioni di retribuzione per il fatto – intendendosi fatto in senso “causale”, “naturalistico” –, che presupporrebbero un quid reale e, dunque, un esito infausto. Così scrive Marcello Gallo, a proposito dei fondamenti del tentativo e, in particolare, del pericolo: «È chiaro, infatti, che sarebbe stato possibile adottare soluzioni diverse, muovendo da presupposti culturali diversi. Un diritto penale dell'evento, interamente fondato sulla effettività dell'offesa all'interesse protetto, trascurerebbe un comportamento che a tale risultato non pervenisse. All'obiezione che, ad ogni modo, una condotta del genere avrebbe creato un pericolo per l'interesse tutelato potrebbe risponderci, secondo una logica rigorosamente retributiva, che, dal momento in cui l'andamento dei fatti è valutato a posteriori, il pericolo deve considerarsi sfumato, ha dimostrato la sua inattività»⁸⁹.

⁸⁶ Cfr. F. ANGIÒNI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, cit., pp. 110 ss.

⁸⁷ M. ROMANO, *Sub Art. 56*, cit., p. 591.

⁸⁸ M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., pp. 212 ss.; F. ANGIÒNI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, cit., pp. 53 s.

⁸⁹ M. GALLO, *Le forme di manifestazione del reato*, cit., p. 55. Non varrebbe replicare a tali osservazioni intendendo il pericolo come adeguatezza, dal momento che questa categoria – che implica un accertamento “a base parziale” – chiama in causa una funzione della pena diversa dalla retribuzione per il fatto, come subito si vedrà.

In effetti, è stato notato che, se si ammette che il giudizio di pericolo presuppone un'astrazione metodologica, allora si recupera «la parte di verità contenuta nella concezione soggettiva del pericolo: anche se non è vero che quest'ultimo si risolve interamente in un giudizio (perché, al contrario, è costituito da una relazione oggettiva), è però esatto affermare che esso acquista rilevanza *attraverso* un giudizio,

Con riguardo agli ipotetici nessi tra pericolo e retribuzione per il fatto ci pare significativo soffermarci sugli argomenti che Manfredi Parodi Giusino spende per giustificare l'idea che, per l'accertamento del pericolo, basta riferirsi ad una "base parziale" di circostanze. Scrive l'Autore: «Ora tale delimitazione normativa del concetto di pericolo non può essere ricavata che facendo riferimento alle funzioni che la norma penale è chiamata a svolgere. Abbiamo visto più sopra che queste consistono nella tutela dei beni giuridici, che viene perseguita attraverso la prevenzione generale, corretta però dall'esigenza retributiva, intesa (non nel senso di un rimprovero morale, come per la teoria assoluta della pena, ma piuttosto) quale espressione dell'idea di proporzione fra disvalore del fatto commesso e sanzione ad esse applicabile. In conseguenza, il concetto normativo di pericolo deve essere ricavato da un equilibrato bilanciamento delle esigenze preventive e di quelle della retribuzione/proporzione.

Ora da un lato la prevenzione generale, come criterio di orientamento dei comportamenti umani, tenderebbe, in genere, a dare il massimo rilievo alla prevedibilità dei fatti attribuiti come illecito e, dunque, a servirsi di una nozione di causalità adatta ad essere applicata a quella particolare sfera del divenire formato dalle azioni umane (in linea, orientativamente, con le esigenze espresse dalla teoria della causalità adeguata): essa, sul piano del concetto penalmente rilevante di pericolo, condurrebbe sostanzialmente ad avvicinare quest'ultimo ad un giudizio, inteso come previsione ragionevole effettuata sulla base di un criterio *ex ante*, che, a rigore, conduce a ritenere pericolosi anche fatti che si siano mostrati in seguito del tutto inoffensivi.

D'altra parte, invece, l'esigenza di retribuzione/proporzione, affrancata dall'idea di un rimprovero rivolto alla pura volontà ed attenta essenzialmente all'aspetto della offensività del reato, imporrebbe – ipotizzando a titolo esemplificativo un modello teorico unilateralmente esagerato – di tenere innanzitutto conto del disvalore oggettivo del fatto realizzato, e dunque di non dare rilevanza alcuna a fatti comunque inoffensivi; sul piano causale, ad adottare criteri il più rigorosamente valutativi, capaci di esprimere il puro collegamento eziologico tra accadimenti, tendendo, al limite, alla punizione "per il caso" (cioè sulla base del puro disvalore di evento): in ordine al concetto di pericolo penalmente rilevante, essa condurrebbe a concepire quest'ultimo come un fatto da accertare con un metodo il più possibile *a posteriori*, con l'esclusione di qualsiasi forma di astrazione, ritenendo, a rigore, pericolosi fatti che non apparivano tali al momento dell'azione» (M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., pp. 214 ss.). L'Autore poi mostra di ritenere che le esigenze espresse dalla retribuzione sono tanto più soddisfatte quanto più, nella considerazione delle circostanze, si avvanza sulla linea che congiunge il fatto all'epilogo. Infatti, a proposito di quella tesi tradizionale che per l'accertamento del pericolo indica di riferirsi al momento della sola condotta e di tenere in considerazione le sole circostanze conosciute o conoscibili, l'Autore obietta: «In tal modo, si attribuiva un rilievo massimo alla funzione imperativa della norma penale, alla sua capacità di orientare i comportamenti umani in modo tale da evitare lesioni o esposizioni a pericolo dei beni giuridici, ma si trascurava l'eventuale discrepanza fra il disvalore espresso dalla disobbedienza della norma cautelare e la non pericolosità oggettiva per il bene giuridico; si rischiava, cioè, di punire anche in ragione di comportamenti inoffensivi, in dispregio al criterio di retribuzione/proporzione tra fatto illecito e sanzione» (M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 320). Ebbene, dall'itinerario seguito dall'Autore ci sembra di poter ricavare che egli ritiene la retribuzione – intesa in senso classico – connessa alla lesione, non al pericolo. L'Autore ravvisa il punto di equilibrio tra prevenzione e retribuzione in un modello di accertamento del pericolo che, per le fattispecie a condotta pericolosa, consideri le circostanze conosciute e conoscibili presenti al momento della condotta e, per le fattispecie a evento di pericolo, consideri le circostanze conosciute e conoscibili presenti al momento dell'evento.

che ne delimita i contorni e l'estensione. Il comune giudizio sociale sul pericolo (anch'esso variabile, per la verità, in rapporto ad una serie di fattori) non coincide necessariamente con quello operato dalla legge, che dipende, invece, dalle diverse esigenze di tutela, che il legislatore ritiene di dover assicurare per taluni beni socialmente rilevanti. Ora tale delimitazione normativa del concetto di pericolo non può essere ricavata che facendo riferimento alle funzioni che la norma penale è chiamata a svolgere»⁹⁰.

Si tratta quindi di individuare le funzioni della norma penale – più esattamente, le funzioni della pena – che il pericolo chiama in causa, per poi definire la struttura del pericolo stesso. Abbiamo già visto come la retribuzione per il fatto non si attagli al concetto di pericolo. Lo stesso, peraltro, deve ritenersi con riferimento alla prevenzione generale negativa, cioè alla deterrenza.

Proviamo a precisare questo assunto. Tradizionalmente si ritiene che la previsione di fattispecie di pericolo in un sistema penale, in un'ottica di anticipazione della tutela di beni giuridici magari già protetti da fattispecie di danno, risponda ad esigenze di prevenzione. Questa tradizione di pensiero è così interpretata da Francesco Angioni, quando l'Autore offre le coordinate per stabilire il momento del giudizio di pericolo: «A questo riguardo la prospettiva teleologica porge come al solito la bussola preliminare di impostazione. Se è vero che le fattispecie di pericolo sono introdotte in luogo o accanto a corrispondenti fattispecie di lesione (o di risultato) al fine precipuo di rafforzare la tutela dei beni giuridici; e poiché, la tutela può esplicare la sua efficacia primariamente attraverso effetti di prevenzione generale, si ha maggiore tutela se si ha maggiore prevenzione generale (nel suo aspetto intimidativo) e questa si ottiene – entro certi limiti di proporzione propri di qualsiasi teoria razionale sulla funzione della pena – creando fattispecie a realizzazione anticipata. Se dunque la prevenzione-intimidazione ottenibile tramite una fattispecie di pericolo è evidentemente superiore a quella ottenibile mediante una fattispecie corrispondente di lesione, tanto più si accentua lo scarto di prevenzione tra fattispecie di pericolo e fattispecie di lesione, quanto più vasta è l'area dei fatti tipici di pericolo rispetto all'area dei corrispondenti fatti tipici di lesione. In altre parole:

⁹⁰ M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 214.

l'elemento del pericolo tanto più agisce in funzione preventiva quanto più frequentemente esso viene realizzato senza che insieme si realizzi la lesione corrispondente. Ne deriva che in questa prospettiva teleologica la scelta del momento del giudizio di pericolo deve ispirarsi al criterio che renda possibile e più frequente l'eventualità della sussistenza del pericolo senza contemporanea presenza della lesione relativa»⁹¹. Sembrerebbe di capire che l'Autore immagina una pena in funzione motivante, che spinga l'agente ad attivarsi per neutralizzare quel pericolo da lui stesso creato. Quest'idea è d'altra parte coerente con la soluzione che si offre con riguardo al momento del giudizio di pericolo, che è quello tra tutti i momenti teoricamente possibili «che consenta la prognosi indicante la maggiore misura di possibilità di verificazione dell'evento lesivo»⁹²: questo infatti è il momento in cui il richiamo della pena si fa più forte.

La logica preventiva del pericolo è poi così declinata da Manfredi Parodi Giusino, nel momento in cui si criticano quelle concezioni oggettive del pericolo come evento implicanti la necessità di un accertamento *ex post*, che magari tenga anche conto dell'epilogo o comunque individui una nozione così ristretta di pericolo da appiattare le relative fattispecie sulla corrispondente fattispecie di lesione: «Se infine, cambiando angolo visuale, ci si interroga sulla opportunità e sulla convenienza, dal punto di vista della politica criminale, di una così ristretta nozione di pericolo, ci si accorge che essa riduce notevolmente l'idoneità dei reati di cui ci occupiamo a funzionare quali mezzi di anticipazione della tutela penale – per la quale, invece, essi sono stati essenzialmente pensati. Tale modo di intendere il pericolo, infatti, non metterebbe affatto in luce la funzione preventiva delle fattispecie relative giacché, piuttosto che richiamare l'attenzione del destinatario della norma sulla necessità di evitare in genere lesioni possibili ai beni giuridici, assegnerebbe rilevanza soltanto al “quasi-impatto” verificatosi fra azione illecita e oggetto tutelato; la fattispecie, in altre parole, punterebbe più a rimproverare per i disturbi già arrecati che a distogliere da futuri danni possibili»⁹³. Ancora, si aggiunge: «Del resto vi è un'ulteriore

⁹¹ F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, cit., pp. 186 s.

⁹² F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, cit., pp. 192 s.

⁹³ M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 186.

obiezione, più sostanziale, alla tesi di Wolter [che sostiene una concezione oggettiva del pericolo come evento, il cui giudizio implica la necessità di un'astrazione *ex post* dalle circostanze impeditive anormali]: lo spazio che rimane, in tal modo, per l'applicazione delle fattispecie di pericolo concreto è così *esiguo*, da rendere del tutto inutile, dal punto di vista politico-criminale, la loro esistenza. Questi reati, invero, erano stati pensati come fattispecie capaci di esprimere un disvalore intermedio fra quello dei gravi delitti (colposi) di lesione, da un lato, e quello degli assai meno "preoccupanti" illeciti di pericolo astratto, dall'altro: la loro ragion d'essere, dunque, sarebbe quella di rendere palese al cittadino che si è verificato qualcosa di più che la mera violazione di una norma ordinatoria, qualcosa che giustifica, perciò, l'innalzamento di pena rispetto alle corrispondenti fattispecie di pericolo astratto; al contempo, però, i delitti di pericolo concreto dovrebbero servire ad eliminare la componente di casualità insita nella lesione nei delitti colposi, anticipando la tutela al semplice verificarsi del pericolo. Ora, un'interpretazione come quella di Wolter, se adempie a pieno al primo scopo (distinguere il pericolo concreto dalla mera violazione di una regola), fallisce completamente, invece, la realizzazione del secondo, perché, senza riuscire per nulla a diminuire la componente di casualità del verificarsi dell'evento (di pericolo concreto), non serve affatto ad anticipare la tutela penale, dato che la realizzazione di un simile pericolo concreto è *così vicina* a quella della lesione, che i due tipi di fattispecie, dal punto di vista della loro efficacia generalpreventiva, si può dire che coincidano quasi perfettamente»⁹⁴. Ci sembra che l'Autore affidi alle fattispecie di pericolo una funzione di prevenzione generale negativa che, tuttavia, non ha come termine di riferimento la lesione, ma uno stadio precedente di pregiudizio, appunto il pericolo.

Ora, ci pare che entrambe le posizioni vadano incontro a una critica convincente, quella per cui la funzione di prevenzione generale negativa non è propria della fattispecie di pericolo, ma della fattispecie di lesione. A questo riguardo, riportiamo le parole di Biagio Petrocelli a proposito del significato da attribuire alla norma sul tentativo – norma analoga alle norme sul pericolo⁹⁵. Per una migliore comprensione,

⁹⁴ M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., pp. 337 s.

⁹⁵ Sul tentativo come reato di pericolo *sui generis* cfr. I. GIACONA, *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., pp. 470 ss.

chiediamo al lettore di dare momentaneamente per assunto che la concezione imperativistica della norma – norma come comando, precetto, obbligo, come norma di condotta – esprime, da un punto di vista normo-teoretico, la stessa idea che la prevenzione generale negativa esprime dal punto di vista delle funzioni della pena: vale a dire l'idea di deterrenza, di intimidazione (sul punto v. *infra*, al paragrafo n. 4 del secondo capitolo). Ebbene, l'Autore scrive: «Un altro coefficiente di stretta correlazione fra delitto tentato e delitto consumato è l'oggetto della tutela penale. La norma sul delitto tentato non tutela un bene diverso da quello della norma incriminatrice primaria, ma ha per oggetto lo stesso bene; ed anche il suo contenuto precettistico deve ritenersi identico. Non esiste, e non ci sembra nemmeno logicamente configurabile, un precetto specifico contenente il divieto del tentativo come tale, e che suoni volta a volta: “non tentare di uccidere”, “non tentare di rubare”, e via dicendo. Chi compie atti diretti a commettere un omicidio o un furto si pone, soggettivamente e oggettivamente, contro la norma che vieta e punisce l'omicidio e il furto. Sotto questo aspetto non aveva torto, in fondo, il Vannini quando sosteneva che la norma sul tentativo ha un valore prettamente strumentale e non è norma di condotta per i cittadini, ma piuttosto una norma diretta ai competenti organi dello Stato. Infatti l'azione del reo anche quando non si completa o non raggiunge il suo effetto, è sempre diretta a ledere, *in toto*, il bene protetto dalla norma incriminatrice primaria; ed è quindi l'imperativo in questa contenuto che l'agente trasgredisce. Ci sembra piuttosto artificioso il criterio per il quale l'imperativo della norma penale avrebbe per oggetto il mezzo e non il fine, l'azione e non l'evento, e potrebbe, in sostanza essere enunciato in questo modo: “non operate contro il bene *x*”, ovvero “non svolgete contro il bene *x* un'attività che possa distruggerlo o metterlo in pericolo”; mentre più semplice e più rispondente alla realtà delle cose è l'altro, sostenuto dalla nostra dottrina dal Vannini, per il quale l'imperativo giuridico è uno, ed è quello che si riferisce all'essenza finalistica della norma. Il dire che la norma sul tentativo, non ostante la sua natura accessoria o complementare, è pur sempre intesa a rendere in effetti operante il precetto predisposto dal legislatore per determinati beni, e non può considerarsi diretta ai singoli consociati, è, a nostro avviso, osservazione esatta solo in parte; esatta dal punto di vista generale di una più efficiente tutela giuridica per cui alla norma incriminatrice primaria si aggiunge

quella secondaria sul delitto tentato; inesatta dal punto di vista del valore precettivo di quest'ultima, perché i consociati non possono aver bisogno di una regola di condotta, diciamo così, minore quando, nel senso voluto dall'ordinamento, agisce già su di essi la forza dell'imperativo primario»⁹⁶. Trasponendo queste considerazioni sulla materia più generale del pericolo e volendo concretizzare il discorso al fine di una migliore comprensione, si può dire che la funzione di deterrenza, con riguardo a colui che si propone di appiccare un fuoco, non è esercitata dalla fattispecie di incendio, ma da quella di lesioni o di omicidio, che vengono ad assumere un oggetto materiale indeterminato⁹⁷. Più sintetico Ottorino Vannini, sempre con riguardo al tentativo: «Sussiste in realtà il dovere giuridico penale di nulla operare che possa esporre a pericolo un bene penalmente protetto. V'è il dovere giuridico d'astenersi da quelle azioni capaci di porre in pericolo la vita dell'uomo; l'obbligo giuridico di non tentare la violazione di un bene protetto dalla legge sussiste; ma quest'obbligo giuridico non scaturisce da un apposito precetto avente carattere autonomo; non è che il risultato necessario della norma principale a cui quella concernente il tentativo si riferisce. Dunque *anche nell'ipotesi del tentativo, la norma che s'indirizza ai sudditi, la norma che si viola, è la norma che prevede la consumazione*»⁹⁸.

Quando si parla di pericolo, retribuzione per il fatto e deterrenza restano dunque fuori gioco. Ne deriva che, quantomeno in caso di esito fausto, *il pericolo può ricevere la propria giustificazione unicamente dalla retribuzione (non per il fatto, ma più in generale) per l'allarme sociale prodotto dal comportamento dell'agente,*

⁹⁶ B. PETROCELLI, *Il delitto tentato. Studi*, cit., pp. 21 s. Si può forse precisare che la norma giuridica, secondo la concezione imperativistica, guarda effettivamente alla sola condotta, che viene vietata per scongiurare un evento (previamente) valutato come indesiderabile dall'ordinamento. In questo senso – ci pare – sono da intendere le parole di Petrocelli e di Vannini, per cui da un lato è inesatto dire che l'imperativo non avrebbe ad oggetto l'evento e dall'altro l'imperativo è quello che si riferisce all'essenza finalistica della norma: lo scopo dell'imperativo è evitare l'evento indesiderato.

⁹⁷ Non varrebbe replicare – ci sembra – che le fattispecie di omicidio e lesioni sono centrate su un determinato soggetto passivo: questa considerazione non sarebbe pertinente, dal momento che ora si sta parlando della minaccia che l'agente percepisce al momento della condotta, della funzione imperativistica della norma. La questione della determinatezza del soggetto passivo si pone su un diverso piano della norma di valutazione e dunque del disvalore del fatto, dal momento che, senza dubbio, un conto è un pericolo che riguardi una o più persone determinate, altro conto un pericolo che abbia ad oggetto persone indeterminate anche nel numero: il disvalore di questo pericolo è infatti maggiore.

⁹⁸ O. VANNINI, *Valore e limiti di applicazione della norma riguardante il tentativo*, in *Riv. pen.*, 1919, Primo supplemento, pp. 5 ss., ptc. p. 15. V. anche O. VANNINI, *Il valore del pericolo nel tentativo*, in *Riv. pen.*, 1919, Primo supplemento, pp. 173 ss. Si può ricordare che tanto per Biagio Petrocelli quanto per Ottorino Vannini anche gli atti pretipici sono punibili a titolo di tentativo.

considerato nelle sue note oggettive e soggettive⁹⁹. Il pericolo va dunque concepito come un fatto produttivo di allarme sociale. Ma se a contare è l'allarme sociale, vale a dire "ciò che si manifesta", "ciò che si percepisce", la base di accertamento del pericolo si fa "parziale", composta cioè da circostanze conosciute o conoscibili. Ci sembra che la "base totale" nell'accertamento del pericolo sia espressione di un limite di libertà che trova giustificazione non nelle funzioni della pena, ma nell'idea di offensività¹⁰⁰, o nell'idea che il pericolo è parte del fatto tipico¹⁰¹, o nella storia dell'art. 49, co. 2, c.p.¹⁰².

⁹⁹ « [...] l'animo dei cittadini si scuote all'aspetto di una volontà malvagia che già aveva cominciato l'esecuzione di atti indirizzati a quel tristo evento, ed abili a procacciarlo; ed al pensiero che una mera accidentalità, di cui non può calcolarsi la ripetizione, ha salvato la vittima del male minacciato, e la società dal lutto e dal terrore di un delitto compiuto» (F. CARRARA, *Grado nella forza fisica del delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Lucca, 1870, II ed., V. I, pp. 23 ss., ptc. pp. 356 s.). In materia di tentativo, sul duplice volto dell'allarme sociale cfr. anche S. SEMINARA, *Contro una configurabilità "causale" del tentativo*, in *Leg. pen.*, 2002, pp. 915 ss., ptc. p. 918. Sulle note oggettive dell'allarme sociale cfr. R. BARTOLI, *Brevi considerazioni sull'elemento oggettivo del delitto tentato in una prospettiva de lege ferenda*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 929 ss.; alle note soggettive dell'allarme sociale si è particolarmente dedicato L. SCARANO, *Il tentativo*, cit., pp. 59 ss., ptc. p. 71: «L'allarme sociale rappresenta l'indice di un fenomeno, del quale va indagata la ragion sufficiente. Se si dice che si deve punire il tentativo, in quanto desta allarme nella vita organizzata, si deve ancora completare il discorso affermando che, a sua volta, l'allarme sussiste in quanto si è manifestata inequivocabilmente una volontà diretta al delitto. Il fine, in breve, è ciò che dà il tono, il plasma al tentativo, e perciò costituisce la ragione della sua incriminabilità». In sostanza analogo ci pare il pensiero di E. MORSELLI, *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 36 ss., 40. Al riguardo, ci sembra anche significativa la tradizionale e comune acquisizione che esclude la configurabilità del tentativo colposo: «Dire che si è tentato di fare ciò che non si prevedeva e non si voleva fare, è nelle più comuni occorrenze della vita un impossibile logico. Tentativo di delitto colposo è un controsenso giuridico» (F. CARRARA, *Grado nella forza fisica del delitto*, cit., p. 371). Sul punto, cfr. anche O. VANNINI, *L'elemento morale nel tentativo*, in *Riv. pen.*, 1919, pp. 391 ss.

¹⁰⁰ In materia di tentativo, cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. PG*, cit., pp. 383 s.: «La base del giudizio di probabilità è rappresentata non dai soli mezzi impiegati dall'agente (come richiedeva il codice Zanardelli), ma anche dalle circostanze concrete in cui quei mezzi sono stati impiegati. [...] Bisogna però stabilire se il giudice debba tener conto delle sole circostanze che al momento dell'azione erano conoscibili da un osservatore imparziale o erano conosciute dall'agente (prognosi con base parziale) ovvero debba tener conto di tutte le circostanze presenti in quel momento, anche se non conoscibili né conosciute al momento dell'azione, ma accertate solo successivamente (prognosi con base totale). [...] A nostro avviso, questa alternativa va sciolta nel senso che il giudice deve porre a base del giudizio tutte le circostanze esistenti al momento dell'azione (prognosi a base totale). Lo impone in primo luogo il principio di offensività, che vincola l'interprete nella ricostruzione delle norme. [...] A favore del giudizio di idoneità come giudizio prognostico a base totale sembra parlare anche un'altra disposizione del nostro codice, l'art. 49 co. 2 [...]. La logica che sta alla base di questa disciplina risiede, ancora una volta, nel principio di offensività. Non si può punire allorché le modalità dell'azione o dell'oggetto su cui essa va a cadere siano tali da rendere impossibile il verificarsi dell'evento dannoso o pericoloso per il bene giuridico: non si può punire chi non ha nemmeno esposto a pericolo il bene giuridico». Nel riportare il testo si sono omessi i grassetti.

¹⁰¹ Questo l'argomento di Francesco Angioni: a proposito di quella tesi tradizionale che per l'accertamento del pericolo indica di riferirsi al momento della sola condotta e di tenere in considerazione le sole circostanze conosciute o conoscibili (nella letteratura italiana, v. C. PEDRAZZI,

Problemi del delitto di aggrottaggio, Milano, 1958, pp. 46 s.): «Ma è giustificato escludere le circostanze presenti al momento della condotta ma non “generalmente” riconoscibili allora? Per adesso si può osservare che le circostanze ontologiche presenti al momento della condotta, appunto perché presenti nello stesso tempo in cui questa si realizza, ne costituiscono una nota caratterizzante; anzi sono esse che colorano e rendono peculiari le singole condotte tipiche corrispondenti alla condotta tipo prevista nella fattispecie astratta. Ora, dato che la condotta tipica è un elemento oggettivo del reato e che principio generale proprio dell’elemento oggettivo del reato è l’assoluta assenza di limiti nel modo del suo accertamento, e dato anche che le circostanze presenti al momento della condotta, specificando la condotta concreta conforme alla condotta tipo, afferiscono ad essa, dunque fanno parte anch’esse dell’elemento oggettivo, ne deriva a fil di logica che anche per il loro accertamento nessun limite è consentito» (F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, cit., pp. 52 s.); ancora, a proposito questa volta di quella tesi, anch’essa ormai piuttosto risalente, che distingue tra fattispecie a condotta pericolosa, per le quali dovrebbe tenersi conto delle sole circostanze conosciute o conoscibili presenti al momento della condotta, e fattispecie a evento di pericolo, per le quali invece occorrerebbe valutare tutte le circostanze sorte al momento dell’evento anche se non riconoscibili (v. M. GALLO, a cura di, *Relation italiane del Centro nazionale prevenzione e difesa sociale al X Congresso internazionale di diritto penale*, in *Révue internationale de droit pénal*, 1969, pp. 204 ss.): «Si ritorni adesso alla base del giudizio proposta dalla relazione per le fattispecie di condotta pericolosa. Contro di essa può fin d’ora risponderci con gli appunti di sostanza e di praticabilità già avanzati contro l’analogia base del giudizio già delineata dalla dottrina tradizionale; ricordando in particolare che quanto attiene non all’esistenza ma alla conoscibilità di circostanze ontologiche accompagnanti la condotta tipica, fa parte dell’elemento soggettivo della fattispecie, e non può perciò avere incidenza sull’esistenza o meno del pericolo, il quale è invece evidentemente un elemento oggettivo. Altrettanto vale per le fattispecie di evento di pericolo. Anche per esse la riconoscibilità delle circostanze afferenti all’evento tipico è nota che riguarda solamente l’elemento soggettivo» (F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, cit., p. 69). Ebbene, come si vede la scelta per la “base totale” si fonda, in modo piuttosto apodittico, sulla collocazione del pericolo all’interno del reato, e la tesi quindi si rivela in fondo non troppo diversa da quelle che, per ricostruire il modello di accertamento del pericolo, considerano l’elemento al quale il pericolo stesso afferisce, la condotta o l’evento (M. GALLO, a cura di, *Relation*, cit.; G. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale*, 1977, Vol. I, pp. 177 ss.). Del resto, che la “base totale” non abbia un fondamento teleologico risulta dalle osservazioni di chi si chiede «se la tendenziale inclusione nel giudizio di pericolo di tutte le circostanze presenti al momento del fatto, anche se conosciute in un momento successivo, non conferisca al giudizio di pericolo una misura di “concretezza” poco compatibile con la perseguita funzione preventiva» (G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 450). Peraltro, si può forse dire che di tutto ciò Francesco Angioni sia perfettamente consapevole, dal momento che l’Autore da un lato sta bene attento a non accostarsi a quelle impostazioni che intendono il pericolo come una realtà, dall’altro nella ricostruzione del concetto di pericolo fa sempre e solo riferimento alla funzione di deterrenza della pena (F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, cit., p. 17; p. 186). Sul tentativo, dello stesso Autore cfr. F. ANGIONI, *Un modello di tentativo per il codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 1089 ss.; ID., *Il tentativo tra esigenze di punibilità e principio di extrema ratio*, in *Leg. pen.*, 2002, pp. 911 ss., laddove peraltro si aggancia l’esigenza della “base totale” al principio di offensività e si parla di “pericolo reale”.

L’altro argomento forte sul quale poggia la scelta per la “base totale” è l’esigenza di distinguere l’accertamento del pericolo dall’accertamento della colpa (F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, cit., pp. 178 ss.; cfr. anche G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 1190 ss., ptc. 1223 nota 124-bis). Il problema non tocca l’istituto del tentativo. A questo riguardo, comunque, Manfredi Parodi Giusino, che sostiene un modello di accertamento del pericolo “a base parziale”, ritiene che tale opzione non comporti interferenze con la colpa. Infatti, «... la difficoltà è soltanto apparente: se si guarda alle fattispecie di reati colposi di pericolo realmente esistenti nel nostro codice, è facile accorgersi che il legislatore si è consapevolmente preoccupato di *distinguere oggettivamente* l’elemento della colpa da quello del pericolo, riferendo la prima alla *sola condotta* e il secondo al *risultato di essa*. Per es., l’art. 450 c.p.

prevede che il reo abbia fatto “sorgere o persistere il pericolo di un disastro” (risultato oggettivo) “con la propria *azione od omissione* colposa”: ciò significa che, mentre il giudizio sulla violazione delle regole cautelari in rapporto alla condotta dovrà assumere come punto di riferimento soltanto le caratteristiche più generali del fatto, viceversa riguardo all’insorgere del pericolo si dovranno assumere nel giudizio *ulteriori* elementi (riguardanti, in pratica, soprattutto l’entrata dell’oggetto tutelato, della vittima potenziale, nel raggio d’azione del pericolo). [...] La diversità dei requisiti della colpa e del pericolo è data in questi casi, dal numero di circostanze formanti la base del giudizio *secondo la indicazione della legge*: quelle accompagnanti l’azione, per la colpa; tutte quelle esistenti (dunque anche la – prevedibile – presenza di vittime) per il pericolo» (M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 362). A queste considerazioni Francesco Angioni obietta: «La lettura e la ratio della fattispecie colposa di pericolo (art. 450) chiamata in causa nell’esempio citato, così come l’applicazione dei principi generali dell’imputazione colposa, conducono tuttavia a esiti opposti a quelli pretesi nella tesi in esame. Anzitutto va avvertito che – perlomeno nei reati di evento – la colposità, cioè la negligenza, imprudenza, imperizia rilevante per principio ai sensi dell’art. 43, non è un attributo della condotta presa per se stessa, ma è una qualifica che assume corpo e colore in vista di un evento tipico (dannoso o pericoloso). È questo evento il punto precipuo di riferimento per la determinazione dell’eventuale imprudenza, ecc., rilevante; e dunque il giudizio di colpa non può certo prescindere» (F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, cit., p. 394). A nostro sommo giudizio una parte di ragione può essere riconosciuta ad entrambi gli Autori. Da un lato si può forse concepire un giudizio di pericolo “a base parziale” che non si identifichi con l’accertamento della colpa, dall’altro resta vero che se non c’è pericolo “a base parziale” non c’è nemmeno colpa. Ciò si comprende se si imposta il criterio distintivo tra pericolo “a base parziale” e colpa non tanto sulla composizione della base del giudizio, quanto in primo luogo sul parametro alla cui stregua valutare la conoscibilità: per il pericolo l’osservatore esterno, per la colpa l’agente modello. L’accertamento del pericolo “a base parziale” dovrebbe fondarsi sì sulle circostanze conosciute e conoscibili dall’agente, ma nel senso che tutte queste circostanze devono essere anche riconoscibili da un ipotetico osservatore esterno; l’accertamento della colpa deve tenere conto anche delle circostanze conosciute dall’agente ma non riconoscibili dall’esterno. Si immagini una fattispecie incriminatrice che punisca colui che, con la propria guida imprudente, fa sorgere il pericolo di un incidente. Si immagini poi che Tizio, esperto pilota, percorra con la propria automobile a gran velocità una strada cittadina, passando di fianco ad una scuola verso l’ora di pranzo. Le circostanze conosciute e conoscibili dall’agente ma anche riconoscibili dall’osservatore esterno sono la velocità, l’ora e il prevedibile attraversamento della strada da parte di qualche scolaro. In base a tali circostanze, si può affermare la sussistenza del pericolo. La circostanza conosciuta dall’agente ma non riconoscibile dall’osservatore esterno – la circostanza conoscibile dall’agente modello corrispondente all’agente concreto – è la qualità di pilota dell’agente stesso, che costituisce una circostanza impeditiva. Se, in base al diverso parametro di conoscibilità, si arricchisce la base del giudizio, sembrerebbe ammissibile dire che per l’agente concreto non c’è possibilità dell’evento infausto, quindi per l’agente concreto non c’è pericolo, quindi non c’è colpa. Ciò significherebbe riuscire a distinguere tra pericolo “a base parziale” e colpa. Alcune precisazioni: 1) è noto che le conoscenze e le abilità superiori dell’agente concreto non possono fondare un livello di diligenza superiore di quello richiesto: tale rilievo non pertiene al problema che si sta affrontando, quello del giudizio di prevedibilità; 2) l’esempio che abbiamo fatto non prospetta una situazione di colpa cosciente: perché così fosse, bisognerebbe dare per attuale nella mente dell’agente la rappresentazione del possibile attraversamento della strada da parte degli scolari; 3) non si potrebbe contestare l’esito del giudizio di prevedibilità adducendo che comunque l’agente fa parte della comunità sociale: infatti, per accertare la colpa occorre individualizzare il giudizio, dal momento che ciò che conta è se l’agente concreto può considerarsi motivato o meno dalla norma penale; 4) nell’esempio, non bisogna confondere le circostanze non riconoscibili dall’esterno – la qualità di pilota dell’agente concreto – con le circostanze inconoscibili in senso assoluto – ad esempio, la circostanza della scuola eccezionalmente chiusa per disinfezione il giorno del passaggio dell’agente.

¹⁰² In materia di tentativo, I. GIACONA, *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., parte da un’idea di idoneità come adeguatezza (pp. 30 s., nota n. 17; pp. 37 s.), per poi fondare l’esigenza di un accertamento “a base totale” dell’idoneità sull’art. 49, co. 2, c.p., visto però non come

Alla fine del paragrafo n. 2 si è visto come l'idoneità "a base parziale" possa rispondere ad una classica esigenza di difesa sociale, temperata tuttavia dall'irrilevanza del tentativo irreale. In questo senso, l'idoneità "a base parziale" è, come l'idoneità "a base totale", espressione (anche) di un limite di libertà. Queste concezioni dell'idoneità ci paiono rientrare nei limiti imposti dall'art. 56 c.p. Peraltro, se si immagina il legislatore animato esclusivamente da scopi politico-criminali, l'idoneità "a base parziale" diviene funzione della retribuzione per l'allarme sociale. Il tentativo, allora, per ciò che attiene all'elemento strutturale dell'idoneità, può concepirsi come fondato sull'allarme sociale e, da un punto di vista politico-criminale – che cioè consideri le funzioni della pena – può ritenersi un istituto ispirato alle esigenze della retribuzione per l'allarme sociale. Del resto, il legislatore che avesse voluto soddisfare l'esigenza di difesa sociale e, ad un tempo, avesse pensato di circoscrivere la difesa sociale entro determinati limiti, avrebbe probabilmente agito sul piano del solo *iter criminis*.

portato del principio di offensività: «Dall'indagine che abbiamo fin qui svolto emerge l'inquadramento del reato impossibile nel reato putativo, secondo quell'impostazione oggettiva classica che pare essere stata seguita dal legislatore del '30 nella formulazione dell'art. 49 c.p. Il reato putativo presuppone infatti uno stato di *errore*, che sarebbe *di fatto* nel caso di reato impossibile, consistendo in un'inesatta percezione della realtà esterna. In questo senso, allora, l'art. 49 c.p. costituisce frutto di istanze realistiche che comporterebbero che il reato impossibile, allo stesso modo del reato putativo per errore sul fatto, sia accertato su una *base totale* di circostanze; mentre la previsione della misura di sicurezza da parte del quarto comma dell'art. 49 c.p., risponderebbe a esigenze di *prevenzione*, che comunque residuerebbero in presenza di un tentativo inidoneo – e perciò inoffensivo – ma univoco» (p. 347).

1.4. Excursus: Romagnosi vs Carrara. Il ruolo dell'allarme sociale sul piano dell'iter criminis. Conferma dell'ipotesi alternativa sul fondamento politico-criminale del tentativo.

Soffermiamoci adesso sul pensiero di Gian Domenico Romagnosi e Francesco Carrara in materia di tentativo.

Romagnosi – lo si è in parte già visto – si colloca tra quegli scrittori animati dall'intento liberale di punire non il solo pensiero, ma l'atto che quel pensiero manifesti. Romagnosi è considerato il pensatore, alle cui opere riferirsi per rinvenire le origini dell'idea di “cominciamento dell'esecuzione” – idea che ha ispirato come noto le codificazioni dell'Ottocento¹⁰³. Peraltro, Romagnosi mostra di ritenere punibili anche atti che siano immediatamente precedenti a quelli tipici: «Non in tutti i delitti può verificarsi l'attentato, ma soltanto in alcuni; e sono quelli nei quali il principiare ad eseguirli non è lo stesso che consumarli; ond'è che può aver luogo la sospensione; posta la quale, si verifica che il delitto, a cui si tendeva, non è consumato. Ciò dunque si applica, per esempio, ai tentativi di *furto*, quando l'uomo viene sorpreso in un atto in cui manifestamente principiava la esecuzione del furto, o per cui si faceva cosa manifestamente diretta a commetterlo, come l'effrazione di muraglie, di porte, di scrigni, o tal altro genere di mezzi violenti. Ciò si applica pure ai tentativi di *contraffazione di monete*, quando presso taluno si trovano dei conii di monete, e quanto a coniarne è destinato. Così si applica ai tentativi di *smercio di moneta falsa*, quando si sorprende taluno che stava per isponderla, o per porla in qualunque modo in circolazione, sapendo ch'essa era falsa. Così si applica ad ogni tentativo di *falso* qualunque, allorché si sorprende taluno che stia occupandosi nel fabbricarlo. E così d'ogni altro che stia facendo alcuna cosa la quale appunto, per manifestare un principio di esecuzione del delitto, dà luogo a concludere rettamente, che non sospesa od interrotta, lo speciale delitto, a cui si riferiva, sarebbesi necessariamente consumato»¹⁰⁴. Come si vede, Romagnosi considera punibili atti tipici – il “fabbricare un falso” – e atti che sono immediatamente precedenti a quelli

¹⁰³ I. GIACONA, *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., pp. 382 ss.

¹⁰⁴ G.D. ROMAGNOSI, *Osservazioni del grande giudice Luosi sulla prima parte del progetto di codice penale pel Regno d'Italia*, cit., p. 1063.

tipici – l’effrazione di scrigni nel furto, l’accingersi a spendere la moneta falsa nello smercio di moneta falsa.

Questa impostazione è condivisa da Romagnosi con altri Classici, come Pellegrino Rossi. **Romagnosi però si distingue dagli altri scrittori della sua epoca per la maggiore consapevolezza teleologica che anima le sue riflessioni. In altre parole, egli mostra di collegare l’esigenza di punire a titolo di tentativo i soli atti esecutivi alla funzione di deterrenza svolta dalla pena astratta.**

Nel Capo XII della Seconda Parte della *Genesi del diritto penale* – intitolato «Nascita del diritto penale» – Romagnosi spiega così l’origine del diritto di punire: «Una circostanza essenziale al diritto di offendere taluno è la *necessità* di recargli del male, affine di allontanarne un altro ingiusto da noi. Dunque, si dovrà verificare che in Società, *atteso* il delitto passato *impunito* combinato coi rapporti del *futuro*, nasca la richiesta necessità della pena [§ 242]. Ora è egli forza che ciò avvenga? *Ove* all’uomo per una conseguenza dello stato, in cui è posto, è *sempre* e agevole cosa il dare i maggiori soccorsi alla sussistenza, e ben esser, de’ suoi simili, ivi egli è del pari agevole l’apportarvi i più gran *danni* [§ 243]. *Ove* l’uomo ritrae la somma maggiore di *utili*, e piaceri ivi sente svegliarsi (si eccettuano i pochissimi saggi) dei *desiderj*, i quali dall’opinione, dall’abitudine, e dal contrasto dell’altrui amor proprio son resi vieppiù violenti [§ 244]. Ma dove spesso vede di non potere soddisfarli che *sacrificando* la tranquillità, o la esistenza del suo simile, ivi egli ha un possente *motivo*, onde determinarsi a farlo [§ 245]. *Infallibilmente* vi si determinerà, se non avrà un altro *contrario*, o superiore, o almeno egualmente sensibile, ed efficace motivo che ne lo distorni [§ 246]. Ma l’effetto primo, e naturale dell’*impunità* consiste appunto nel togliere dagli animi degli Esseri capaci di moralità il *timore* di un male certamente *futuro*, connesso col delitto, l’impressione del quale potesse sormontare, o almeno contrabbilanciare le lusinghe del delitto istesso [§ 247]. Dunque posta l’impunità del delitto in Società, attese le *circostanze* medesime dello stato sociale, ne seguirà *certamente* un numero spaventevole d’altri simili, o anche più atroci [§ 248]. Dunque sarebbe la Società in *necessità* per difendersi, e quindi in *diritto* di togliere di mezzo l’impunità, abbenché non sia parte integrante, ma solamente *conseguenza* del delitto. O per parlare più propriamente: la Società ha *diritto* di far *succedere* la pena al delitto, come *mezzo necessario* alla conservazione

de' suoi individui, e dello stato di aggregazione, in cui ella è, cose tutte alle quali ella ha pieno ed inviolabil diritto. Ecco il momento della *nascita* del diritto penale, il quale in sostanza non è che un diritto di difesa *riflesso* [§ 252]»¹⁰⁵.

Come si vede, **Romagnosi intende la pena come strumento di deterrenza, come minaccia concretizzata dalla punizione del passato delitto**: «*Qual cosa* la Società si può, e deve proporre di ottenere colla pena? Questa mira è egli *sola* o molteplice? Ecco le ultime ricerche intorno al FINE del diritto penale umano. Non il tormentare, o affliggere un essere sensibile, non di soddisfare un sentimento di vendetta, non il rivocare all'ordine delle cose un delitto già commesso, ed espiarlo, ma bensì *incutere timore* ad ogni facinoroso onde *in futuro* non offenda la Società. e questo è il solo fine giusto della pena. Ottenere la *conservazione* del ben essere sociale: ecco il fine ultimo, e *generale* delle pene. Ma ad un tempo stesso, egli è il fine di tutta quanta la scienza versantesi fra i rapporti degli uomini collegati. L'economia, l'educazione, la sociale Religione, le scienze, tutto insomma l'ordine sociale ha questo fine *comune* colle pene. Quindi, proposto tale scopo, *allontanare* dalla Società ogni delitto è un altro fine vieppiù *vicino* della pena, subordinato all'antecedente. – Ma esso è *comune* a lei con tutti quegli altri mezzi acconci a prevenire, o a sopprimere il delitto, *non* tormentosi o afflittivi agli esseri umani, ed i quali perciò non possono essere considerati come pene. Per ultimo *incutere timore* acciocché non si commettano delitti, ecco il fine, ed effetto *immediato* speciale, e *proprio* delle pene, tanto minacciate, quanto eseguite. – Esso, come vedesi, è connesso, e subordinato alle altre mire antecedenti. Se tuttociò, che ci fa certi di non soffrire un male, o di non subire la privazione di un bene, reca *Sicurezza*; e s'ella quindi risulta dal sentimento di questa certezza accoppiato alla compiacenza di sentirsi sgombri da timore; è troppo chiaro che il *Bene* o il frutto utile, e proprio derivante dall'efficacia della pena, consisterà nel toglierci il timore di essere molestati dal delitto altrui, ossia produrrà la *Sicurezza* sociale dal delitto [§ 395]»¹⁰⁶.

Veniamo quindi al tentativo. Romagnosi mostra di considerare sinonimi “tentativo” ed “esecuzione”, nel senso però di esecuzione del pensiero malvagio, non di esecuzione del delitto. Appunto, il tentativo è l'atto che rimanda al pensiero

¹⁰⁵ G.D. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, Milano, 1996 (testo della I ed., Pavia 1791), pp. 192 s.

¹⁰⁶ G.D. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, cit., pp. 227 s.

malvagio. Che il tentativo possa – secondo Romagnosi – essere costituito anche da atti diversi da quelli che oggi definiamo tipici e, quindi, in questo senso da atti preparatori, emerge da alcuni passi della *Genesis*: «Ma col *solo* pensiero non può l'uomo recare nocumento al suo simile, ma soltanto coll'azione fisica ed *esterna*, colla quale lo manda ad *esecuzione*. Dunque di nuovo ne segue, che ancorché palesato a modo di racconto, o altrimenti, ma non eseguito, *non* potrà mai essere oggetto di giusta *pena*, ma soltanto la di lui esecuzione o tentativo [§ 570]»¹⁰⁷; «Egli richiedesi necessariamente, che l'atto, che si vuole assoggettare a pena, sia per se stesso valevole ad apportare un *nocumento ingiusto*. Ora l'attentato reca un male ingiusto, turbando il godimento della *sicurezza*, che la Società, e gli individui di lei sono in *diritto* di godere. Dunque sarà cosa *giusta* opporre una *pena* all'attentato, sempreché non si possa usare di *altro mezzo*, onde impedire, ch'egli sia commesso. Io non parlo per ora di altri motivi a punirlo tratti dall'interesse della Società, non di non essere intimorita dalla sola *minaccia* di un male (la qual cosa potrebbe anche colui, che si fosse prefisso di tentare *solamente*, e non di consumare un delitto), ma di arrestare *anticipatamente* i progressi dell'esecuzione criminosa, col far cadere il castigo non sulle sole *conseguenze* del delitto, ma eziandio sulle di lui *preparazioni* [§ 701]»¹⁰⁸. È successivamente che, dall'idea liberale di punire non il pensiero, ma l'atto segnato dal pensiero, si sviluppa – senz'altro come conseguenza logica, anche se non proprio scontata – un'idea di esecuzione concettualmente opposta a quella di preparazione¹⁰⁹, che ha potuto fungere a sua volta da base per il concetto di

¹⁰⁷ G.D. ROMAGNOSI, *Genesis del diritto penale*, cit., p. 278.

¹⁰⁸ G.D. ROMAGNOSI, *Genesis del diritto penale*, cit., p. 311.

¹⁰⁹ V. anche *supra*, pp. 49 s. La formula “principio dell'esecuzione” (*principium exequendi*) riferita al tentativo si rinviene per la prima volta nel *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani (1593), viene recepita nell'*Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des Sciences, des Art set de Métiers* di Diderot e d'Alambert alla voce «*Crime (jurisprudence)*» affidata ad Antoine-Gaspard Boucher d'Argis (1772) ed approda nel *Code pénal* napoleonico (1810). La formula è riferita al pensiero criminoso, non al delitto, e nel *Code pénal* è affiancata a quella della “manifestazione dell'intenzione criminosa”: «*Toute tentative de crime manifestée par des actes extérieures et suivie d'un commencement d'exécution sera punie comme le crime même, si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendentes de la volonté du prévenu*» (art. 2). La magistratura francese, durante i primi anni di vita del *Code pénal*, enuclea da questa disposizione la dicotomia “preparazione-esecuzione” (per queste notizie, R. ISOTTON, *Crimen in itinere. Profili della disciplina del tentativo dal diritto comune alle codificazioni penali*, cit., pp. 94 ss., 193 ss., 348 ss.).

“cominciamento dell’esecuzione” di un delitto, anima delle codificazioni ottocentesche¹¹⁰.

Ora, ciò che ci preme mettere in evidenza del pensiero di Romagnosi è l’idea che la rilevanza penale dell’esecuzione – del tentativo – sia data dalla funzione di deterrenza riconosciuta alla pena. Si consideri questo passo: «Io rifletto primieramente, che perciò appunto, che si cerca di anettere una pena al tentativo, si suppone, che *dopo* averla stabilita contro il delitto consumato, ciò nondimeno possono gli Uomini trascorrere a commettere il delitto istesso. Altrimenti se fosse il Legislatore moralmente *certo*, che ciò non avverrà, come si potrebbe *far caso* dell’attentato; e qual *ragione* avrebbe egli di punirlo? Perciò che il delitto fosse represso, o a dir meglio, perciò che il terror della pena avesse preventivamente annientato l’*interesse* a delinquere, non sarebbe egli perciò stesso contenuto anche l’*attentato*? [§ 727]»¹¹¹. Il raggio tracciato dalla minaccia della pena include non soltanto la consumazione, ma anche il tentativo, vale a dire – nel gergo romagnosiano – tutta l’esecuzione del delitto. **La minaccia di pena che l’ordinamento appronta è unica: per tentativo e consumazione vale un’unica minaccia.** Il passaggio ulteriore che ci si aspetterebbe dallo scrittore parmense è l’affermazione della rilevanza penale dei soli atti – che oggi diciamo – tipici: infatti, finché l’agente non ha integrato con il proprio comportamento un atto tipico, la pena prevista per la consumazione svolge ancora la sua funzione di deterrenza e, dunque, non c’è motivo di punire. Tuttavia, questo ulteriore passaggio può dirsi appena affacciato nella *Genesis*: «Ma così essendo la cosa, quanto *cangiano* i rapporti, e le conseguenze! È vero che i pensieri, e le volizioni sono *cagioni*, e le *cagioni uniche*

¹¹⁰ Sulle origini del criterio del “cominciamento dell’esecuzione” cfr. I. GIACONA, *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., pp. 376 ss. Come noto, questo criterio era stato recepito dal Codice penale per il Granducato di Toscana (1853) e dal Codice Zanardelli (1889). A quest’ultimo riguardo v. DEL CORSO, *Il tentativo nel Codice Zanardelli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 955 ss. Sulla distinzione tra preparazione ed esecuzione cfr. G. IMPALLOMENE, *Il codice penale italiano*, Firenze, 1890, pp. 199 s.; B. ALIMENA, *Ricerche intorno alla nozione del tentativo*, in *Riv. pen.*, 1896, pp. 529 ss.; C. CIVOLI, *Il tentativo*, in E. PESSINA (a cura di), *Enciclopedia del diritto penale italiano*, Milano, 1904, Vol. V, pp. 193 ss. Cfr. anche C. SALTELLI, E. ROMANO-DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, Torino, 1931, Vol. I, pp. 340 ss.; E. ALTAVILLA, *Lineamenti di diritto criminale*, Napoli, 1932, II ed., pp. 129 ss.; G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale*. PG, Bologna, 1932, Vol. I, pp. 288 ss.; E. FLORIAN, *Trattato di diritto penale*, Milano, 1934, IV ed., pp. 661 ss.; V. CAVALLO, *Il delitto tentato*, Napoli, 1934, pp. 49 ss.; L. SCARANO, *Il tentativo*, cit., pp. 1 ss.

¹¹¹ G.D. ROMAGNOSI, *Genesis del diritto penale*, cit., p. 319.

dei delitti. E quindi che in vista della *connessione*, che hanno cogli atti loro esterni ingiustamente nocivi, eglino diventano *malvagi*: e che perciò è cosa importante, doverosa, e di diritto il frenarli. Ma se si riflette I. quale sia il *fine* unico, ed immediato e proprio delle pene, II. quale possa essere l'*uso* loro giusto, autorizzato da un supposto perenne del genere umano, III. quale sia il *soggetto* su cui si fanno cadere, IV. in cosa consista la loro *efficacia*, e perciò anche quale sia l'indole *punibile* del delitto, si sentirà che appunto mostrando ella *annesso* all'esecuzione esterna del fatto nocivo, un male certo, e di una certa severità toglie appunto il *pericolo*, che temer si poteva dall'azione del desiderio. La pena è appunto unicamente diretta a rompere la *connessione*, che passa fra il desiderio del delitto, e la di lui esecuzione [§ 576]»¹¹². **Se si riflette sul fatto che tutto ciò che viene prima degli atti tipici è a ben vedere una manifestazione del desiderio dell'agente e della sua intenzione criminosa, allora una pena funzionale a rompere la “connessione tra desiderio e delitto” non può che dare rilevanza ai soli atti tipici.**

Ci si può chiedere per quale motivo Romagnosi – che pure più dei suoi contemporanei aveva a disposizione ragioni sulle quali fondare una simile conclusione – sia così timido nell'affermare che solo gli atti tipici costituiscono tentativo. Due – ci pare – le possibili risposte. Da un lato, occorre considerare che lo scopo di Romagnosi poteva essere anche solo quello di escludere la punizione del semplice pensiero: se l'obiettivo era questo, doveva apparire già un grande risultato punire, anche se non proprio i soli atti tipici, comunque gli atti immediatamente precedenti quelli tipici. Dall'altro, Romagnosi poteva sentirsi frenato dal trarre le ultime e coerenti conclusioni del suo discorso dalla difficoltà di distinguere tra tentativo e consumazione, una volta che si fosse considerato tentativo il solo atto tipico: difficoltà che era forse determinata da una non ancora piena padronanza del concetto di bene giuridico e quindi dell'idea di lesione¹¹³. Si legga questo passo di Pellegrino Rossi, che ci pare molto significativo: «Egli è forse impossibile, noi insistiamo su tale osservazione, determinar con una legge ed una maniera generale i caratteri precisi con cui si possa, in tutti i casi, riconoscere il vero cominciamento

¹¹² G.D. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, cit., pp. 279 s.

¹¹³ Sul punto, cfr. *infra*, al paragrafo n. 1 del quarto capitolo.

d'esecuzione del reato, distinguerne gli atti da quelli che non sono se non preparatori. Egli è ugualmente difficile in molti casi il determinare l'istante preciso in cui il delitto ha cessato d'esser un tentativo, ed ha preso il carattere di delitto consumato. Nel caso che abbiám proposto [relativo a un furto], se il ladro s'allontanava dal forziere con l'oggetto involato per uscir dalla stanza, il furto era consumato? Era mestieri che fosse uscito? Non è manco difficile il riconoscere, in taluni casi, se l'esecuzione d'un reato poteva essere ancora sospesa o ritratta, anche per volontà dell'agente. L'esame e la soluzione di tali quistioni vogliono esser lasciati, in ogni caso particolare, alla giustizia pratica»¹¹⁴.

Procediamo ora ad una breve ricostruzione del pensiero di Francesco Carrara in materia di tentativo. In particolare, riserviamo la nostra attenzione al problema della delimitazione degli atti punibili a titolo di tentativo. Come noto, almeno in un primo tempo Carrara, per risolvere questo problema, punta sul criterio dell'univocità. L'univocità è intesa dallo scrittore lucchese in senso oggettivo. Ciò lo si ricava – se non altro – dal fatto che il successivo ridimensionamento dell'utilizzo di tale criterio a favore di quello, diverso, della “aggressione alla sfera giuridica altrui”¹¹⁵ è giustificato, secondo Carrara, dalla necessità di evitare l'impiego di una nozione soggettiva di univocità: «Appagandosi della ragione della mancata univocità si scambiò il terreno sul quale doveva essere posto il problema. Una questione puramente ontologica si convertì in una questione di prova e di convinzione»¹¹⁶. L'univocità oggettiva è così definita da Carrara: «Così nell'avviamento criminoso potrà rimanere incerto a qual delitto si indirizzassero gli atti esecutivi; ma tostoché è certo che ad *un delitto* si dirigevano, si ha un *conato*. Non è questione dell'*essere*, ma del *conoscersi*. e la incertezza fra più delitti possibilmente conseguibili per tali atti si risolve con la regola che fa prevalere la supposizione più *mite*. La *univocità* della loro direzione ad un atto criminoso è dunque (obiettisi ciò che vuoi sotto il punto di vista ontologico) l'unico criterio che la scienza possa somministrare alla pratica per

¹¹⁴ P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, cit., p. 368. Su questo problema v. anche la critica di Carrara all'impostazione di Rossi che si sta per riportare nel testo.

¹¹⁵ F. CARRARA, *Sinopsi del conato*, in *Reminiscenze di cattedra e foro*, Lucca, 1883, pp. 185 ss.

¹¹⁶ F. CARRARA, *Atti preparatori*, in *Reminiscenze di cattedra e foro*, cit., p. 345. Sul punto, cfr. I. GIACONA, *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., pp. 405 s.

discernete gli atti *preparatorii* dal *tentativo*»¹¹⁷. Dunque, **un'univocità oggettiva, che “non è questione dell'essere ma del conoscersi”**.

Il criterio dell'univocità è poi così impiegato da Carrara per selezionare gli atti punibili a titolo di tentativo. Si è appena visto che può costituire tentativo anche l'atto che appare diretto ad un generico delitto. Carrara, d'altra parte, analizza *l'iter criminis* come segue: «Ponetevi sotto'occhio tutta la linea che deve percorrere il delinquente. Vi partite dall'*atto interno*, la determinazione a delinquere, che a solo non presenta elementi di politica imputabilità. Procedendo oltre trovate i primi movimenti che al corpo del reo imprime cotesta volontà: i quali mancando di *univoca* direzione al delitto, non sono imputabili: ed avete gli atti preparatorii. Trovate poscia gli atti che manifestano una direzione *certa* al misfatto, ma sono tuttora lontani dalla sua consumazione; ed eccovi il conato *remoto*. Procedendo sempre innanzi trovate gli atti, dai quali breve intervallo resta a consumare il delitto; ed avete il conato *prossimo*. Viene in fine l'atto di consumazione: e qui se lo evento segue, avete il delitto *consumato*; se lo evento non segue, avete o il *delitto mancato*, qualora nella serie degli atti eseguiti vi si trovino *tutti* quelli che erano *necessari* a produrre l'evento, o avete il massimo grado del tentativo *prossimo* se lo evento non segue per insufficienza di alcuno degli atti che erano necessari a produrlo. [...] Tutti questi principii astrattamente guardati appaiono semplici e chiari. Ma quando dovrà poi procedersi alla loro pratica applicazione, potrà essa la scienza dettare una formula che fornisca guida sicura e costante? Ecco la difficoltà che di sopra accennai. Qual sarà il punto di confine tra *atti preparatorii* e *conato*, fra conato *remoto* e conato *prossimo*; fra *tentativo* e *delitto mancato*? Ecco la indagine che rimane a farsi per compiere lo studio di questa teorica. Non vi è grande difficoltà nella prima ricerca se si seguono i precetti della scuola italiana. La *univocità* è la formula che segna il confine fra gli atti *preparatorii* e il *conato*. questa formula per quanto nella sua pratica applicazione subisca necessariamente lo influsso di circostanze variabili secondo i casi, e non definibili *a priori* con una espressione generale, porge per altro un criterio bastantemente positivo alle pratiche occorrenze. La linea che suggerì il Rossi per distinguere gli atti *preparatorii* dagli atti *di esecuzione*, conduce a

¹¹⁷ F. CARRARA, *Grado nella forza fisica del delitto*, cit., p. 447.

distruggere la distinzione fra conato *prossimo* e conato *remoto*, riportando tutti i conati *remoti* nella classe degli atti *preparatorii*. Tutto l'equivoco consiste nel confondere ed unificare gli atti di *esecuzione* con gli atti di *consumazione*. Tale unificazione sarà esatta secondo il linguaggio dell'art. 2 del Codice francese, il quale richiedendo un principio di *esecuzione* dopo la *manifestazione con atti esterni*, evidentemente adopera la formula *atti esecutivi* come sinonimo di *atti consumativi*. Ma in faccia alla verità ed al comune linguaggio scientifico, *preparare*, *eseguire*, e *consumare* sono tre momenti distinti. Chiunque attento mediti ciò che a lungo discettò il Rossi per sostenere la sua nuova formula, si trova spinto a questa ultima conseguenza, cioè che nel suo modo di vedere egli non trova il *principio della consumazione*: lo che rende assolutamente impossibile concepire un conato remoto, e conduce a riportare tutti gli atti che veramente sarebbero *esecutivi*, ma che non sono ancora *consumativi*, nella categoria dei meramente *preparatorii*. [...] Il criterio per istabilire quando il conato cessi di essere remoto e divenga prossimo, non può dedursi dal *numero* degli atti eseguiti. Ciò è intuitivo. Neppure può desumersi dal *numero* degli atti che rimanevano a farsi; perché questo *numero* è variabile secondo le circostanze. Dicendo che si determina dalla *influenza* dell'ultimo atto eseguito, si sostituisce ad una formula indefinita un'altra formula non meno vaga e mutabile secondo il modo di sentire di chi deve applicarla, ed anco una volta si toglie la giustizia pratica dallo impero della *ragione* per consegnarla alla signoria del sentimento. Pure, se può senza audacia azzardarsi una idea, parrebbe che il conato potesse dirsi passato dal grado di *remoto* al grado di *prossimo*, quando il colpevole recatosi sul campo destinato all'azione, agisce sull'uomo o sulla cosa su cui deve *consumarsi* il delitto. Così il ladro finché provvede gli scalpelli o la scala; finché si avvia verso la casa dove vuol derubare; o sta spiando la occasione di penetrarvi, non ha posto in essere che atti meramente preparatorii. Entra a mio parere nella via del conato quando appoggia la scala al balcone o conficca lo scalpello nell'uscio; ma il suo conato è tuttavia *remoto*; perché i suoi atti cadono sul subietto *passivo* dell'*attentato*, e non ancora sul subietto *passivo* della *consumazione*. Lo direi responsabile di conato *prossimo* quando penetrato nella casa si appressa alla proprietà da involarsi, ed incomincia ad agire immediatamente sull'oggetto su cui deve cadere l'atto *consumativo*; oggetto che trovasi alla sua presenza: l'azione sul

subietto passivo della consumazione è incominciata, o per lo meno è *imminente*. Così il cuoco che acquista e macera la sostanza venefica, farà un atto meramente *preparatorio* del veneficio: quando la getta nel pentolo della mia minestra, entra nella via della esecuzione, e così dell'*attentato*; ma è sempre nel tentativo *remoto*. Quando viene a pormi in tavola la minestra è allora soltanto che diviene responsabile di un attentato *prossimo*. [...] In una parola, finché gli atti si esercitano sul mero subietto passivo dell'*attentato*, io non vedrei che o atti preparatorii o conato *remoto*, secondo che vi concorre o no la *univocità*. e troverei l'incominciamento del conato *prossimo* là dove le operazioni vengano a dirigersi sul subietto passivo della *consumazione* [...]. È qui, a mio credere, il punto più oscuro ed ambiguo di questa teorica. E da tale ambiguità nacquero appunto le divergenze circa la imputazione. Infatti coloro che confusero il conato *remoto* con gli atti *preparatorii*, dovettero ben sostenere la *non imputabilità* del conato *remoto*; ma così distrussero (come ho notato) una distinzione utilissima praticamente all'equa distribuzione dei castighi. Gli altri per contrario tenendo viva effettivamente la distinzione tra conato *remoto* ed atti *preparatorii*, attribuirono anche a quello un grado d'imputazione. Così nella scienza nostra le formule e le definizioni della scuola fecondano risultati di altissima gravità nell'aula legislativa, e nel foro. Ma la distinzione, oltre ad essere ontologicamente vera, è giuridicamente necessaria. E se la formula della *univocità* è guida sicura per discernere gli atti *preparatorii* dai conati *remoti*; la formula della *presenza* del subietto *passivo* all'atto in cui cessò l'*attentato*, può essere un utile criterio a discernere i *remoti* dai *prossimi*; secondoché quello era o subietto passivo del *conato* o della *consumazione*, bene inteso però che tale *presenza* intendasi nel senso d'interessenza materiale nella esecuzione del reato; cosicché sua reale la condizione di subietto passivo. L'ultima inspezione relativa a discernere il *tentativo* dal *delitto mancato*, sembra agli occhi miei facilissima; purché bene si afferri la importanza di queste due idee correlative tra loro: cioè, che il *delitto mancato*, si ha soltanto allora quando – 1) siano stati eseguiti *tutti gli atti necessari* a produrre lo *evento* criminoso; – 2) questo sia stornato da un'*accidentalità* tutta indipendente dal *modo di agire* del colpevole. La più esatta nozione del *delitto mancato* è quella che

ne porge il Codice penale toscano all'art. 46 se bene s'intende»¹¹⁸. **È punibile quindi anche il “conato remoto”, costituito evidentemente da atti piuttosto lontani dalla consumazione ma comunque univoci.**

Di recente – e a nostro parere giustamente – la nozione di univocità di Carrara, e la sua applicazione pratica, è stata messa in relazione con il concetto di “danno” che lo stesso Carrara pone a fondamento del delitto¹¹⁹. Come noto, Carrara distingue tra danno immediato e danno mediato. Il danno immediato consiste nella violazione del diritto aggredito, che può essere il diritto dell'individuo, il diritto di tutti i membri della società o, infine, il diritto della società stessa. Se è violato il diritto del singolo, il danno immediato è privato e ad esso corrisponde un attacco alla sicurezza privata. Se è violato il diritto di tutti i membri della società o il diritto della società stessa, il danno immediato è pubblico e ad esso corrisponde un attacco della sicurezza pubblica¹²⁰. Il danno mediato consiste nella «intimidazione (allarme) sorta nei buoni per la consumazione di un delitto; e nel cattivo esempio che se ne suscita nei male inclinati»¹²¹. Il danno mediato è, quindi, sempre pubblico e ad esso corrisponde un attacco alla opinione della sicurezza: «Gli uomini infatti vivono tranquilli in società nella fiducia che i loro diritti siano protetti avverso le passioni dei malvagi dall'autorità e dalla legge penale. una offesa che avvenga al diritto di alcuno in onta di tale protezione è un lampo che rivela la impotenza della protezione. Ciascuno all'udire che non ostante il divieto l'azione vietata si è commessa, sente che le passioni malvagie spezzano il freno della legge; dubita a ragione della efficacia di cotesto freno; e quantunque non vegga menomata attualmente la propria sicurezza si sente meno sicuro, perché prevede che ove una passione spinga qualche perverso a disegnare consimile offesa contro lui stesso, la legge repressiva non sarà a lui bastante tutela, come non lo è stata per l'altro che già rimase vittima del delitto avvenuto»¹²². Ora, il tentativo implica la mancata consumazione, vale a dire – adottando il gergo di Carrara – la mancata violazione del diritto, privato o pubblico: ne deriva che nel tentativo non può aversi il danno immediato, mentre può comunque

¹¹⁸ F. CARRARA, *Grado nella forza fisica del delitto*, cit., pp. 439 ss.

¹¹⁹ I. GIACONA, *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., p. 397.

¹²⁰ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*, §§ 103 ss.

¹²¹ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*, § 118.

¹²² F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*, § 119.

riconoscersi il danno mediato. Peraltro, «le funzioni del *danno immediato* [...] le fa il *pericolo corso* dalla società o dal cittadino attaccato»¹²³. È necessario capire che cosa Carrara intenda per “pericolo corso”. Queste le parole dello scrittore lucchese che, a nostro parere, offrono la risposta più chiara: «Alla ragione di punire desunta dal *danno immediato*, che cessa nei *tentativi*, sottentra in questi la ragione desunta dal *pericolo corso*: questo fa le funzioni del *danno*; e l'azione rimane *delitto*, benché siagli mancata la forza fisica *oggettiva*, e forse anco sia rimasta incompleta la sua forza fisica *soggettiva*. Questa idea è la base di tutta la dottrina del *tentativo* criminoso. Quantunque non abbia a deplorarsi un evento *dannoso*, pure l'animo dei cittadini si scuote all'aspetto di una volontà malvagia che già avea cominciato la esecuzione di atti indirizzati a quel tristo evento, ed abili a procacciarlo; ed al pensiero che una mera accidentalità, di cui non può calcolarsi la ripetizione, ha salvato la vittima dal male minacciatole, e la società dal lutto e dal terrore di un delitto compiuto. Il *tentativo* col porre in *pericolo* la sicurezza, ha prodotto anch'esso un *danno politico*. A cotesto danno politico occorre il rimedio politico della punizione di colui alle malvagie voglie del quale nulla mancò tranne i favori della fortuna»¹²⁴.

Il danno mediato è quel turbamento – o quella eccitazione – che origina dal mancato funzionamento della minaccia di pena. Il pericolo corso consiste sempre in un turbamento, ma caratterizzato diversamente. È un turbamento che origina dalla percezione della possibilità di un danno e del fatto che qualcuno quel danno voleva: ciò che, quando ci siamo occupati del problema del pericolo, abbiamo definito “allarme sociale”. Questo differente turbamento, peraltro, si verifica anche in caso di delitto consumato: «... ha salvato ... la società dal lutto e dal terrore di un delitto compiuto». Tanto il danno mediato, quanto il pericolo corso reclamano l'ordinazione di una pena, il cui fine primario – afferma Carrara – è il “ristabilimento dell'ordine esterno della società”¹²⁵, nei suoi diversi profili: «Così torna ad osservarsi che se la parola *pena* esprime la *materialità* del fatto sociale contrapposto al fatto individuale, la parola *repressione* meglio risponde al suo fine che è appunto quello di *reprimere*

¹²³ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*, § 352.

¹²⁴ F. CARRARA, *Grado nella forza fisica del delitto*, cit., pp. 356 s.

¹²⁵ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*, § 615.

(calmare) tutte le forze eccitate sia nei buoni sia nei malvagi, dallo spettacolo di un delitto commesso. Reprimere: non le forze *fisiche* del delitto, le quali a reato compiuto hanno ormai corso irretrattabilmente la propria linea: ma reprimere le forze *morali oggettive* del delitto nelle quali si riassume tutto il suo carattere politico. *Reprimere* nel delinquente l'audacia che in lui sorgerebbe dalla impunità e che lo ecciterebbe alla ripetizione di ulteriori offese al delitto. *Reprimere* nei mali inclinati l'impulso imitativo connaturale all'uomo e che li spingerebbe a fare altrettanto. *Reprimere* negli onesti la trepidazione e la sfiducia nell'autorità del diritto. *Reprimere* negli offesi l'impulso alla reazione contro l'offensore, che sorge spontaneo in ogni individuo dalla coscienza del proprio diritto e dal contenuto necessario di questa coscienza che è la legittimità della difesa e della reazione come difesa. Soltanto la certezza della repressione operata dalla autorità sociale può far nascere la convinzione della illegittimità della repressione privata, ed imponendo agli offesi il precetto di astenersene, reprimere anche questa tendenza istintiva dell'uomo. Ecco come mentre il delitto ha turbato per tanti lati la tranquillità nell'animo dei cittadini può soltanto dalla pena minacciata al colpevole dalla autorità sociale sperarsi di ricondurre quegli animi agitati alla pristina quiete. Senza il sistema penale, le città sarebbero un continuo teatro di lotte e di guerra senza limite. Ecco come nella *tranquillità* sta, per mio modo d'intendere, il vero *fine* della pena»¹²⁶. **Mentre per Romagnosi la pena ordinata concretizzava la minaccia scaturente dalla pena astratta, per Carrara la stessa pena ordinata si arricchisce di un ulteriore scopo, quello di reprimere negli offesi – che sono tutti i membri della società – l'impulso alla reazione contro l'offensore.**

Ora, nel pensiero di Carrara il tentativo si fonda – ci pare di poter dire – sul “pericolo corso”. Se infatti il tentativo si fondasse sul danno mediato, ne dovrebbe derivare la punibilità di ogni manifestazione dell'intenzione criminosa. Carrara, invece, ritiene punibili soltanto quelle manifestazioni dalle quali si può riconoscere il proposito delittuoso dell'agente: quelle manifestazioni da cui scaturisce il “pericolo corso”, o allarme sociale. L'univocità è funzione

¹²⁶ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*, § 621, nota (1).

dell'allarme sociale e di una pena tesa a formalizzare l'impulso alla reazione che da quell'allarme sociale è attivato.

Il richiamo del pensiero di Romagnosi e, soprattutto, di Carrara, ci può aiutare a comprendere meglio le ragioni dell'evoluzione subita dal concetto di univocità "oggettiva": in particolare, il vero motivo che giustifica la necessità del previo accertamento dell'intenzione dell'agente, la cui conoscenza è comunemente ritenuta presupposto irrinunciabile per l'affermazione o la negazione dell'elemento dell'univocità. Abbiamo evidenziato che, se si conosce già il proposito delittuoso dell'agente, non può che apparire connesso all'intenzione criminosa anche il primissimo atto dell'*iter criminis*¹²⁷. A queste condizioni, in certo senso si torna a punire il pensiero, in spregio ai principî liberali ordinanti la materia del tentativo. In ogni caso, a queste condizioni ogni atto è univoco e, dunque, nessuno lo è. Dell'ispirazione liberale rimane la punizione dell'atto, *di un atto senza qualità*: il che significa, a ben vedere, che è punito il pensiero¹²⁸. Abbiamo anche visto che la tradizionale giustificazione della previa conoscenza dell'intenzione dell'agente punta sulla pratica frequenza di atti esecutivi eppure equivoci¹²⁹. La giustificazione non ci pare reggere del tutto, dal momento che tale giusto rilievo avrebbe potuto semplicemente condurre, nel caso di atti esecutivi equivoci, alla punizione del delitto meno grave e, nel caso di atti preparatori equivoci, ad escludere la punizione: ciò avrebbe preservato l'impostazione liberale nella sua integrità. Ancora, la comune affermazione circa la necessità del previo accertamento del proposito delittuoso non pare possa attenersi a ragioni di prevenzione speciale, di innocuizzazione del male intenzionato, dal momento che – lo si è appena ricordato – tale affermazione si lega tra l'altro alla pratica frequenza di atti esecutivi eppure equivoci, cioè di atti appartenenti ad una fase dell'*iter criminis* che ormai mette fuori gioco qualsiasi velleità di difesa sociale. **Queste tre considerazioni – la svalutazione dell'univocità, l'ignorata soluzione nel senso del non-punire, la difesa sociale ormai fuori gioco – ci spingono in primo luogo a pensare che il momento, in cui i**

¹²⁷ V. *supra*, pp. 55 s.

¹²⁸ V. anche *supra*, pp. 56 s.

¹²⁹ V. *supra*, pp. 50 ss.

“teorici” del tentativo (tra i quali però non ci risultano Pellegrino Rossi né Gian Domenico Romagnosi) cominciano a richiedere la previa conoscenza dell’intenzione criminosa dell’agente, segna il distacco del concetto di univocità dalla riflessione liberale: l’univocità non ha più a che fare con l’idea – appunto liberale – di punire non il pensiero, ma l’atto che a quel pensiero rimandi – l’atto legato a quel pensiero –, non ha più a che fare con la necessità che l’atto indichi, in senso classico, il pensiero di chi lo compie. D’altra parte, quell’idea di punire non il pensiero, ma l’atto legato al pensiero poteva facilmente – ancorché secondo chi scrive erroneamente, per quanto sopra osservato – essere recepita nel senso dell’esigenza di punire non il pensiero, ma l’atto *tout court*. Per capire poi a quali diverse logiche obbedisca il concetto di univocità occorre – ci pare – riflettere sul dato che un atto che indica il pensiero di chi lo compie al contempo rende riconoscibile all’esterno tale pensiero. Si dovrebbe quindi comprendere come l’idea di univocità si prestasse molto bene a dare rilevanza, nel fatto di tentativo, all’allarme sociale suscitato quantomeno dalla percezione che qualcuno voleva delinquere, e dunque come l’univocità potesse essere concepita in funzione di una pena volta alla retribuzione per l’allarme sociale. Ebbene, se a contare è l’allarme sociale, se il tentativo deve essere un fatto produttivo di allarme sociale, ci pare evidente che può costituire tentativo pure la manifestazione di un proposito delittuoso anche generico¹³⁰. Tantomeno importa che dall’atto si possa riconoscere il concreto fatto criminoso che ha in mente l’agente¹³¹. Con questa impostazione, poi, si mostra coerente la considerazione dell’*id quod plerumque accidit*. Ne deriva quindi, da un lato, la punibilità del “conato remoto”, che pure secondo taluno è in grado al più di denotare un’intenzione criminosa ancora generica¹³², dall’altro l’irrelevanza delle eventuali spiegazioni *possibili*, ma poco credibili, fornite dall’accusato¹³³. **Allora, se a contare è l’allarme sociale, si**

¹³⁰ Cfr. F. BENEVOLO, *Il tentativo. Nella dottrina, nella legge e nella giurisprudenza*, Torino, 1887, p. 103.

¹³¹ Cfr. il Caso 23 e, in parte, il Caso 24.

¹³² In questo senso E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, Napoli, 1882, Vol. I, pp. 250 ss. Al riguardo, v. il già riportato passo di Carrara: «Così nell’avviamento criminoso potrà rimanere incerto a qual delitto si indirizzassero gli atti esecutivi; ma tostoché è certo che ad *un delitto* si dirigevano, si ha un *conato*» (F. CARRARA, *Grado nella forza fisica del delitto*, cit., p. 447).

¹³³ Cfr. i Casi 29, 33, 34. V. *supra*, p. 52.

comprende finalmente il motivo che spinge a ritenere necessaria la previa conoscenza del proposito delittuoso dell'agente. Ciò rende possibile, in primo luogo, punire nel modo più grave l'atto esecutivo ma equivoco, così da ottenere una piena formalizzazione dell'allarme sociale scaturito dal fatto. È chiaro, del resto, che la ferita o la percossa apportata alla vittima¹³⁴ sono in grado di suscitare un allarme sociale riferito tanto alla semplice lesione quanto al tentativo di omicidio: l'osservatore esterno, d'altronde, è facilmente suggestionabile. In secondo luogo, il previo accertamento dell'intenzione criminosa dell'autore, da un lato, consente di affermare la specifica illiceità di un atto preparatorio che denoti un proposito delittuoso solamente generico – con la implicita possibilità di calmare completamente l'allarme sociale, in modo analogo a quanto detto poco sopra –; dall'altro, permette di affermare l'illiceità di un fatto che solo nella maggior parte dei casi risulterà sorretto da un proposito delittuoso e non lecito. Si intende, peraltro, come tali risultati debbano apparire tanto più importanti quanto più si acquisti la consapevolezza della necessità di accertare, nel reato, un elemento oggettivo e uno soggettivo, che non possono compensarsi l'un l'altro nelle eventuali reciproche manchevolezze. In altre parole, se per l'affermazione di responsabilità ed il conseguente effetto calmierante sull'allarme sociale occorre, nel Caso 29, un fatto di tentativo di furto sorretto da dolo, non ci si può accontentare di un fatto che corrisponde forse alla fattispecie di furto, forse a quella di violazione di domicilio, o forse addirittura a nessuna delle due, ma compensato dall'accertamento del dolo di furto: occorre proprio, in primo luogo, un fatto di furto, e l'unico modo per affermarlo è avere a disposizione il dato dell'intenzione criminosa¹³⁵. Ecco in che senso si è detto che il fine perseguito dall'agente è, nel tentativo, un elemento soggettivo del fatto¹³⁶.

Sofferamoci ora sull'univocità intesa in senso materiale-oggettivo, che pure predica il riferimento all'intenzione dell'agente, anzi addirittura al piano

¹³⁴ V. *supra*, p. 50

¹³⁵ Questo problema, come si ripeterà più avanti (v. *infra*, al paragrafo n. 1 del terzo capitolo), non si pone nel caso di atti esecutivi equivoci. Infatti, nell'esempio della ferita appena portato nel testo, l'alternativa che si può porre con riguardo all'elemento oggettivo vede da un lato un fatto di lesione, dall'altro un fatto di tentato omicidio, che tuttavia contiene in sé la lesione: un fatto di lesione comunque c'è.

¹³⁶ M. GALLO, *Le forme di manifestazione del reato*, cit., p. 67.

criminoso¹³⁷. Questa teoria, che se pensata in relazione ad un' idoneità "a base parziale" vede l'univocità giocare un ruolo ancora costitutivo nella punizione del delitto tentato, era stata posta in rapporto al fondamento soggettivistico del tentativo – la manifestazione dell'intenzione criminosa – e quindi ad una pena tesa a soddisfare l'esigenza della difesa sociale, sia pure con un limite sul piano dell'*iter criminis*¹³⁸. La ricostruzione può reggere, ma le considerazioni appena svolte prospettano una diversa ipotesi circa il fondamento della teoria materiale-oggettiva, che a ben vedere potrebbe essere l'allarme sociale¹³⁹. Anche pensata in questo modo, la teoria materiale-oggettiva esprimerebbe comunque l'idea di un limite alla punizione, dato dalla necessità di accorciare l'*iter criminis* rilevante attraverso il riferimento al piano dell'agente. Acquista dunque senso l'affermazione di Mario Romano per cui «questa tesi non può dirsi soggettiva [...], poiché gli atti non equivoci non servono a rivelare l'intenzione [...], ma è il programma dell'agente ad orientare a determinare la prossimità degli atti alla consumazione e quindi la loro non equivocità: l'oggettività della direzione (e della tesi) è dimostrata dal fatto che l'intenzione dell'agente può essere provata "al cento per cento" e gli atti essere nondimeno equivoci»¹⁴⁰. Solo l'ultima fase dell'*iter criminis* sarebbe sufficientemente carica di allarme sociale. *Peraltro, sono gli stessi sostenitori di questa teoria a finire per ammettere che vale il contrario: si richiama il pensiero di Ferrando Mantovani, che considera punibili – perché evidentemente già produttivi di allarme sociale – atti quali l'eliminazione dei mezzi di difesa, o il superamento degli ostacoli materiali, posti in essere non necessariamente nell'imminenza della commissione del delitto. Ne segue che l'accorciamento dell'iter criminis rilevante,*

¹³⁷ V. *supra*, pp. 57 ss.

¹³⁸ V. *supra*, p. 62 s.

¹³⁹ Cfr. al riguardo E. MORSELLI, *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*, cit., pp. 57 ss. e A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. PG*, cit., pp. 527 s., che così intendono la teoria materiale-oggettiva. Qui si può ricordare anche la concezione normativa del delitto tentato di Ubaldo Giuliani-Balestrino, che ci pare legata alla considerazione dell'allarme sociale: v. U. GIULIANI-BALESTRINO, *Il delitto tentato*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 117 ss.; ID., *Il tentativo della bancarotta fraudolenta prefallimentare nella teoria del delitto tentato*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, pp. 479 ss.

¹⁴⁰ V. *supra*, nota numero 68. Lo stesso discorso vale per l'affermazione di Marco Siniscalco: «Taluno potrebbe notare che solo risultati diversi nelle ricerche rispettivamente dedicate alla intenzione e alla univocità, metterebbero in evidenza la sostanziale autonomia della indagini; ma per noi a indicare tale diversità è sufficiente che, accertata l'intenzione, si possano ritenere "equivoci" gli atti; e quanto detto fino a questo momento sul requisito in esame, mostra chiaramente come la situazione possa verificarsi con facilità» (v. *supra*, nota n. 65).

*quando effettivamente praticato, costituisce un limite di libertà, come lo è anche quello degli atti esecutivi predicato dalla teoria formale-oggettiva*¹⁴¹. Ebbene, **queste concezioni dell'univocità ci paiono rientrare nei limiti imposti dall'art. 56 c.p.** **Peraltro, se si immagina il legislatore animato esclusivamente da scopi politico-criminali, l'univocità diviene funzione della sola retribuzione per l'allarme sociale. Il tentativo, allora, anche per ciò che attiene all'elemento strutturale dell'univocità, può concepirsi come fondato sull'allarme sociale e, da un punto di vista politico-criminale – che cioè consideri le funzioni della pena – può ritenersi un istituto ispirato alle esigenze della retribuzione per l'allarme sociale.** Del resto, è la tradizione – la punibilità anche del “conato remoto” – che ci spinge a pensare che la volontà del legislatore sia stata effettivamente in questo senso.

¹⁴¹ V. *supra*, pp. 60 ss.

1.5. Sui presupposti di alcune decisioni della Cassazione. Corrispondenze con riguardo al fondamento politico-criminale del tentativo. Ragioni della fatica ad affermarsi dell'idea di esecuzione.

Quanto osservato nel precedente paragrafo ci spinge a dire che le conclusioni della Corte di cassazione nel senso della sussistenza del tentativo nel Caso 29 e nei più sopra richiamati Casi 33 e 34 (p. 52) si fondano sulla considerazione dell'allarme sociale scaturente dal fatto. Un'ulteriore conferma sembra provenire dal Caso 35, in tema di omicidio. Qui, infatti, i Carabinieri attendono il terzo agguato per intervenire e bloccare i malviventi. Se l'autorità fosse stata mossa da esigenze di difesa sociale – ci pare – avrebbe potuto agire subito. A questa conclusione non si potrebbe obiettare, poi, che il motivo dell'attesa è da ravvisarsi nella necessità di fondare la repressione su una volontà di delinquere quanto più possibile consolidata: questo ragionamento potrebbe valere se l'autore del fatto fosse un soggetto alle sue prime esperienze criminose, ma perde di forza persuasiva se gli autori, come nel Caso 35, sono affiliati ad un'associazione mafiosa.

Ci sembra dunque di poter ravvisare una certa corrispondenza tra “teoria” e “pratica” con riguardo al fondamento del tentativo. Siamo così riusciti a spiegare il funzionamento dell'istituto oggetto del nostro studio, individuandone il motore nell'allarme sociale. La comprensione della fenomenologia del tentativo ci può ora aiutare a capire quali sono le **ragioni della fatica ad affermarsi dell'idea di esecuzione**. La ragione “storica” – lo si è già visto più volte – è la pratica frequenza di atti esecutivi eppure equivoci. Una seconda ragione deriva dalla difficoltà di fissare il momento esecutivo nell'*iter criminis* dei delitti di evento a forma libera. **Un'ultima – ma secondo chi scrive decisiva – ragione può consistere nel fatto che, come si è detto al termine dello scorso paragrafo, l'idea di un tentativo costituito dai soli atti esecutivi è espressione di un principio di libertà che non trova (ancora) giustificazione sulle funzioni della pena. Non è solo una questione di coerenza¹⁴². Il problema è che un limite così concepito non può che avvertirsi come astratto, rischia di non fare alcuna presa – e in effetti non fa alcuna presa – sugli addetti ai lavori, così come sulla generalità delle persone,** che per lo più non si

¹⁴² Viene in mente chi imputa alla tesi dell'esecuzione un “vizio naturalistico”: v. ad esempio A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*. PG, cit., p. 522.

occupano di diritto penale. **Soprattutto se a tirare verso la punizione degli atti preparatori sta una forza potente come l'impulso a reagire all'allarme sociale da tali atti comunque eccitato. Ecco per quale motivo si è insistito sulle alternative “funzione costitutiva/funzione di limite”, “funzioni della pena/limite di libertà”, “fondamento/fondamento politico-criminale”.** L'esigenza di libertà espressa dalla teoria formale-oggettiva dell'univocità resta troppo lontana dai pensieri della gente comune. L'uomo qualunque – ma anche il giudice, ci pare di poter dire – non comprende per quale motivo gli atti preparatori si debbano lasciare impuniti, tantomeno se gli si prospetta la necessità di salvaguardare quanto più possibile la libertà personale, che un domani potrebbe essere anche la sua: «Comunque – obietterebbe quell'uomo – io non mi sognerei di cominciare nemmeno la sola preparazione di un delitto, quando mi dovesse venir voglia». **A dire il vero, si potrebbe rispondere osservando che un'obiezione del genere presuppone che quell'uomo si possa sempre con immediatezza rendere conto di varcare la soglia dell'illecito, quando dovesse essere preso dall'impulso di delinquere. Proprio da questa osservazione si può partire – crediamo – per dare un nuovo fondamento (politico-criminale) all'idea di esecuzione, che possa fare maggior presa sui sentimenti della gente, di cui i giudici giocoforza sono, almeno in parte, interpreti.**

CAPITOLO II

DOLO DEL TENTATIVO COME DOLO DEL DELITTO CONSUMATO, NORMA COME IMPERATIVO, MINACCIA DI PENA: TRE PUNTI DI VISTA PER UN'UNICA IDEA DI TENTATIVO

SOMMARIO: 1. Il dolo del tentativo come dolo del delitto consumato. – 2. Il dolo come volontà “attuosa”. Il dolo del tentativo come volontà “attuosa” del delitto consumato. – 3. Concezione imperativistica della norma e tentativo. – 4. Minaccia di pena e tentativo.

2.1. Il dolo del tentativo come dolo del delitto consumato.

È pacifico che **il dolo del tentativo è il dolo del delitto consumato**: oggetto del dolo nel tentativo è la realizzazione del corrispondente delitto consumato. L'agente deve quindi rappresentarsi e volere gli elementi costitutivi di questo delitto. Il diritto positivo ha fatto propria questa acquisizione richiedendo, all'art. 56 c.p., la direzione degli atti di tentativo alla commissione di un delitto, per cui l'agente deve volere quegli atti come mezzo per raggiungere il fine delittuoso e, dunque, deve volere in ultima analisi il fine delittuoso stesso¹⁴³. D'altra parte, chi tenta di commettere un delitto – si dice – si rappresenta e vuole “naturalisticamente” quel delitto, mira a quel delitto¹⁴⁴.

Questa osservazione, però, non soddisfa del tutto, se solo si pensa che, dal punto di vista del diritto penale, il dolo è rappresentazione e volontà delle circostanze fattuali considerate dalla fattispecie astratta, è cioè rappresentazione e volontà del fatto tipico, che nel caso del tentativo è costituito da atti idonei ed univocamente diretti a commettere un delitto, non quindi dagli elementi costitutivi di quel delitto – è chiaro invece che, dal punto di vista del fatto, l'atteggiamento soggettivo che ha ad oggetto l'atto diretto a un delitto finisce per coinvolgere quel delitto stesso.

Il peculiare atteggiarsi del dolo del tentativo non ha una ragione “sostanziale”. Si potrebbe dire, infatti, che gli atti di tentativo acquisiscono una carica effettiva di

¹⁴³ Cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*. PG, cit., p. 516.

¹⁴⁴ In questo senso M. ROMANO, *Sub Art. 56*, cit., p. 588. V. anche B. PETROCELLI, *Il delitto tentato*. *Studi*, cit., p. 35.

pericolosità solo se sorretti dal dolo del delitto consumato: soltanto se sussiste questo dolo gli atti di tentativo possono considerarsi effettivamente diretti alla consumazione e, quindi, effettivamente pericolosi. Tuttavia, questa effettiva pericolosità è in realtà subordinata non al dolo del delitto consumato, che è volontà di immediata realizzazione, ma alla semplice intenzione – al semplice proposito – della consumazione. Prendiamo in prestito la distinzione tra dolo come volontà di immediata realizzazione e semplice intenzione criminosa da Marcello Gallo, che la spiega ricorrendo all'esempio di chi, con il proposito di rubare, effettua un sopralluogo nel magazzino nel quale sa che tra qualche giorno si troverà merce di grande valore. L'atto "sopralluogo" è effettivamente diretto al furto e dunque pericoloso anche se non è sorretto dal dolo del delitto consumato inteso come volontà di immediata realizzazione¹⁴⁵.

La ragione del singolare comportamento del dolo del tentativo non può essere neanche "processuale". Si potrebbe dire, infatti, che idoneità ed univocità sono termini di relazione, per cui al fine di ricostruire un atto come idoneo ed univoco è necessario conoscere prima l'obiettivo perseguito dall'agente – è questo il solito discorso della pratica frequenza di atti di per sé equivoci¹⁴⁶. Tuttavia, anche qui, per risolvere il problema dell'accertamento di idoneità ed univocità basta riferirsi all'intenzione.

Neppure si riesce a spiegare il particolare dolo del tentativo andando a considerare quello che – insieme con il pericolo corso dal bene giuridico tutelato dalla fattispecie di consumazione – si è visto generalmente ritenersi il fondamento della punibilità del tentativo stesso. Per la concezione soggettivistica del tentativo, come si ricorderà, è punibile qualsiasi manifestazione esteriore dell'intenzione criminosa, della volontà di ribellione alla norma "principale"¹⁴⁷. Ciò significa, però, che al concetto soggettivistico di tentativo è appunto necessario il riferimento all'intenzione criminosa, non al dolo.

Sempre il riferimento al semplice proposito delittuoso, infine, è quello necessario a coloro che guardano al piano dell'agente per valutare il grado di probabilità della

¹⁴⁵ M. GALLO, *Le forme di manifestazione del reato*, cit., pp. 67 s.

¹⁴⁶ Al riguardo, M. GALLO, *Le forme di manifestazione del reato*, cit., pp. 65 ss.

¹⁴⁷ V. *supra*, al paragrafo n. 2 del primo capitolo, pp. 100 ss.

realizzazione del delitto consumato sufficiente alla punizione del tentativo, o il grado di prossimità logico-cronologica al delitto consumato dell'atto di cui si deve valutare la punibilità a titolo di tentativo – si fa riferimento all'univocità intesa in senso materiale-oggettivo¹⁴⁸.

¹⁴⁸ V. *supra*, al paragrafo n. 2 del primo capitolo, pp. 57 ss.

2.2. *Il dolo come volontà “attuosa”. Il dolo del tentativo come volontà “attuosa” del delitto consumato.*

Dolo significa rappresentazione e, dove possibile, volontà delle circostanze fattuali considerate dalla fattispecie astratta. Nella dottrina penalistica, si è affermato che **la volontà si realizza, si dà realmente soltanto con l'azione**: prima dell'azione non c'è nient'altro che intenzione, proposito, desiderio. Non è un problema solo di prova, ma una questione di essenza. Tale accezione di volontà origina dall'idealismo filosofico e passa al diritto penale, circolando nella riflessione giuspenalistica attraverso lo studio dell'elemento soggettivo del reato – studio del resto stimolato proprio dall'idealismo¹⁴⁹. La volontà quindi, se è, è volontà “attuosa”. E non tanto nel senso che solamente la condotta può essere oggetto della volontà, ma proprio nel senso che solo se si agisce si è davvero voluto, vi è stata una risoluzione. **Se il dolo è volontà “attuosa”, il dolo del tentativo è volontà “attuosa” del delitto consumato**, non già intenzione né proposito criminoso. **Il dolo del tentativo allora, in quanto volontà “attuosa” del delitto consumato, in quanto volontà che si dà solo con l'azione del delitto consumato, si ha con il cominciamento dell'azione tipica.**

Questa linea di pensiero emerge con chiarezza in uno scritto di Francesco Alimena che, tra gli argomenti da spendere per giustificare la necessità di punire i soli atti esecutivi nonostante il riferimento all'univocità del codice del '30, annovera anche quello del dolo come volontà “attuosa”. Scrive dunque Francesco Alimena: «Ma vi è un altro motivo che, sempre dal punto di vista tecnico, si oppone alla incriminazione degli atti preparatori a titolo di tentativo. Com'è risaputo, il delitto tentato si distingue dal delitto consumato soltanto per ciò che concerne l'elemento materiale; mentre nessuna distinzione esiste per ciò che concerne l'elemento psicologico, richiedendosi sia per l'uno, che per l'altro la medesima risoluzione criminosa. [...] Quando si reprimono gli atti preparatori, si viene ad impropriare la figura del tentativo, perché non si può fondatamente sostenere che in colui che si trova ancora nella sfera di tali atti, vi sia una risoluzione criminosa identica a quella dell'agente che è giunto a consumare il delitto. È risaputo invero che la volontà è connessa

¹⁴⁹ Riferimenti in R. FRANK, *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, in *ZStW*, 1890, pp. 169 ss.

all'azione, nel senso che prima che questa s'inizii non può dirsi che esista una volontà (*rectius*: una volizione) dell'azione. Ciò che esiste prima può sembrare volontà, ma in effetti non è altro che desiderio, velleità. [...] Se tutto ciò è esatto, è facile tirare le conseguenze nel caso che ci riguarda. Se l'agente non ha iniziato l'azione tipica, come si fa a dire che vi è la volizione di tale azione? Si potrà soltanto affermare che vi è la velleità, un desiderio ecc. ecc. ma niente altro. Ed invero si può facilmente osservare che fino a quando non si è iniziata l'azione esecutiva dura la lotta dei motivi e non si potrebbe seriamente contestare che i motivi che allontanano l'agente dal delitto possono avere una vittoria proprio nell'ultimo momento. Quante volte non si è verificato che determinati individui si sono proprio arrestati sul limitare del delitto, mentre credevano di avere un proponimento saldo ed invincibile? Naturalmente con ciò non si è punto detto che prima che s'inizii l'attività esecutiva e precisamente durante l'attività preparatoria non esista una volontà, ma si tratta della volontà inerente a quest'ultima attività e non già di un'altra. L'azione consistente nella preparazione del veleno è anch'essa illuminata dall'elemento psicologico: anche in essa, quindi, si rinviene una volontà dell'agente: ma si tratta della volontà di preparare il veleno allo scopo di uccidere e non già la volontà di uccidere. In colui, invece, che ha puntato il fucile contro la vittima ed avrebbe certamente fatto partire il colpo, se un terzo non l'avesse trattenuto, si rinviene una precisa volontà di uccidere, in tutto identica a quella di colui che ha consumato il delitto di omicidio. Ed allora è facile concludere che, incriminando gli atti preparatorii, si verrebbe a creare un delitto tentato che si distinguerebbe dal delitto consumato *non soltanto dal lato dell'elemento materiale, ma anche da quello dell'elemento psicologico*: onde il concetto di tentativo verrebbe ad essere del tutto impropriato e diverso dal modo come la dottrina lo intende. Si potrebbe obiettare che fino a quando l'azione tipica, pur essendo iniziata non è ancora stata compiuta non è esatto dire che esiste ancora l'elemento psicologico inerente a quell'azione tipica: onde il nostro precedente ragionamento sarebbe del tutto privo di base. Per es. si potrebbe dire che anche in colui che puntò il fucile non esiste ancora una volontà di uccidere, potendo darsi anche il caso di un'improvvisa desistenza dall'azione. L'obiezione ha certo il suo valore dal punto di vista psicologico, perché si basa su una verità indiscutibile, ma perde il suo valore dal punto di vista giuridico. Ed invero la legge basandosi sull'*id*

quod plerumque accidit non può prendere in considerazione i casi eccezionali. Ora è del tutto eccezionale che colui che ha puntato l'arma, si determini poi a non sparare: mentre non è eccezionale che colui che compra il veleno poi non l'adopri. Tutto ciò dimostra che ai fini del diritto la risoluzione criminosa che accompagna l'inizio dell'azione tipica in nulla si distingue dalla risoluzione inerente all'azione tipica compiuta»¹⁵⁰.

Come si vede, il ragionamento di Francesco Alimena presenta una qualche incertezza nel momento in cui si tratta di raccordare l'idea del dolo del tentativo come volontà "attuosa" del delitto consumato – e dunque l'idea di un tentativo ancora costituito da atti esecutivi – al fatto concreto di un tentativo di reato materiale, qual è l'omicidio. A rigore, dovrebbe ammettersi che la volontà "attuosa" dell'omicidio si ha – per riprendere l'esempio portato da Alimena – con la pressione del grilletto. Nei successivi paragrafi proveremo a fornire gli strumenti argomentativi per superare queste incertezze, il che ci permetterà anche di scoprire il vero significato dell'idea che il dolo del tentativo è il dolo del delitto consumato. Ora, invece, soffermiamoci su un'altra questione: **l'accezione di dolo e quindi di volontà dalla quale stiamo muovendo – volontà come volontà "attuosa", che si distingue dall'intenzione criminosa come mero proposito concernente il delitto consumato – è soltanto "ontologica"**¹⁵¹ o può dirsi fatta propria dal diritto positivo? **Ebbene, per rispondere all'interrogativo appena formulato occorre considerare la struttura della desistenza volontaria.**

A questo riguardo, si deve in primo luogo osservare che il codice Rocco, a differenza del codice Zanardelli, non richiede più la desistenza dallo scopo, ma la desistenza dall'azione: l'abbandono del proposito criminoso non è più necessario¹⁵². D'altra parte, la desistenza dall'azione deve essere, appunto, "volontaria": la desistenza, in altre parole, non deve essere indotta da circostanze esterne. Ora, la desistenza dall'azione che si verifichi durante la fase preparatoria del delitto, se è volontaria, non può non implicare l'abbandono, magari solo momentaneo, del

¹⁵⁰ F. ALIMENA, *L'attività esecutiva nel tentativo*, in *Foro it.*, 1936, cc. 99 ss., ptc. cc. 117 s. Sulla volontà ancora incerta durante la fase della preparazione cfr. anche P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, cit., p. 368; C. OLIVA, *Del tentativo*, in *Riv. pen.*, 1882, pp. 5 ss., ptc. p. 19.

¹⁵¹ In questo senso la critica di B. PETROCELLI, *Il delitto tentato. Studi*, cit., p. 122.

¹⁵² Al riguardo, M. GALLO, *Le forme di manifestazione del reato*, cit., pp. 123 s.

proposito criminoso. Si profila questa alternativa: o la desistenza è indotta e il proposito criminoso continua a sussistere, o la desistenza è volontaria e necessariamente l'intenzione criminosa viene meno, anche solo per un momento. In entrambi i casi si è al di fuori della norma, che pretende una desistenza volontaria che non implichi però l'abbandono del proposito criminoso. La struttura della desistenza diviene invece conforme alla legge se si presuppone il cominciamento dell'azione tipica. In questa fase dell'*iter criminis*, come si è visto, l'intenzione criminosa è ormai fuori gioco e ha lasciato il posto alla volontà "attuosa": la desistenza dell'agente può così strutturarsi come volontaria senza necessariamente implicare l'abbandono del proposito criminoso.

Abbiamo visto che l'art. 56 c.p., attraverso il riferimento alla direzione non equivoca degli atti, ricostruisce il dolo del tentativo come dolo del delitto consumato e richiede che tale dolo traspaia dall'attività criminosa dell'agente, appunto definita "univoca". Dalla disciplina della desistenza volontaria abbiamo, poi, dedotto che il dolo del delitto consumato richiesto dall'art. 56 c.p. va concepito come volontà "attuosa" del delitto consumato. Questa acquisizione a sua volta implica – lo si è rilevato sopra – che il profilo oggettivo dell'univocità debba essere inteso in senso formale-oggettivo: l'univocità esprime l'esigenza che gli atti di tentativo siano gli atti esecutivi, nel senso di tipici. Se si vuole, può dirsi che è stato possibile giungere a questa conclusione ragionando non sull'"azione" di cui al primo comma dell'art. 56 c.p., ma sull'"azione" di cui al terzo comma della stessa norma.

2.3. *Concezione imperativistica della norma e tentativo.*

Secondo la concezione imperativistica della norma, il diritto è uno strumento di coazione psicologica, un potere sulla volontà degli uomini che ha la funzione di tutelare gli interessi del vivere comune. Più precisamente, tale funzione si realizza attraverso la posizione di obblighi, che sorgono dalle norme. Il diritto come strumento di coazione può distinguersi in due profili, uno oggettivo e uno soggettivo. Il profilo oggettivo del diritto inteso come strumento di coazione consiste nella forza motivante del diritto stesso: il diritto, sotto il profilo oggettivo, è “motivo”. Il profilo soggettivo del diritto inteso come strumento di coazione consiste, invece, nella coscienza del diritto, nel sentimento del diritto: il diritto, sotto il profilo soggettivo, è “motivo interiorizzato” che distoglie il destinatario della norma dal comportarsi in modo contrario alla norma stessa¹⁵³. *Se la norma è un imperativo, il concetto di illecito acquista una connotazione soggettiva.* Più correttamente, il concetto di anti-giuridicità non ammette neppure ideali distinzioni dell’“oggettivo” dal “soggettivo”: l’illecito è un tutt’uno, dal momento che il diritto come imperativo non coinvolge né la sola interiorità dell’uomo, né la sola sfera esteriore, ma agisce attraverso l’interiorità – come “motivo” – sull’attività materiale¹⁵⁴. In altre parole, l’illecito definito dalla norma come imperativo consiste nell’agire contro la stessa norma con la consapevolezza del contrasto. Come “motivo”, il diritto non può avere altra funzione che quella di determinare gli uomini a comportamenti attivi od omissivi. Dal momento che l’evento (naturalistico) sta fuori dall’azione, dal momento che l’agente può solamente “completare” le condizioni da cui dipende il verificarsi dell’evento, deve ritenersi che l’imperativo penale, ancorché registrato sulla consumazione, non vieti la verifica dell’evento, ma soltanto il tentativo di realizzare l’evento¹⁵⁵.

L’imperativo penale vieta dunque il tentativo, che nei reati di evento sembrerebbe consistere nel completamento, da parte dell’agente, delle condizioni dell’evento che dall’agente stesso dipendono: prima del completamento delle condizioni di verifica dell’evento, infatti, l’agente non ha ancora eluso

¹⁵³ Cfr. A. HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit. Band I*, Jena, 1903, pp. 98 ss.

¹⁵⁴ A. HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit. Band I*, cit., p. 277.

¹⁵⁵ A. HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit. Band I*, cit., p. 289.

l'obbligo che considera la consumazione. Il diritto vieta l'azione affinché l'azione non produca l'evento. L'azione non viene vietata come tale e l'evento non è in sé anti-giuridico. È l'azione ad essere vietata, non l'evento. Il diritto non può vietare l'evento, poiché l'evento non ha l'azione come unica causa: l'agente non fa altro che completare l'infinito numero di condizioni che producono l'evento. Allora, ad essere vietato è solamente questo completamento. In effetti, l'evento è indifferente al diritto. La norma, che vieta di uccidere Gaio, non prescrive: "Gaio non deve morire", e nemmeno prescrive "Gaio non deve morire per questa o quella ferita o di questa o quella malattia". La norma prescrive soltanto: "la morte di Gaio non deve essere causata da un'azione imputabile". Anti-giuridica è sempre e solo l'azione¹⁵⁶.

In realtà, per restare sui reati di evento, anche da una prospettiva imperativistica non solo il completamento delle condizioni di verifica-zione dell'evento, ma anche il semplice utilizzo del mezzo scelto dall'agente per cagionare l'evento e addirittura l'atto preparatorio continuano ad essere vietati in quanto considerati da una norma¹⁵⁷.

Per riuscire a confinare il tentativo di reato materiale al completamento delle condizioni di verifica-zione dell'evento occorre assumere che la norma sul tentativo – dunque, per quello che ci riguarda, l'art. 56 c.p. – non sia un imperativo, ma una norma sulla sola pena, la cui funzione è quella di consentire la minore punizione del tentativo in quanto portatore di un disvalore inferiore rispetto a quello proprio della consumazione. Il nostro assunto sembra già suggerito dal rilievo per cui ad agire sui consociati è la norma sulla consumazione¹⁵⁸. A questa stregua, il tentativo di reato materiale secondo la concezione imperativistica della norma verrebbe a coincidere con il tentativo strutturato sull'idea del dolo del tentativo come volontà "attuosa" del delitto consumato¹⁵⁹. Questa osservazione ci permette di svelare che cosa c'è dietro all'idea che il dolo del tentativo è il dolo del delitto consumato: si potrebbe provocatoriamente sostenere che questa idea segnali la latenza, nel nostro sistema penale, della concezione imperativistica della norma. Del resto, **affermare che il dolo del tentativo è il dolo del delitto consumato non significa altro che, a pendere sull'agente in funzione di "motivo", è l'obbligo**

¹⁵⁶ A. HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit. Band I*, cit., p. 387.

¹⁵⁷ A. HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit. Band I*, cit., p. 289.

¹⁵⁸ V. *supra*, al paragrafo n. 3 del primo capitolo, pp. 72 ss.

¹⁵⁹ V. *supra*, p. 104.

concernente il delitto consumato; affermare poi che il dolo va inteso come volontà “attuosa” significa che l’art. 56 c.p. è una norma sulla sola pena.

Secondo la nostra ricostruzione, nei reati di evento il tentativo assume tendenzialmente la struttura del c.d. tentativo compiuto nonché del c.d. delitto mancato, se si ritiene quest’ultimo compatibile con il pentimento operoso dell’agente¹⁶⁰. Ancora, dalla ricostruzione proposta deriva che il tentativo di reato materiale ammette soltanto il recesso attivo. **Nei reati di evento a forma libera, poi, il tentativo è integrato non dal semplice uso del mezzo impiegato dall’agente¹⁶¹, ma dall’ultimo atto che compone l’utilizzo del mezzo:** nel caso di omicidio da arma da fuoco, ad esempio, occorre attendere lo sparo. **Si riesce a vincere, in questo modo, una delle ragioni di resistenza all’affermarsi dell’idea di esecuzione¹⁶², con un guadagno in termini di determinatezza.** Non sfugge il forte attrito di questa conclusione con le esigenze di difesa sociale. Una soluzione meno rigorosa – ci pare – potrebbe apparire giustificata soltanto dal bisogno di tutelare beni giuridici fondamentali quali la vita e l’integrità fisica. Si pone però il problema di reperire l’appiglio normativo utile ad ammettere una simile deroga, quando si sia già accettata la proposta ricostruzione dell’art. 56 c.p. L’alternativa alla deroga, d’altra parte, potrebbe essere offerta dal ricorso ad istituti diversi dal tentativo. Viene in mente il reato impossibile per “inesistenza dell’oggetto dell’azione”, contemplato dall’art. 49, co. 2 c.p. Tale espressione potrebbe essere interpretata come sinonimo di “inconsistenza dell’azione”, “mancanza di azione penalmente rilevante”, appunto “quasi reato”. Il ricorso all’istituto del reato impossibile consentirebbe quantomeno di bloccare l’agente – per restare al nostro esempio – poco prima dello sparo, salvo poi valutarne la concreta pericolosità sociale come presupposto dell’effettiva irrogazione della libertà vigilata.

Si è visto che, nei reati materiali, l’imperativo non vieta il verificarsi dell’evento e, dunque, la consumazione, ma vieta il solo completamento delle condizioni dell’evento da parte dell’agente, cioè il tentativo di produrre l’evento. Nei reati di

¹⁶⁰ Sul tentativo compiuto e sul delitto mancato cfr. F. ANTOLISEI, *Origine e svolgimento della dottrina del delitto mancato*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1911, pp. 321 ss.; O. VANNINI, *La dottrina del “delitto mancato”*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1923, pp. 510 ss.

¹⁶¹ Così invece G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*. PG, cit., p. 378.

¹⁶² V. *supra*, al paragrafo n. 5 del primo capitolo, p. 97.

mera condotta – i reati formali –, invece, l'imperativo vieta tanto il tentativo, che si ha con il cominciamento dell'azione tipica, quanto la consumazione, che si ha con il compimento della condotta vietata (sul punto v. anche *infra*, al paragrafo n. 1 del quarto capitolo).

2.4. Minaccia di pena e tentativo.

In una visione imperativistica, il diritto svolge la funzione di tutelare interessi, nel senso che il diritto prima di tutto “previene”. La prevenzione generale è il segno del diritto in tutti i campi, non solo nel campo del diritto penale¹⁶³. **La concezione imperativistica della norma, quindi, esprime sul piano normo-teoretico la stessa idea che, sul piano delle funzioni della pena, esprime la prevenzione generale: cioè, in primo luogo, l’idea di deterrenza, di intimidazione, di minaccia.**

Se si assume che a svolgere la funzione di minaccia è la pena che assiste la fattispecie della consumazione¹⁶⁴, allora – lo si è già visto analizzando il pensiero di Gian Domenico Romagnosi¹⁶⁵ – **non c’è motivo di punire finché l’agente non ha posto in essere una condotta tipica** alla stregua di tale fattispecie: infatti, **la minaccia ha ancora la possibilità di orientare il comportamento dell’agente in senso contrario**. La condotta atipica, quindi, non può considerarsi illecita.

Se la minaccia percepita dall’agente – dunque l’unica vera minaccia – è quella che ha ad oggetto il delitto consumato, allora si può dire che **quanto più l’agente si allontana dalla condotta costitutiva della fattispecie di consumazione tanto meno egli è in grado di percepire la minaccia, si rende conto di delinquere effettivamente**. Ecco perché, con riguardo alla pena che si attivi nella fase della preparazione del delitto, è più corretto parlare di funzione special-preventiva, di difesa sociale.

Le ultime considerazioni consentono di fondare l’idea di esecuzione sulla pena e forniscono – ci pare – un valido motivo per convincere della bontà di questa idea, dal momento che così opinando **si riesce a superare un’altra delle ragioni di resistenza all’affermarsi dell’idea di esecuzione, vale a dire la lontananza dal comune sentire. In gioco non c’è l’astratta – per quanto del tutto degna della massima considerazione – salvaguardia della libertà personale, ma il consapevole orientamento, da parte dell’individuo, delle proprie scelte comportamentali**, posta che anima tanto la concezione imperativistica della norma quanto la prevenzione

¹⁶³ A. HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit. Band I*, cit., p. 84.

¹⁶⁴ V. *supra*, al paragrafo n. 3 del primo capitolo, pp. 72 ss.

¹⁶⁵ V. *supra*, al paragrafo n. 4 del primo capitolo, p. 83.

generale. Ci sembra, pertanto, che la ricostruzione proposta possa rappresentare un guadagno in termini di coerenza e di capacità persuasiva.

Abbiamo visto che, almeno a seguire il canone dell'interpretazione storica, la *ratio* della disciplina del tentativo va rinvenuta nell'esigenza di rispondere all'allarme sociale. D'altra parte, l'idea che il dolo del tentativo è il dolo della consumazione sembra essere la spia della latenza, nel sistema, di un diritto penale diverso, che non si vede per quanto possibile come uno dei tanti strumenti a disposizione dello stato sociale per soddisfare le esigenze della comunità: un diritto penale a misura del singolo individuo. Ebbene, questo "nuovo" tentativo può trovare riconoscimento – ci pare – nella Costituzione, all'art. 27, co. 1 e 3, che sembra in ultima analisi implicare il riferimento alla funzione general-preventiva della pena.

Osservare il tentativo dal punto di vista delle funzioni della pena può forse facilitare la comprensione di due ulteriori portati della ricostruzione avanzata in questo lavoro.

Nei reati formali che contemplano due condotte in successione, il tentativo consiste nel cominciamento della seconda condotta. Ad esempio, nel furto, occorre attendere il compimento della sottrazione e l'inizio dell'impossessamento. Infatti, se la funzione della minaccia di pena fosse quella di distogliere il destinatario dalla sottrazione, l'oggetto della minaccia sarebbe proprio la semplice sottrazione. Del resto, il dolo del tentativo è volontà "attuosa" degli elementi – di tutti gli elementi – costitutivi del delitto consumato. Come si vedrà, in talune fattispecie che contemplano due condotte in successione, la seconda condotta è tenuta da un soggetto diverso dall'agente, sul quale peraltro l'agente stesso esercita un controllo. La condotta del soggetto diverso va dunque considerata come propria – seppure in via mediata – dell'agente e oggetto della volontà "attuosa" di quest'ultimo: la volontà "attuosa" del delitto consumato, in questo caso, implica che il soggetto diverso dall'agente, sotto il controllo di quest'ultimo, cominci a tenere la condotta.

La logica "situazionale" della minaccia – per cui la pena entra in funzione solamente quando occorre distogliere il destinatario da certe condotte in quanto potenzialmente lesive di interessi sociali – implica poi che il giudizio di idoneità

degli atti si faccia “a base totale”. Anche la “base totale”, quindi, può concepirsi come fondata sulla pena e giustificata da una concreta e convincente ragione¹⁶⁶. Ancora, nei reati materiali la minaccia non si attiva – e quindi il tentativo non sussiste – tutte le volte in cui tra il completamento delle condizioni di verifica dell’evento da parte dell’agente e l’epilogo non vi sia uno spazio cronologico sufficiente, tale da consentire l’intervento di attività umane – non soggette al principio di predeterminazione – che mutino il quadro di circostanze impeditive dell’esito infausto sussistenti al momento dell’azione. In questo caso, infatti, se si accoglie l’opzione deterministica¹⁶⁷ deve ritenersi che, al momento dell’azione, sia possibile formulare un giudizio prognostico di certezza sulla non verifica dell’evento infausto¹⁶⁸. Anche qui, non sfugge che soprattutto l’allarme sociale prodotto dal completamento delle condizioni di verifica dell’evento reclama con forza la risposta della pena. Il suggerimento di puntare, ancora una volta, sull’istituto del reato impossibile – in particolare, ci sentiamo di aggiungere, sul reato impossibile per inidoneità dell’azione – non pare il più opportuno: e non tanto perché la libertà vigilata costituirebbe una reazione insufficiente, quanto perché la misura di sicurezza finirebbe per essere utilizzata in modo improprio, come una pena (ordinata). Volendo il più possibile tenere da conto questo tipo di esigenze senza mancare di armonizzarle con la ricostruzione che proponiamo, si potrebbe pensare ad una punizione fondata se non sulla minaccia di pena, comunque sull’altro profilo

¹⁶⁶ Cfr. ancora A. HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit. Band I*, cit., p. 205. La stessa logica finisce per condividere chi allaccia l’esigenza della “base totale” al rispetto del principio di offensività. D’altra parte, il riferimento al principio di offensività generalmente non si associa all’idea di un illecito fondato sulla norma come imperativo, dunque sulla norma concernente la consumazione – l’unico vero imperativo –, il che implica una ricostruzione della norma sul tentativo come norma subordinata a quella sulla consumazione: la norma sul tentativo riguardato come fatto pericoloso viene generalmente considerata autonoma, svolgente funzioni in modo autonomo – e dunque una funzione retributiva dell’allarme sociale –, in base all’idea di un illecito fondato sulla norma di valutazione. Ecco perché abbiamo considerato l’offensività come un concetto espressivo di un limite di libertà (v. *supra*, al paragrafo n. 3 del primo capitolo, p. 75).

¹⁶⁷ V. *supra*, al paragrafo n. 3 del primo capitolo, p. 67.

¹⁶⁸ Al riguardo, cfr. F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, cit., pp. 116 ss.; S. CANESTRARI, *Reato di pericolo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, Vol. XXVI, pp. 1 ss. Quanto osservato non comporta la violazione del “principio di non pleonasticità dei dati normativi” (F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, cit., pp. 123 s.): infatti, non potrebbe affermarsi che, nel caso di cui al testo, la norma sul tentativo funziona come la norma sulla consumazione, dal momento che nella ricostruzione proposta quella sul tentativo è una norma sulla sola pena: il giudizio prognostico di danno è condizione di operatività della sola norma sulla consumazione riguardata come norma di comportamento.

della pena astratta, quello della persuasione¹⁶⁹. Come la minaccia, la persuasione pretende un momento di concretizzazione nella pena ordinata, ma ad essa è estranea una logica “situazionale”: la persuasione, infatti, si rivolge in ogni momento e incondizionatamente a tutti i consociati – la prevenzione è effettivamente “generale” –, mentre la minaccia si rivolge al singolo consociato solo quando in lui sia sorto un proposito criminoso e solo se a contrastare tale proposito non basti già la “realtà”. In tal modo, la pena “del giudice” finirebbe per svolgere anche una funzione retributiva dell’allarme sociale prodotto dal fatto. Una soluzione di questo genere, d’altro canto, porrebbe alcuni problemi sotto il profilo della laicità dell’intervento punitivo, sebbene pure il profilo positivo della pena astratta – a ben vedere – sia legato, ancorché in modo indiretto, alla tutela dei beni giuridici.

¹⁶⁹ Cfr. M. ROMANO, *Pre-Art. 1*, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 14.

CAPITOLO III

TENTATIVO E ACCERTAMENTO DEL DOLO

SOMMARIO: 1. Il problema dell'accertamento del dolo. – 2. Tentativo, dolo eventuale, dolo alternativo.

3.1. Il problema dell'accertamento del dolo.

Dei tre punti di vista che abbiamo adottato per fondare l'idea di esecuzione ci pare opportuno conservare, per la prosecuzione del nostro discorso, quello del dolo del tentativo come dolo del delitto consumato. È questo, infatti, il punto di vista con cui la comunità scientifica dei “teorici” e dei “pratici” ha la maggiore confidenza.

Il dolo nel tentativo è un elemento soggettivo del fatto. L'accertamento dell'elemento oggettivo del reato tentato – in particolare dell'univocità degli atti – implica l'accertamento del dolo¹⁷⁰. Si può aggiungere, per scongiurare sovrapposizioni nell'analisi dell'illecito penale¹⁷¹, che l'accertamento dell'elemento soggettivo del reato tentato contempla invece valutazioni concernenti l'eventuale errore dell'agente e considera una volontà di immediata realizzazione¹⁷². Pertanto, il dolo del tentativo come elemento soggettivo del fatto va inteso nel senso di mera intenzionalità.

Il dolo del tentativo come volontà “attuosa” del delitto consumato implica, come si è visto, l'atto esecutivo¹⁷³. **In caso di atto esecutivo equivoco sorge il problema di accertare quale dolo abbia sorretto la condotta dell'agente**, il dolo di quale delitto¹⁷⁴. **Non ci sembrerebbe coerente con la ricostruzione finora sostenuta poggiare la soluzione del problema sulla considerazione dell'intenzione**

¹⁷⁰ V. *supra*, al paragrafo n. 4 del primo capitolo, p. 94.

¹⁷¹ Al riguardo, D. GUIDI, *Il tentativo punibile: modelli di tipizzazione e nodi interpretativi*, cit. pp. 552 s.

¹⁷² V. *supra*, al paragrafo n. 1 del secondo capitolo, p. 100.

¹⁷³ V. *supra*, al paragrafo n. 2 del secondo capitolo, p. 102.

¹⁷⁴ Sul problema dell'accertamento del dolo, cfr. i classici M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi urbinati*, 1951, pp. 125 ss.; F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e accertamento del dolo*, Milano, 1960. Cfr. anche, più di recente, S. FIORE, *Il dolo*, in G.A. DE FRANCESCO, C. PIEMONTESE, E. VENAFRO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, pp. 53 ss.; R. BARTOLI, *La prova delle componenti psichiche: volontà, conoscenza, conoscibilità*, in *ibidem*, pp. 217 ss.; M. PELISSERO, *I limiti del diritto penale nella prova dei fatti psichici*, in *ibidem*, pp. 281 ss.

dell'agente aliunde desunta. Tra l'altro, così opinando si attribuirebbe alla considerazione del proposito criminoso un ruolo decisivo nella punizione, che spingerebbe ad allungare l'*iter criminis* rilevante. **Ciò significa che si deve partire dall'attento esame delle circostanze di contesto dell'atto esecutivo equivoco.**

Tra queste circostanze, non ci pare possano avere rilievo quelle attinenti all'autore o al movente: simili circostanze, infatti, non possono che costituire la base per deduzioni animate dalla considerazione dell'*id quod plerumque accidit*, secondo una logica che condurrebbe l'interprete ad allontanarsi dall'indagine intorno alla volontà "attuosa" dell'agente per reintrodurre valutazioni concernenti l'allarme sociale nella punizione del tentativo, diverse da quelle riguardanti la mera verifica o non-verifica della consumazione: logica da combattere in quanto finirebbe fatalmente per riportare a un tentativo fondato non sulla pena minacciata, ma sulla pena ordinata, con il conseguente allungamento dell'*iter criminis* rilevante. Inoltre, la considerazione dell'*id quod plerumque accidit*, per costituire una base sufficiente per l'accertamento del fatto di tentativo, dovrebbe essere associata al riferimento all'intenzione criminosa dell'agente, che si vedrebbe ancora una volta attribuito un ruolo decisivo nella punizione. Le circostanze di contesto rilevanti dovrebbero essere, allora, soltanto quelle attinenti alla condotta: occorre considerare la **modalità della condotta**. Ad esempio, in un caso di accoltellamento – sono infatti fondamentalmente i delitti di sangue a porre il problema dell'atto esecutivo equivoco – si dovrà tenere conto del numero di coltellate, della zona del corpo attinta, della lunghezza della lama, della stazza della vittima. **Qualora le circostanze non siano così pregnanti** – la lama utilizzata dall'agente non è quella di un coltellino svizzero, ma nemmeno quella di un coltello da macellaio – **oppure non concordino** – l'agente ha sì utilizzato un coltello da macellaio, ma su una vittima particolarmente alta e robusta ed evitando di colpire in una zona vitale del corpo – **allora la conclusione dell'interprete deve essere nel senso che l'agente ha voluto il delitto meno grave: ha voluto semplicemente ledere, non uccidere. In questo modo si riesce a superare la restante ragione di resistenza all'affermarsi dell'idea di esecuzione, la ragione "storica"**¹⁷⁵.

¹⁷⁵ V. *supra*, al paragrafo n. 5 del primo capitolo, p. 97.

Pare utile precisare che non si tratta di rimediare al mancato accertamento dell'elemento oggettivo del reato con il ricorso a un criterio ultroneo – l'“*in dubio pro reo*” –, secondo una logica tutto sommato analoga a quella che conta sulla previa conoscenza dell'intenzione dell'agente¹⁷⁶. Infatti, nel caso dell'esempio appena portato un fatto tipico comunque sussiste, ed è quello di lesione. Sotto il profilo dell'elemento soggettivo, poi, deve ritenersi sussistente la volontà di ledere. Per questo stesso motivo, deve escludersi invece che ricorra l'*animus occidendi* e, quindi, un fatto di tentato omicidio¹⁷⁷. A ben vedere, l'atto esecutivo non è equivoco e a mancare nel caso concreto possono essere le sole circostanze di contesto utili ad affermare l'omicidio tentato¹⁷⁸. Né la ricostruzione proposta potrebbe subire quell'obiezione che facesse leva sullo scarto tra il titolo di responsabilità infine ritenuto – nell'esempio, lesione consumata – ed l'effettiva intenzione dell'agente – nell'esempio, intenzione di uccidere: infatti, conta ciò che l'agente si rappresenta e vuole al momento del fatto¹⁷⁹ e, dunque, la conclusione deve essere nel senso che a sussistere è la volontà di lesione.

¹⁷⁶ V. *supra*, al paragrafo n. 4 del primo capitolo, p. 94.

¹⁷⁷ Analogamente B. PETROCELLI, *Il delitto tentato. Studi*, cit., pp. 41 ss.

¹⁷⁸ Al riguardo v. *supra*, al paragrafo n. 1 del primo capitolo, pp. 50 ss.

¹⁷⁹ Al riguardo, M. ROMANO, Sub Art. 43, in *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, pp. 433 ss., ptc. p. 438.

3.2. Tentativo, dolo eventuale, dolo alternativo.

Come noto, resta ancora irrisolta la disputa concernente la compatibilità del tentativo con la forma eventuale del dolo: si discute infatti sul significato da assegnare all'espressione «diretti in modo non equivoco», che l'art. 56 c.p. riferisce agli atti. Secondo alcuni, la direzione non equivoca degli atti rilevarebbe soltanto sul piano dell'elemento oggettivo del reato tentato, secondo altri non potrebbe non avere riflessi sull'elemento soggettivo, che dovrebbe atteggiarsi necessariamente a dolo intenzionale o, al più, a dolo diretto, ma non a dolo eventuale¹⁸⁰. In questa sede, peraltro, non ci interessa prendere posizione sul problema. Diamo pure per assunto che il dolo del tentativo possa atteggiarsi anche a dolo eventuale. Ora, generalmente in letteratura si fa riferimento a due casi diversi: il caso in cui l'agente dà fuoco ad una villetta che egli sa abitata, accettando il rischio di uccidere chi la occupa – spesso una vecchia impedita; il caso in cui il delinquente, per sfuggire alla cattura, spara al poliziotto che lo sta inseguendo. Quanto al primo caso, la soluzione nel senso di omicidio tentato commesso con dolo eventuale ci pare coerente con la ricostruzione che si sta proponendo. Quanto invece al secondo caso, la soluzione a nostro giudizio corretta deve muovere dalla considerazione non solo della modalità della condotta, ma anche delle capacità dell'agente: se dunque la direzione dello sparo è verso una spalla, un braccio o una gamba del poliziotto, ma il delinquente non sa sparare, ci pare che si possa affermare il tentato omicidio.

Un contesto come quello da ultimo descritto è compatibile anche con l'affermazione di un dolo alternativo – nell'esempio, l'agente sparando ha voluto ledere oppure uccidere. Nel caso in cui lo sparo sia andato a segno e abbia semplicemente ferito il poliziotto, la letteratura generalmente ritiene l'agente responsabile di lesioni consumate¹⁸¹. Se invece si immagina che lo sparo sia andato a vuoto, a seguire la nostra ricostruzione non si può che affermare un fatto di tentata lesione in alternativa a un fatto di tentato omicidio. Dal momento che non si

¹⁸⁰ Al riguardo, si rimanda alla manualistica già citata nel corso del lavoro. Si sono poi più specificamente occupati del tema E. MORSELLI, *Il dolo eventuale nel delitto tentato*, in *Ind. pen.*, 1978, pp. 27 ss.; N. D'ASCOLA, *Il dolo del tentativo: considerazioni sul rapporto tra fattispecie oggettiva e fattispecie soggettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, pp. 682 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Forme del dolo e principio di colpevolezza nel delitto tentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 963 ss.; ID., *Fatto e colpevolezza nel tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 703 ss.

¹⁸¹ Cfr. M. ROMANO, Sub Art. 43, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 445.

riuscirebbe neppure a fare riferimento all'intenzione dell'agente, trattandosi di un delitto d'impeto, è necessario in questo caso appoggiarsi all'"*in dubio pro reo*" e optare per il tentativo di lesioni¹⁸², salvo che non si voglia lasciare campo libero all'esigenza di retribuire l'allarme sociale sorto dal fatto – dalla possibilità della morte del poliziotto – e dunque affermare il tentato omicidio sorretto da dolo eventuale¹⁸³.

¹⁸² Suggestimenti in questo senso in F. CARRARA, *Il tentativo nell'impeto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Lucca, 1863, pp. 331 ss.

¹⁸³ Sui rapporti tra dolo eventuale e retribuzione dell'allarme sociale nel tentativo, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. PG*, cit., p. 431.

CAPITOLO IV

RITORNO ALLA PRASSI

SOMMARIO: 1. Tentativo e consumazione. – 2. Tentativo e singole fattispecie incriminatrici.

4.1. Tentativo e consumazione.

Secondo la ricostruzione proposta, nei reati di mera condotta il tentativo consiste nel cominciamento della condotta vietata. Nei reati formali che contemplano due condotte in successione, poi, per parlare di tentativo occorre attendere il cominciamento della seconda condotta¹⁸⁴. Se così è, si potrebbe obiettare che, nei reati di mera condotta, l'impostazione seguita implica la **sovrapposizione tra tentativo e consumazione**, dal momento che la consumazione, intesa in senso formale, consiste nella realizzazione di tutti gli elementi costitutivi di una fattispecie criminosa¹⁸⁵. **L'obiezione, tuttavia, ci pare superabile se al concetto di consumazione si attribuisce un significato sostanziale, di produzione dell'offesa al bene giuridico tutelato, che si ha con il compimento della condotta tipica.** In questo senso l'idea di consumazione, pur recepita sotto un profilo sostanziale, non rimanda al raggiungimento della massima gravità concreta del fatto che parte della dottrina distingue dalla perfezione o dalla realizzazione del reato come verifica di tutti i requisiti richiesti dalla singola fattispecie penale, tra i quali viene annoverata anche l'offesa¹⁸⁶.

Per capire meglio riprendiamo l'esempio del furto. Si immagini che Tizio si rechi di notte in un grande magazzino di elettronica con l'intenzione di rubare qualche computer. Nel momento in cui Tizio sistema gli apparecchi sul carrello di cui si è precedentemente munito, deve ritenersi verificata la sottrazione. Nel momento in cui Tizio inizia a dirigersi verso l'uscita del magazzino, deve ritenersi cominciato

¹⁸⁴ V. *supra*, al paragrafo n. 4 del secondo capitolo, p. 111.

¹⁸⁵ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. PG*, cit., p. 415.

¹⁸⁶ F. MANTOVANI, *Diritto penale. PG*, cit., p. 423; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. PG*, cit., p. 502. Sul concetto di consumazione cfr. anche G. BATTAGLINI, *Le distinzioni dei reati in rapporto al momento consumativo*, Milano, 1925; C. ADORNATO, *Il momento consumativo del reato*, Milano, 1966; più di recente G. DE SANTIS, *Gli effetti del tempo nel reato. Uno studio tra casistica e dogmatica*, Milano, 2006, pp. 231 ss.

l'impossessamento e, quindi, deve ritenersi sussistente il tentativo. Il lasso di tempo che Tizio impiega per percorrere la distanza che lo separa dall'uscita del magazzino consente di ritenere configurabile la desistenza volontaria. Nel momento in cui Tizio esce dal magazzino, deve ritenersi compiuto l'impossessamento e prodotta l'offesa al bene giuridico tutelato, dunque deve ritenersi sussistente la consumazione¹⁸⁷.

Da questa sistemazione dei rapporti tra tentativo e consumazione derivano due corollari: quanto più cominciamento e compimento dell'azione tipica si collocano vicini nel tempo, tanto meno spazio rimane per la configurabilità della desistenza volontaria; **quando l'azione tipica non può essere cominciata senza che, per ciò stesso, debba dirsi anche compiuta – è il caso del reato in concreto unisussistente¹⁸⁸ – il tentativo non può darsi.**

Nei reati materiali la consumazione consiste nel verificarsi dell'evento. Peraltro, la verifica dell'evento comporta la produzione dell'offesa al bene giuridico tutelato. Anche con riguardo ai reati materiali, dunque, il concetto di consumazione appare connotato in senso sostanziale.

¹⁸⁷ Sul problema dell'offesa nella distinzione tra tentativo e consumazione v. anche, per alcune precisazioni, *infra*, p. 127, nota n. 192.

¹⁸⁸ Sul concetto di reato unisussistente cfr. soprattutto M. GALLO, *Le forme di manifestazione del reato*, cit., pp. 115 s.

4.2. Tentativo e singole fattispecie incriminatrici.

Concludiamo il nostro studio provando ad applicare la ricostruzione proposta alle fattispecie incriminatrici oggetto dei Casi riportati in apertura del lavoro.

Cominciamo pertanto dal reato di **calunnia**. La calunnia diretta consiste, come noto, in una comunicazione all’Autorità giudiziaria o ad altra Autorità che a questa abbia l’obbligo di riferire. Il concetto di comunicazione implica la percezione del messaggio da parte dell’Autorità. La calunnia formale, pertanto, può almeno in certi casi considerarsi un reato di mera condotta che contempla due condotte in successione: l’emissione del messaggio e la percezione del messaggio. Infatti, nel caso di calunnia diretta che assuma forma orale la percezione del messaggio si atteggia ad evento – come la percezione dell’offesa nell’ingiuria – che peraltro sta e cade con l’emissione del messaggio: si tratta di reato tendenzialmente unisussistente che non ammette tentativo. Nel caso di calunnia diretta che assuma forma scritta, invece, la percezione del messaggio implica la sua materiale ricezione da parte del destinatario, ad esempio il fatto che il destinatario vada a prendere la lettera contenente la notizia di reato nel luogo in cui è stata depositata e la apra: la percezione si atteggia così a seconda condotta¹⁸⁹. Se si segue la nostra impostazione ne deriva che il tentativo si configura tendenzialmente nel momento in cui il destinatario va a prendere la lettera e la apre; nel momento in cui il destinatario legge il contenuto della lettera e, quindi, viene a conoscenza della notizia di reato, si configura tendenzialmente la consumazione. Il ripetuto uso dell’avverbio “tendenzialmente” si spiega se si immagina un caso in cui l’emissione – in forma orale o scritta – del messaggio contenente la notizia di reato sia particolarmente lunga e non vada subito al sodo: in un caso simile il tentativo può perdurare anche durante la fase della percezione del messaggio orale o della lettura del messaggio scritto.

La calunnia reale è meno problematica: il tentativo si configura nel momento in cui ha inizio l’attività di simulazione delle tracce del reato.

Somministrazione di medicinali guasti. La somministrazione di cui alla fattispecie in commento consiste nella consegna di medicinali guasti nell’esercizio di un’attività in rapporto con il pubblico. Il concetto di consegna implica la

¹⁸⁹ Al riguardo v. *supra*, al paragrafo n. 4 del secondo capitolo, p. 111.

collaborazione di colui con il quale l'agente si rapporta, in particolare la collaborazione nella materiale ricezione del medicinale. Tale collaborazione può porsi come strutturalmente autonoma rispetto alla condotta dell'agente. Si pensi al caso in cui l'agente esponga i medicinali guasti sugli scaffali del locale in cui svolge la propria attività. In questo caso la consegna dei medicinali implica che chi intende fornirsene li apprenda materialmente dagli scaffali. È così che la somministrazione si rivela un reato di mera condotta che contempla due condotte in successione. Il tentativo allora si configura a partire dal momento in cui si verifica l'apprensione del medicinale. Non rileva la semplice detenzione, né la semplice esposizione del medicinale al pubblico. A consegna compiuta – vale a dire nel momento in cui chi si è rifornito del medicinale esce dal locale dell'agente – deve ritenersi invece configurata la consumazione.

Furto. Si è già avuto modo di dire che il tentativo di furto – secondo la nostra impostazione – va ravvisato nell'inizio dell'impossessamento. Qui si può precisare che quanto detto implica la possibilità di distinguere tra sottrazione e impossessamento, possibilità per lo più negata dalla giurisprudenza, ma affermata dalla maggior parte della letteratura¹⁹⁰. Si può ancora aggiungere che, se la giurisprudenza utilizza il criterio dell'“uscita della cosa mobile dalla sfera di vigilanza del soggetto passivo” per distinguere tra tentativo e consumazione quando il fatto si svolga all'interno di un supermercato sorvegliato – Casi 3, 10, 15, 19 –, la ricostruzione qui proposta si muove in una direzione per certi versi analoga: il compimento dello spossessamento, infatti, coincide con l'uscita della cosa mobile dalla sfera (non di vigilanza ma) di pertinenza del soggetto passivo e, dunque, con la produzione dell'offesa: in altre parole, l'uscita della cosa mobile dalla sfera di pertinenza del soggetto passivo segna la consumazione del furto.

Con riguardo al fatto oggetto del Caso 18 – la manomissione dell'apparecchio telefonico finalizzata ad ottenere un accredito per la fruizione del servizio – ci pare che il tentativo debba essere ravvisato nel momento in cui l'agente, una volta ottenuto l'accredito, comincia a telefonare per la prima volta: più precisamente, dal

¹⁹⁰ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. PS*, a cura di Carlo Federico Grosso, Milano, 2008, Vol. I, p. 313; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. PS*, Bologna, 2008, Vol. II, T. II, p. 60; F. MANTOVANI, *Diritto penale. PS*, Padova, 2009, Vol. II, p. 68.

momento in cui l'agente ha terminato di comporre il numero telefonico al momento in cui si verifica il primo scatto. L'ottenimento dell'accredito, infatti, corrisponde alla semplice sottrazione.

Turbativa d'asta. L'art. 353 c.p. (v. *supra*, al paragrafo n. 1 del primo capitolo, p. 7) contempla due condotte in successione: da un lato, la violenza, la minaccia, il dono, la promessa, la collusione o altra condotta fraudolenta; dall'altro l'impedimento o il turbamento dell'asta, oppure l'allontanamento degli offerenti. Ne deriva che il tentativo deve ravvisarsi – quanto all'impedimento – nel momento in cui il presidente della gara comincia a pronunciarsi nel senso della necessità di una sua sospensione; quanto al turbamento, nel momento in cui si sta svolgendo l'offerta in condizioni alterate; quanto all'allontanamento degli offerenti, nel momento in cui questi cominciano a lasciare la gara. Ciò significa che, nello specifico del Caso 7, il tentativo avrebbe potuto ravvisarsi nel momento in cui l'offerente, rimborsato delle spese di partecipazione alla gara, avesse cominciato ad allontanarsi dal locale che ospitava l'asta. Uscito l'offerente dal locale, si sarebbe verificata la consumazione.

Indebito utilizzo di carte di credito. Nel giudicare il fatto oggetto del Caso 8, la Cassazione svolge alcune considerazioni sul bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice di indebito utilizzo di carte di credito. Sembra di capire che l'utilizzo di una carta bancomat sia ritenuto un fatto che coinvolge in via principale il bene giuridico "patrimonio" e, dunque, un fatto assimilabile ad un furto connotato da un evento, la cui consumazione deve ravvisarsi nel momento in cui dalla fessura del bancomat fuoriescono i contanti e l'operazione viene addebitata sul conto corrente dell'intestatario della carta. A seguire il ragionamento della Cassazione, secondo la ricostruzione qui proposta il tentativo dovrebbe configurarsi con il compimento dell'ultima operazione utile ad ottenere l'erogazione delle banconote dallo sportello. D'altra parte, ci pare preferibile per quanto possibile evitare di ricorrere ad argomentazioni sostanzialistiche, dal momento che, come noto, esse attribuiscono all'interprete un ampio margine di discrezionalità nella ricostruzione della fattispecie criminosa, ciò che rischia di complicare ancora di più la materia di cui ci occupiamo, già caratterizzata peraltro dalla difficoltà di stabilire di volta in volta il momento dell'inizio dell'esecuzione. Pertanto, ci pare preferibile mantenere il ragionamento su un piano formale e ravvisare il tentativo di indebito utilizzo di carte di credito

proprio nel cominciamento dell'utilizzo: nel caso specifico, nell'inserimento del bancomat nello sportello.

Favoreggiamento personale. Per stabilire il momento dell'inizio dell'esecuzione nel favoreggiamento personale occorre specificare la nozione di "aiuto" – intorno alla quale il favoreggiamento personale ruota – in base al fatto concreto. Nel Caso 9 si tratta della produzione di un documento falso davanti al giudice del riesame: ci pare che possano valere le considerazioni svolte a proposito della calunnia diretta che abbia assunto forma scritta (v. *supra*, p. 121). Nei Casi 13 e 14 si tratta della messa a disposizione di un'abitazione, che a sua volta implica la consegna delle relative chiavi. Si è già detto che la consegna è attività che implica la collaborazione di due soggetti (v. *supra*, p. 121, a proposito del delitto di somministrazione di medicinali guasti). Il tentativo, dunque, nel caso del favoreggiamento dovrebbe configurarsi a partire dal momento in cui comincia a delinearsi la collaborazione del soggetto destinatario dell'aiuto. Ad esempio, si immagini che A fissi un appuntamento con B per consegnare a quest'ultimo le chiavi dell'abitazione. Nel momento in cui non solo A, ma anche B comincia a muoversi per raggiungere il luogo dell'appuntamento, si configura il tentativo.

Trasferimento fraudolento di valori. L'opera di specificazione in base al fatto concreto è necessaria anche in relazione a questa fattispecie. Nel Caso 11 si tratta di un'attribuzione fittizia della disponibilità di un immobile, attuata attraverso la stipula di un preliminare di compravendita che vede come parte un soggetto diverso dall'effettivo fruitore del bene considerato dal contratto. Ci pare quindi che, se si concretizza la nozione di "attribuzione fittizia della disponibilità", la fattispecie viene a rientrare tra quelle che contemplan due condotte in successione: la condotta fraudolenta – vale a dire la stipula del preliminare – e la messa a disposizione dell'immobile. Perché si possa parlare di tentativo occorre dunque attendere il cominciamento di questa seconda condotta. A tale riguardo, ci pare possano valere le considerazioni ora svolte a proposito del favoreggiamento.

Rapina propria e impropria. Ci basta dire che il tentativo si dà con l'inizio dell'impossessamento, da parte dell'agente, della cosa mobile altrui o – nel caso della rapina impropria – con l'esecuzione della violenza o della minaccia, laddove violenza e minaccia si atteggiino a condotte plurisussistenti.

Violazione di domicilio. Si tratta di reato unisussistente: il tentativo non è configurabile.

Contraffazione di valori bollati. Il tentativo viene a sussistere nel momento in cui ha inizio l'attività di contraffazione dei bolli. Non basta dunque la semplice detenzione dell'apparecchio funzionale alla contraffazione. Peraltro, se l'apparecchio dovesse risultare esclusivamente destinato alla contraffazione, dovrebbe trovare applicazione l'art. 461 c.p., che appunto punisce la mera detenzione di apparecchi che hanno come unica destinazione la contraffazione.

Vendita di prodotti industriali con segni mendaci. La fattispecie si centra sulle condotte di messa in vendita o di messa in circolazione del prodotto con segni mendaci. Il concetto di messa in vendita, come quello di messa in circolazione, sembra indicare l'uscita del prodotto dalla disponibilità del produttore. Se si ritiene che la fattispecie in commento consideri un'unica dinamica criminosa – come sembra suggerire il tenore letterale dell'art. 517 c.p.: «pone in vendita o mette *altrimenti* in circolazione» (corsivo aggiunto) –, allora il tentativo si dovrebbe rinvenire in quegli atti che seguono l'uscita del prodotto dalla disponibilità del produttore ma precedono la vera e propria offerta del prodotto stesso – la sua esposizione al pubblico – che segnerebbe il momento consumativo del reato. In questo senso dovrebbe apprezzarsi la diversità lessicale dell'espressione “mettere in circolazione” rispetto all'espressione “mettere in commercio” che compare nell'art. 516 c.p. («Vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine», che dunque descriverebbe un reato unisussistente). Non pare quindi che possa rilevare penalmente il semplice sdoganamento del prodotto, dal momento che si tratta di un atto che, come tale, non segna l'uscita del prodotto dalla disponibilità del produttore. Quanto ai rapporti con l'art. 515 c.p., che punisce la frode in commercio, si deve dire che tale fattispecie ruota attorno alla condotta di consegna. A proposito della configurabilità del tentativo di frode in commercio, dunque, possono valere le considerazioni svolte con riguardo alla somministrazione di medicinali guasti (v. *supra*, p. 121). Ciò esclude la sovrapposizione tra le due fattispecie.

Contraffazione di opere d'arte. Con riguardo alle condotte di contraffazione, alterazione, riproduzione, autenticazione e simili considerate dalla fattispecie in commento, il tentativo si dà con il cominciamento di queste stesse condotte. Con

riguardo alle condotte di messa in circolazione e messa in commercio possono valere le considerazioni ora svolte con riguardo alla vendita di prodotti con segni mendaci.

Un discorso a parte ci pare utile riservare alle fattispecie di **concussione, estorsione, violenza privata e truffa**. Alcune di queste fattispecie si ritiene descrivano veri e propri reati di evento: ciò vale per l'estorsione, la violenza privata e la truffa. La concussione, poi, è comunque letta dalla giurisprudenza in senso causale: la promessa e la dazione del soggetto costretto o indotto sono considerate come l'evento della concussione (v. in particolare il Caso 12 e il gergo utilizzato dalla Cassazione: la *verificazione* della promessa). Ci sembra peraltro che violenza privata e concussione contemplino non eventi finali, ma condotte di soggetti diversi dall'agente, sui quali l'agente stesso esercita il proprio controllo – in modo analogo a quanto può dirsi con riferimento a quelle fattispecie centrate sulla condotta di consegna o di comunicazione come percezione materiale del messaggio da parte del destinatario: la differenza sta nel fatto che, quando si tratta di violenza privata e concussione (ma lo stesso discorso vale per l'estorsione, una volta riconvertita in fattispecie di condotta, e può farsi per la fattispecie di **esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle persone** – Caso 30), il controllo è esercitato dall'agente in forma violenta¹⁹¹. Quanto alla truffa e all'estorsione, poi, l'ingiusto profitto e l'altrui danno ci appaiono come il profilo economico della condotta tenuta dal soggetto diverso dall'agente e da quest'ultimo controllato, profilo economico sul quale si concentra l'offesa considerata dalla fattispecie. Lo stesso discorso può valere con riferimento alle fattispecie di **frode fiscale** che contemplano un'effettiva evasione del tributo. Non a caso, a proposito della condotta della vittima contemplata dalla violenza privata, si parla sì di evento, ma di evento *di danno*. La dannosità dell'evento si fa addirittura esplicita nelle fattispecie di truffa ed estorsione.

Da quanto ora osservato deriva che il tentativo, relativamente alle fattispecie in commento, si dà con il cominciamento della condotta tenuta dal soggetto diverso dall'agente, laddove tale condotta assuma una forma plurisussistente. Più precisamente, problematiche appaiono le condotte della promessa nella concussione, dell'“omettere” e, soprattutto, del “tollerare” una situazione già in essere nella

¹⁹¹ Al riguardo v. *supra*, al paragrafo n. 4 del secondo capitolo, p. 111.

violenza privata. Sempre con riguardo a quest'ultima fattispecie, poi, la commissione tramite violenza può anche escludere la configurabilità di una condotta del soggetto costretto – la configurabilità di un “fare” – strutturalmente autonoma da quella dell'agente¹⁹².

Ci rimane da dire qualche parola sui reati (questa volta effettivamente) di evento considerati dai Casi riportati in apertura del nostro lavoro: l'**omicidio** e l'**incendio**. Con un qualche paradosso, tali reati sono quelli che forse pongono meno problemi per quanto riguarda l'individuazione del momento in cui si dà il tentativo, poiché occorre riferirsi al completamento, da parte dell'agente, delle condizioni del verificarsi dell'evento¹⁹³. Nel Caso 32 in tema di incendio, il tentativo consiste nel lancio della bottiglia incendiaria. Nei Casi 35 e 36 in tema di omicidio, perché si possa parlare di tentativo occorre attendere lo sparo.

¹⁹² Il discorso sulla violenza privata va ulteriormente approfondito nella seguente direzione. Se si ritiene che il profilo offensivo della fattispecie consideri esclusivamente la libertà morale della vittima, allora la consumazione sta e cade al più tardi con l'inizio della condotta coartata tenuta dal soggetto diverso dall'agente – momento in cui, per lo meno con sicurezza, può dirsi avvenuta la coartazione psicologica – e non può ammettersi il tentativo. Se invece si ritiene che l'offesa, nella violenza privata, risulti anche dal compimento dell'attività alla quale il soggetto diverso dall'agente è costretto – sulla base della più generale idea che l'offesa non è altro che l'aspetto sostanziale del fatto considerato dalla norma (l'art. 610 c.p. recita «... fare, tollerare od omettere *qualche cosa*») –, allora il tentativo di violenza privata può darsi tutte le volte in cui la condotta del soggetto diverso dall'agente assuma una forma plurisussistente. Lo stesso discorso può valere a proposito della concussione che veda “promettere” il soggetto diverso dall'agente, dal momento che un fatto di concussione di questo tipo, considerato nell'offesa, sembra coinvolgere i beni giuridici dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione, da un lato, e la libertà morale del privato, dall'altro.

¹⁹³ V. *supra*, al paragrafo n. 3 del secondo capitolo, pp. 106 ss.

BIBLIOGRAFIA

- ADORNATO C., *Il momento consumativo del reato*, Milano, 1966;
- ALIMENA B., *Ricerche intorno alla nozione del tentativo*, in *Riv. pen.*, 1896, pp. 529 ss.;
- ALIMENA F., *L'attività esecutiva nel tentativo*, in *Foro it.*, 1936, cc. 99 ss.;
- ALTAVILLA E., *Lineamenti di diritto criminale*, Napoli, 1932, II ed.;
- ANGIONI F., *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 1994;
- ANGIONI F., *Un modello di tentativo per il codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 1089 ss.;
- ANGIONI F., *Il tentativo tra esigenze di punibilità e principio di extrema ratio*, in *Leg. pen.*, 2002, pp. 911 ss.;
- ANTOLISEI F., *Origine e svolgimento della dottrina del delitto mancato*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1911, pp. 321 ss.;
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. PG*, a cura di Luigi Conti, Milano, 2003;
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. PS*, a cura di Carlo Federico Grosso, Milano, 2008;
- AZZALI G., *Idoneità ed univocità degli atti. Offesa di pericolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 1168 ss.;
- BARTOLI R., *Brevi considerazioni sull'elemento oggettivo del delitto tentato in una prospettiva de lege ferenda*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 929 ss.;
- BARTOLI R., *La prova delle componenti psichiche: volontà, conoscenza, conoscibilità*, in G.A. DE FRANCESCO, C. PIEMONTESE, E. VENAFRO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, pp. 217 ss.;
- BATTAGLINI G., *Le distinzioni dei reati in rapporto al momento consumativo*, Milano, 1925;

BATTAGLINI G., *Sul concetto del tentativo*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1935, pp. 417 ss.;

BATTAGLINI G., *Diritto penale*. PG, Padova, 1949, III ed.;

BENEVOLO F., *Il tentativo. Nella dottrina, nella legge e nella giurisprudenza*, Torino, 1887;

BRICOLA F., *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e accertamento del dolo*, Milano, 1960;

CANESTRARI S., *Reato di pericolo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, Vol. XXVI, pp. 1 ss.;

CARMIGNANI G., *Juris criminalis elementa*, Firenze, 1808;

CARMIGNANI G., *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Pisa, 1831, Tomo II;

CARRARA F., *Il tentativo nell'impeto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Lucca, 1863, pp. 331 ss.;

CARRARA F., *Grado nella forza fisica del delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Lucca, 1870, II ed., V. I, pp. 23 ss.;

CARRARA F., *Atti preparatori*, in *Reminiscenze di cattedra e foro*, Lucca, 1883, pp. 345 ss.;

CARRARA F., *Sinopsi del conato*, in *Reminiscenze di cattedra e foro*, Lucca, 1883, pp. 185 ss.;

CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*, Bologna, 1993, ristampa della VI edizione del 1886;

CAVALLO V., *Il delitto tentato*, Napoli, 1934;

CIVOLI C., *Il tentativo*, in E. PESSINA (a cura di), *Enciclopedia del diritto penale italiano*, Milano, 1904, Vol. V;

CINGARI F., *Gli incerti confini del tentativo punibile*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 861 ss.;

D'ASCOLA N., *Il dolo del tentativo: considerazioni sul rapporto tra fattispecie oggettiva e fattispecie soggettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, pp. 682 ss.;

DE FRANCESCO G.A., *Forme del dolo e principio di colpevolezza nel delitto tentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 963 ss.;

DE FRANCESCO G.A., *Fatto e colpevolezza nel tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 703 ss.;

DE FRANCESCO G.A., *Sul tentativo punibile*, in *Studium iuris*, 1999, pp. 254 ss.;

DE FRANCESCO G.A., *Brevi spunti sulla riforma del tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 715 ss.;

DE SANTIS G., *Gli effetti del tempo nel reato. Uno studio tra casistica e dogmatica*, Milano, 2006;

DEL CORSO, *Il tentativo nel Codice Zanardelli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 955 ss.;

FIANDACA G., *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale*, 1977, Vol. I, pp. 177 ss.;

FIANDACA G., *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, pp. 450 ss.;

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. PS*, Bologna, 2008;

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. PG*, Bologna, 2010;

FIORE S., *Il dolo*, in G.A. DE FRANCESCO, C. PIEMONTESE, E. VENAFRO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, pp. 53 ss.;

FLORIAN E., *Trattato di diritto penale*, Milano, 1934, IV ed.;

FRANK R., *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, in *ZStW*, 1890, pp. 169 ss.;

FRANK R., *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 8.-10. Aufl., Tübingen, 1911;

GALLO M., *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi urbinati*, 1951, pp. 125 ss.;

GALLO M., a cura di, *Relation italienne del Centro nazionale prevenzione e difesa sociale al X Congresso internazionale di diritto penale*, in *Révue international de droit pénal*, 1969, pp. 204 ss.;

- GALLO M., *Le forme di manifestazione del reato*, in *Appunti di diritto penale*, Torino, 2003, Vol. III;
- GIACONA I., *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, Torino, 2000;
- GIACONA I., *Il tentativo tra passato e futuro*, in *Leg. pen.*, 2002, pp. 922 ss.;
- GIACONA I., *Nota a Cass., sentenza 24 settembre 2008*, in *Foro it.*, 2009, cc. 208 ss.;
- GIACONA I., *Criteri giuridico-formali e giudizi fattuali nell'individuazione dell'inizio della punibilità nel tentativo*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 3363 ss.;
- GUIDI D., *Il tentativo punibile: modelli di tipizzazione e nodi interpretativi*, in *Criminalia*, 2009, pp. 533 ss.;
- GIULIANI-BALESTRINO U., *Il tentativo della bancarotta fraudolenta prefallimentare nella teoria del delitto tentato*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, pp. 479 ss.;
- GIULIANI-BALESTRINO U., *Il delitto tentato*, Milano, Giuffrè, 2002;
- HOLD VON FERNECK A., *Die Rechtswidrigkeit. Band I*, Jena, 1903;
- IMPALLOMENI G., *Il codice penale italiano*, Firenze, 1890;
- ISOTTON R., *Crimen in itinere. Profili della disciplina del tentativo dal diritto comune alle codificazioni penali*, Napoli, 2006;
- MAGGIORE G., *Principi di diritto penale. PG*, Bologna, 1932, Vol. I;
- MANTOVANI F., *Diritto penale. PG*, Padova, 2009;
- MANTOVANI F., *Diritto penale. PS*, Padova, 2009;
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale*, Torino, 1981, V ed.;
- MARINI G., *Lineamenti del sistema penale. PG*, Torino, 1988;
- MARINUCCI G., *Fatto e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 1190 ss.;
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. PG*, Milano, 2009;
- MONTANARA G., *Tentativo (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, Vol. XLIV, pp. 118 ss.;

- MORSELLI E., *Il dolo eventuale nel delitto tentato*, in *Ind. pen.*, 1978, pp. 27 ss.;
- MORSELLI E., *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 36 ss.;
- NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*. PG, Padova, 1982, II ed.;
- OLIVA C., *Del tentativo*, in *Riv. pen.*, 1882, pp. 5 ss.;
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*. PG, Milano, 2003;
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale*. PG, Torino, 2008;
- PALAZZO F., *Il tentativo: un problema ancora aperto? (tipicità e offesa tra passato e futuro)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 38 ss.;
- PARODI GIUSINO M., *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990;
- PEDRAZZI C., *Problemi del delitto di aggrottaggio*, Milano, 1958;
- PELISSERO M., *I limiti del diritto penale nella prova dei fatti psichici*, in G.A. DE FRANCESCO, C. PIEMONTESE, E. VENAFRO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, pp. 281 ss.;
- PESSINA E., *Elementi di diritto penale*, Napoli, 1882;
- PETROCELLI B., *Il delitto tentato*. Studi, Padova, 1966;
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, 2009;
- ROMAGNOSI G.D., *Genesi del diritto penale*, Milano, 1996 (testo della I ed., Pavia 1791);
- ROMAGNOSI G.D., *Osservazioni del grande giudice Luosi sulla prima parte del progetto di codice penale pel Regno d'Italia*, in *Opere di G.D. Romagnosi*, Palermo, 1844, Tomo II;
- ROMANO M., *Pre-Art. 1*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004;
- ROMANO M., *Sub Art. 43*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004;

ROMANO M., Sub Art. 56, in *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004;

ROSSI P., *Traité de droit pénal*, trad. it. di Enrico Pessina, Torino, 1853;

SALTELLI C., ROMANO-DI FALCO E., *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, Torino, 1931;

SCARANO L., *Il tentativo*, Napoli, 1952;

SEMINARA S., *Contro una configurabilità "causale" del tentativo*, in *Leg. pen.*, 2002, pp. 915 ss.;

SINISCALCO M., *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959;

VANNINI O., *Valore e limiti di applicazione della norma riguardante il tentativo*, in *Riv. pen.*, 1919, Primo supplemento, pp. 5 ss.;

VANNINI O., *Il valore del pericolo nel tentativo*, in *Riv. pen.*, 1919, Primo supplemento, pp. 173 ss.;

VANNINI O., *L'elemento morale nel tentativo*, in *Riv. pen.*, 1919, pp. 391 ss.;

VANNINI O., *La dottrina del "delitto mancato"*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1923, pp. 510 ss.;

VANNINI O., *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, 1943.