

dott. DARIO GUIDI  
Assegnista di ricerca nell'Università di Siena

## IL TENTATIVO PUNIBILE: MODELLI DI TIPIZZAZIONE E NODI INTERPRETATIVI

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. Le principali teorie sul fondamento politico-criminale della punibilità del tentativo. – 3. I modelli di tipizzazione del tentativo astrattamente prospettabili e la scelta di fondo del codice Rocco. – 4. Il superamento delle ricostruzioni soggettivistico-procedurali dell'univocità e le moderne teorie oggettive. – 5. Direzione degli atti e grado di sviluppo della condotta. – 6. Il ruolo dell'idoneità nella struttura dell'art. 56 c.p. – 7. Le questioni ancora sul tappeto: il duplice problema della "base" e della "misura" del giudizio.

### 1. *Cenni introduttivi*

Negli ultimi anni sta gradualmente riaffiorando nella riflessione dottrinale l'interrogativo di fondo che aveva animato il dibattito penalistico sull'art. 56 c.p. all'indomani dell'entrata in vigore del codice Rocco: quando inizia l'attività punibile a titolo di delitto tentato? Ed invero, il tema dell'individuazione della soglia minima di incriminazione nel tentativo, dopo aver perduto per lungo tempo la sua tradizionale centralità, è tornato solo di recente ad imporsi all'attenzione della dottrina nel contesto dell'ampio confronto di opinioni innescato dalla nuova "ondata" di progetti di riforma del codice penale che ha avuto luogo tra la fine del secolo scorso e l'inizio di quello attuale<sup>1</sup>. In particolare, qualche anno or sono ha destato forte interesse la proposta di modifica della norma sul tentativo contenuta nel "progetto Grosso", il cui art. 41, comma 1, così recita: «Chi intraprende l'esecuzione di un fatto previsto dalla legge come delitto, o si accinge ad intraprenderla con atti immediatamente antecedenti, risponde di delitto tentato se l'azione non si compie o l'evento non si verifica»<sup>2</sup>. La riflessione che ne è scaturita, essenzialmente incentrata sull'opportunità o meno di un ritorno alla formula dell'inizio di esecuzione (sia pure temperata dall'inclusione degli atti c.d. "pre-tipici" nella sfera della rilevanza penale), ha fatto dunque riemergere i vecchi interrogativi. Segnatamente, ci si è chiesti se i due requisiti dell'idoneità e della direzione non equivoca degli atti posseggano davvero una (pur minima) efficacia

<sup>1</sup> Si allude ai progetti di riforma del codice penale redatti, rispettivamente, dalle Commissioni Grosso (1998-2001), Nordio (2001-2004) e Pisapia (2006-2007).

<sup>2</sup> L'articolato del *Progetto di riforma del codice penale, parte generale*, elaborato dalla Commissione presieduta dal Prof. C.F. Grosso, nel testo riveduto dalla Commissione ministeriale nel maggio 2001 tenendo conto del dibattito novembre 2000-maggio 2001 sul testo originario del progetto preliminare, si può leggere sul sito del Ministero della Giustizia ([www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)) nella sezione *Strumenti*, alla voce *Pubblicazioni, studi, ricerche*.

tipizzante o se, viceversa, essi risultino, a ben vedere, “fisiologicamente” sprovvisti di determinatezza e quindi *ab initio* incapaci di svolgere una reale funzione delimitativa dell’alveo di incriminazione del tentativo. In quest’ultimo caso, come ovvio, si renderebbe necessaria una radicale riforma dell’art. 56 c.p.

Il primo nodo da sciogliere nella *subiecta materia*, dunque, è se sia necessario porre mano ad una completa riconfigurazione normativa della fattispecie di delitto tentato o se, per converso, sia possibile colmarne il *deficit* di tipicità impiegando i tradizionali strumenti esegetici a disposizione dell’interprete. Ebbene, anticipando in estrema sintesi quanto diremo nel prosieguo della trattazione, va fin d’ora evidenziato che quest’ultima strada non è così accidentata come sulle prime si potrebbe pensare e dunque può essere senz’altro intrapresa. Ed invero, prima di “deporre le armi dell’interpretazione”, rassegnandosi all’ineluttabilità di una riforma legislativa, occorre vagliare fino in fondo e con tutti gli strumenti esegetici consentiti la possibilità di una lettura costituzionalmente orientata della vigente norma sul tentativo, che risulti compatibile sia con il fondamentale principio di legalità, *sub specie* di determinatezza, che con quello di offensività. Con ciò, beninteso, non si vuole disconoscere l’intrinseca fragilità semantico-connotativa delle rispettive nozioni di idoneità ed univocità, ma semplicemente mettere in luce come, a ben riflettere, si tratti di carenze non insormontabili e dunque suscettibili di essere colmate in via ermeneutica. Prendendo le mosse da questa preliminare presa d’atto, ci pare dunque preferibile, anziché intraprendere la strada della riforma, sforzarsi di enucleare con la maggior esattezza possibile il perimetro applicativo della vigente figura di delitto tentato.

## 2. *Le principali teorie sul fondamento politico-criminale della punibilità del tentativo*

È affermazione ormai largamente condivisa nella dottrina contemporanea quella secondo cui la disciplina del tentativo rappresenta una sorta di “cartina di tornasole” del modello di diritto penale fatto proprio da un determinato ordinamento positivo<sup>3</sup>. In effetti, sia la conformazione strutturale che il trattamento sanzionatorio della figura del delitto tentato rispecchiano con immediatezza la concezione del reato cui un dato sistema si ispira, in special modo con riferimento alla tradizionale dicotomia tra “diritto penale del fatto” e “diritto penale della volontà”. La contrapposizione tra un sistema penale a base oggettivistica ed uno di stampo soggettivistico, infatti, si manifesta anzitutto nel modo, speculare ed opposto, in cui è disciplinata la fattispecie del tentativo di reato. Al riguardo, le moderne teorie sul fondamento politico-criminale

<sup>3</sup> S. SEMINARA, *Spunti per una riforma in tema di tentativo*, in AA.Vv., *Verso un nuovo codice penale*, Milano, 1993, p. 441 ss.; F. ANGIONI, *Un modello di tentativo per il codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1089; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2006, p. 335.

della punibilità del tentativo sono essenzialmente riconducibili a tre diverse categorie, alle quali corrispondono, almeno a livello di configurabilità astratta, altrettanti modelli di ordinamento penale: concezioni oggettive; concezioni soggettive; concezioni “eclettiche” o “miste”.

Secondo l'indirizzo oggettivistico, la ragion d'essere dell'incriminazione del tentativo va ravvisata nell'esigenza di prevenire l'esposizione a pericolo dei beni giuridici tutelati dall'ordinamento<sup>4</sup>. Tale orientamento, strettamente correlato alla concezione liberale classica della pena come strumento di conservazione dei beni socialmente più rilevanti, è coerente con un modello di “diritto penale del fatto” ispirato ai principi di materialità ed offensività, in base ai quali il proposito criminoso dell'agente può assumere rilevanza penale solo alla duplice condizione che esso si manifesti in un comportamento materiale esteriormente rilevante e che si sostanzi in una concreta offesa al bene tutelato, sia pure *sub specie* di messa in pericolo e non di vero e proprio danno. Ciò spiega perché, in un sistema di tipo oggettivistico, la punibilità del tentativo è subordinata al requisito dell'idoneità degli atti. Se per idoneità si intende la capacità potenziale dell'atto rispetto alla commissione del delitto preso di mira, infatti, l'atto inidoneo, essendo *ab origine* incapace di portare al conseguimento dell'obiettivo perseguito dall'agente, è un atto che non può arrecare alcuna offesa al bene tutelato dall'ordinamento attraverso l'incriminazione, neanche sotto forma di messa in pericolo. Non solo. Anche la differenza di trattamento sanzionatorio tra il delitto tentato e quello consumato si spiega solo all'interno di una logica oggettivistica. Mentre in un sistema che incentra il disvalore penale sulla manifestazione di volontà ribelle o sulla pericolosità sociale dell'individuo, tentativo e consumazione si pongono essenzialmente sullo stesso piano di gravità, formando oggetto di identico trattamento sanzionatorio, in un ordinamento penale che trae legittimazione dall'istanza di protezione dei beni giuridici, il pericolo, ossia la possibilità che si verifichi in futuro un evento di danno, integra ovviamente un'offesa di grado minore – perciò meritevole di una risposta sanzionatoria meno severa – rispetto al danno effettivamente realizzatosi.

Le teorie soggettive, per converso, attribuiscono rilievo preminente alla deliberazione criminosa del soggetto agente, sia pure riguardata non in sé ma come volontà che si estrinseca materialmente nel mondo esterno. All'interno degli orientamenti oggettivistici, in realtà, occorre operare un'ulteriore distinzione. Secondo una prima impostazione, ispirata alla logica del “diritto penale della volontà”, il tentativo merita di

<sup>4</sup> Questa soluzione interpretativa ha sempre riscosso largo seguito nella dottrina penalistica italiana. In passato v., tra gli altri, O. VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, 1952, p. 13 ss., e B. PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Padova, 1955, p. 24 ss. Nella dottrina contemporanea cfr., per tutti, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, I (artt. 1-84)*, Milano, 2004, p. 587. Per quanto concerne la giurisprudenza: Cass. pen., sez. I, 24 settembre 2008, C.G. ed altri, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 859 ss., con nota di F. CINGARI, *Gli incerti confini del tentativo punibile*, p. 861 ss., e anche in *Cass. pen.*, 2009, p. 3355 ss., con nota di I. GIACONA, *Criteri giuridico-formali e giudizi fattuali nell'individuazione dell'inizio della punibilità nel tentativo*, p. 3363 ss.

essere punito in quanto manifestazione esterna di una volontà riprovevole. Da tale angolazione, in particolare, il compimento di atti diretti alla commissione di un reato è considerata – a prescindere dalla concreta idoneità lesiva di tali atti – una violazione del dovere di obbedienza del cittadino alla volontà generale dello Stato<sup>5</sup>. Questo indirizzo può condurre, se portato alle estreme conseguenze, ad una completa equiparazione, sul piano sanzionatorio, tra il delitto tentato e quello consumato. Ciò che colora di disvalore penale gli atti compiuti dal soggetto agente, infatti, non è l'offesa al bene tutelato, ma la “manifestazione di una volontà ribelle alla legge”, ed è ovvio che una siffatta *voluntas sceleris* si annida tanto nella condotta di chi tenta invano di commettere un delitto che nella condotta di chi tale delitto effettivamente realizza.

In base ad un diverso filone delle teorie soggettive, originatosi nell'alveo del positivismo criminologico<sup>6</sup>, l'incriminazione del tentativo s'incentra, non già sulla disubbidienza in quanto tale, bensì sulla pericolosità del soggetto agente. Il compimento di atti diretti a commettere un delitto, infatti, rappresenta in quest'ottica un indice sintomatico della pericolosità sociale dell'autore di tali atti. Anche per quest'indirizzo, non vi è ragione di distinguere, in termini di risposta sanzionatoria, tra il delitto tentato e quello consumato, dal momento che ogni estrinsecazione materiale del proposito delittuoso, a prescindere dal conseguimento o meno del risultato preso di mira sul piano fattuale, è idonea a denotare la predisposizione al crimine, innata od indotta da fattori criminogenetici esterni, del soggetto agente<sup>7</sup>. L'unica differenza rispetto all'anzidetta teoria soggettiva della “disubbidienza come tale” è che, nell'ambito dell'indirizzo positivisticò, trova esplicito riconoscimento la possibilità di derogare, in alcune particolari ipotesi, alla tendenziale equiparazione tra tentativo e consumazione. Ponendo al centro della nozione di tentativo la pericolosità dell'autore, infatti, i positivisti ritenevano di poter rimediare agli eccessi punitivi del soggettivismo puro sulla base di “valutazioni correttive” operate caso per caso in relazione alle circostanze reali e personali del fatto concreto e alle caratteristiche della personalità del soggetto agente<sup>8</sup>.

Le concezioni “miste” o “eclettiche”, infine, muovendo dall'assunto secondo cui l'incriminazione del delitto tentato non può essere razionalmente giustificata sulla base di modelli esplicativi di carattere unilaterale, adottano una soluzione intermedia, combinando parametri di valutazione soggettivi ed oggettivi. Anche nell'ambito di

<sup>5</sup> G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale, parte generale*, I, Bologna, 1932, p. 285; e, sia pure in termini parzialmente diversi, L. SCARANO, *Il tentativo*, cit., p. 75 ss.

<sup>6</sup> E. FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928, p. 546, il quale definiva «moralmente e socialmente assurda» l'impunità prevista dal codice Zanardelli per il tentativo impossibile. V. anche: R. GAROFALO, *Criminologia*, Torino, 1891, p. 238; E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, in *Trattato di diritto penale*, Milano, 1934, I, p. 655 ss.

<sup>7</sup> Come osserva F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2007, p. 421, nella logica di un diritto penale della pericolosità «il valore sintomatico del reato tentato è pari a quello del reato consumato».

<sup>8</sup> Così, E. FERRI, *Principi di diritto criminale*, cit., p. 546.

queste teorie, per il vero, occorre distinguere tra due correnti di pensiero, tra loro parzialmente divergenti. Secondo una prima impostazione, l'essenza del disvalore del tentativo va ravvisata sia nella messa in pericolo del bene tutelato che nella manifestazione di una volontà criminosa da parte del reo<sup>9</sup>. Solo la sintesi tra il requisito soggettivo della manifestazione di volontà criminosa e quello oggettivo dell'esposizione a pericolo dei beni tutelati dall'ordinamento, infatti, sarebbe in grado di fornire una piena comprensione "ontologica" dell'istituto del tentativo, armonizzando i presupposti di punibilità di quest'ultimo con un sistema penale misto «... incentrato sui principi di soggettività, legalità, materialità e offensività del reato»<sup>10</sup>. Tale orientamento è in realtà astrattamente compatibile con due diversi modelli di trattamento sanzionatorio del tentativo. La teoria mista, infatti, può condurre a sanzionare il reato tentato sempre con una pena inferiore rispetto al reato consumato, sulla base della presa d'atto che nel tentativo vi è stata volontà di lesione ma non la lesione effettiva del bene tutelato, ovvero ad affidare alla discrezionalità del giudice la scelta in concreto se applicare la pena prevista per il reato consumato od una pena più lieve, sulla base della prudente valutazione delle peculiarità del fatto e della personalità dell'autore.

In base ad un secondo indirizzo, che ha riscosso (e tuttora riscuote) largo seguito soprattutto in seno alla dottrina tedesca ma che registra qualche consenso anche nella scienza penalistica italiana<sup>11</sup>, per la punibilità del tentativo è necessario che l'atto in cui si manifesta la volontà criminosa sia tale da turbare il senso di fiducia dei consociati nella vigenza dell'ordinamento. Per designare tale effetto di scuotimento del senso di sicurezza giuridica dei cittadini si impiega per solito la locuzione "allarme sociale". Quest'ultimo concetto, a ben vedere, è però a sua volta suscettibile di almeno due diverse interpretazioni. Da taluno l'allarme sociale viene concepito come quell'impatto psicologico negativo della trasgressione del tessuto sociale da cui scaturisce la "reazione di rigetto" espressa dalla pena. Più specificamente, esso è definito come quel «turbamento sociale intrapsichico relazionato al valore tutelato»<sup>12</sup> che si determina in modo pressoché automatico nella comunità sociale in seguito all'apprendimento dell'avvenuta violazione di «un interiore divieto o tabù collettivo, operante a livello inconscio»<sup>13</sup>, indipendentemente dalla previsione o dal timore che il soggetto agente possa tornare in futuro a intraprendere azioni criminose. Ciò implica che l'esigenza di una reazione punitiva sussisterebbe anche nell'estrema ipotesi in cui fosse dimostrata

<sup>9</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 420 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003, p. 513 ss. V. anche G. MONTANARA, *Tentativo (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, p. 118 ss.

<sup>10</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 426; G. MONTANARA, *Tentativo*, cit., p. 119.

<sup>11</sup> La c.d. "teoria dell'impressione" (*Eindruckstheorie*) è molto diffusa tra i penalisti tedeschi: cfr., per tutti, H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil*, Berlin, 1996, p. 512 ss.

<sup>12</sup> E. MORSELLI, *Tentativo*, in *D. disc. pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, p. 185 ss.

<sup>13</sup> E. MORSELLI, *Tentativo*, cit., p. 187.

la totale inesistenza, nel caso di specie, di un pericolo attuale o futuro e dunque, in definitiva, anche in presenza di un tentativo del tutto inidoneo in concreto.

Nella nostra dottrina vi è però anche chi, pur sostanzialmente aderendo alla teoria dell'allarme sociale, ne propone un'interpretazione più garantista e meno "sbilanciata" in senso soggettivistico<sup>14</sup>. In questa prospettiva, il riferimento al concetto di allarme sociale, lungi dal conferire automaticamente rilevanza penale a titolo di delitto tentato ad ogni manifestazione esterna della volontà criminosa, consente di operare una distinzione di fondo tra due differenti ipotesi: il tentativo che, pur rivelandosi oggettivamente non pericoloso, suscita un turbamento nel senso di sicurezza giuridica dei consociati compromettendone la fiducia nella vigenza dell'ordinamento; il tentativo che, oltre ad essere oggettivamente inidoneo, non crea alcun allarme sociale. La prima ipotesi viene in rilievo quando il tentativo non giunge a consumazione a causa di un errore esecutivo del soggetto agente. Classico esempio è quello di chi tenta di sparare con una pistola priva del colpo in canna credendo che sia carica o di chi preme il grilletto senza aver tolto la sicura. La seconda ipotesi concerne i casi in cui l'inidoneità oggettiva degli atti è correlata alla grave "ignoranza nomologica" dell'autore. Ciò accade, ad esempio, quando un soggetto tenta di avvelenare il proprio nemico propinandogli una sostanza totalmente innocua come la farina nella convinzione che tale sostanza sia in grado di cagionare la morte, o tenta di provocare un aborto mediante infusi di camomilla. Ebbene, mentre nel primo caso (inidoneità determinata da errore), l'agente meriterebbe di essere punito in quanto la sua condotta, pur non rivestendo pericolosità sul piano prettamente oggettivo, acquista un notevole disvalore sotto il profilo soggettivo e suscita allarme sociale (la mancata realizzazione del delitto consumato è dovuta solo a circostanze fortuite ed estemporanee), nel secondo caso (inidoneità oggettiva causata da grave ignoranza nomologica) il tentativo non sarebbe mai punibile atteso che la mancanza di pericolosità è qui un connotato intrinseco della condotta che vizia *ab origine* la sua possibilità di sfociare nella consumazione del reato.

Spostiamo ora il fuoco dell'indagine dal piano astratto dei modelli di diritto penale teoricamente prospettabili a quello concreto dell'attuale configurazione codicistica del delitto tentato nell'ordinamento italiano. Al riguardo, va subito detto che, secondo la prevalente opinione dottrinale, il nostro sistema si inserisce a pieno titolo nel solco delle concezioni oggettive<sup>15</sup>. Tale asserto, in linea di massima senz'altro condivisibile, deve però essere sottoposto ad un più attento vaglio critico proprio alla luce di quanto sinora rilevato in merito alle teorie sul fondamento di punibilità del tentativo. Ebbene, ragionando per esclusione, si può anzitutto affermare senza tema di smentita

<sup>14</sup> R. BARTOLI, *Brevi considerazioni sull'elemento oggettivo del delitto tentato in una prospettiva de lege ferenda*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 929 ss.

<sup>15</sup> M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., I, p. 587; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2007, p. 455; S. SEMINARA, *Spunti per una riforma*, cit., p. 447.

che la disciplina del delitto tentato contenuta nel codice Rocco è incompatibile con ogni impostazione unilateralmente soggettivistica. L'espressa previsione, da parte del nostro legislatore penale, del requisito dell'idoneità degli atti sul duplice versante del tentativo e del reato impossibile, rispettivamente come elemento strutturale "positivo" del delitto tentato nell'art. 56 c.p. (insieme all'univocità) e come elemento "negativo" in presenza del quale si configura un reato impossibile nell'art. 49, comma 2, c.p., in uno con la diminuzione obbligatoria di pena del tentativo rispetto al reato consumato, testimonia infatti in modo inequivocabile la presa di distanze del nostro ordinamento dai sistemi a base soggettivistica. Ed invero, all'interno di questi ultimi il tentativo inidoneo, oltre ad essere generalmente punibile, è sanzionato con una pena tendenzialmente equivalente a quella prevista per il reato consumato.

Ben più articolata e complessa appare invece la questione della compatibilità tra l'attuale fisionomia del delitto tentato, così come delineata dal codice Rocco, ed i presupposti concettuali delle concezioni c.d. "miste" o "eclettiche". Sotto questo profilo, infatti, non si può escludere *a priori* che la disciplina codicistica del tentativo tragga ispirazione anche dall'esigenza di reprimere le più gravi manifestazioni di volontà criminosa o quelle tipologie di condotta delittuosa che, pur non giungendo a consumazione, suscitano un rilevante allarme sociale. Secondo i fautori delle teorie miste, in effetti, per dar ragione dell'incriminazione del tentativo non vi è altra strada se non quella di abbandonare la pretesa di accentrare in un solo elemento il fondamento di tale incriminazione<sup>16</sup>. Segnatamente, mentre le teorie soggettiviste non terrebbero nel dovuto conto la secolare tradizione giuridica secondo cui non ogni manifestazione di volontà criminosa può assumere rilevanza penale, ma solo quella che in qualche modo espone a pericolo il bene protetto, le teorie oggettiviste non sarebbero in grado di spiegare perché viene punita a titolo di tentativo la sola messa in pericolo dolosa e non anche quella colposa. Quest'ultima obiezione, per il vero, non appare decisiva. Anche a voler prescindere dall'ovvia considerazione per cui, sia a livello di senso comune che sul piano logico-concettuale, la nozione stessa di tentativo sottende una tensione della volontà verso un risultato, la mancata incriminazione della "strana figura"<sup>17</sup> del tentativo colposo potrebbe anche dipendere da una scelta discrezionale del legislatore, indipendentemente dall'impostazione oggettivistica o soggettivistica di un sistema. Ma il vero argomento che potrebbe efficacemente supportare le concezioni miste, a ben riflettere, è un altro e concerne il giudizio di idoneità. Com'è stato acutamente rilevato, infatti, se si ritiene che il giudizio di idoneità debba essere formulato su "base parziale", è giocoforza propendere per una ricostruzione eclettica del fondamento di punibilità del tentativo dal momento che un siffatto giudizio può condurre a

<sup>16</sup> A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, cit., p. 513 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 420 ss.

<sup>17</sup> L'espressione risale a F. CARRARA, *Grado della forza fisica del delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, I, Lucca, 1870, p. 371.

punire ai sensi dell'art. 56 c.p. ipotesi di condotta che, pur apparendo pericolose alla luce del parametro soggettivo del normale osservatore esterno, in realtà non lo sono per la presenza di circostanze impeditive preesistenti che rendono il conato delittuoso *ab origine* destinato all'insuccesso<sup>18</sup>. Si pensi all'esempio del soggetto che, munito di un revolver di piccolo calibro, spara a distanza non ravvicinata contro una persona che, sotto la giacca, nasconde un giubbotto di sicurezza antiproiettile. Oppure al caso di chi, introdottosi furtivamente nell'abitazione della vittima designata, esplosa dei colpi d'arma da fuoco in direzione del letto vuoto di quest'ultima che aveva eccezionalmente deciso per quella notte di fermarsi a dormire da un amico. In questi come in altri consimili casi di "inidoneità a base totale" della condotta o di "mancanza occasionale" dell'oggetto di essa il bene tutelato dall'ordinamento, ossia la vita della potenziale vittima, non ha corso oggettivamente alcun rischio atteso che non vi era alcuna possibilità che il tentativo di omicidio giungesse a consumazione. I fattori di neutralizzazione del rischio, tuttavia, non erano conoscibili dall'osservatore medio né conosciuti dal soggetto agente per cui, valutando l'idoneità su base parziale, si dovrebbe concludere per la punibilità *ex art. 56 c.p.*, pur in mancanza di una effettiva esposizione a pericolo del bene protetto. Ciò implica che, se la base del giudizio di idoneità fosse parziale, la punibilità del tentativo nel nostro ordinamento potrebbe, almeno in taluni casi, prescindere dall'esposizione a pericolo del bene tutelato, confermando in tal modo la validità delle teorie c.d. "subiettivo-obiettive" dell'allarme sociale. Ed invero, nelle ipotesi appena descritte in cui, assumendo l'angolazione soggettiva dell'osservatore esterno, il tentativo appare pericoloso pur non essendolo oggettivamente, il senso di sicurezza giuridica dei consociati subisce inevitabilmente un *vulnus* giacché il normale osservatore che assiste al tentativo di delitto e ne percepisce la pericolosità apparente incarna sotto questo profilo il punto di vista dell'ordinamento<sup>19</sup>.

Ciò nonostante, non ci sembra che le teorie dell'allarme sociale possano trovare accoglimento nell'ordinamento italiano, quantomeno in relazione all'istituto del tentativo, per due ragioni di fondo. In primo luogo perché, come vedremo meglio nel prosieguo, tra le due soluzioni interpretative prospettabili in tema di giudizio di idoneità è senz'altro preferibile quella che assume come oggetto di tale giudizio una base totale di circostanze. In secondo luogo perché le tesi dell'allarme sociale non soddisfano quelle esigenze di determinatezza che rappresentano oggi il nodo cruciale della riflessione sul delitto tentato. L'interrogativo di fondo che più alimenta l'odierno dibattito penalistico sul tentativo concerne infatti la compatibilità o meno dei requisiti struttu-

<sup>18</sup> I. GIACONA, *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, Torino, 2000, p. 468.

<sup>19</sup> Come osservava Carrara con parole che suonano ancora attuali «l'animo dei cittadini si scuote all'aspetto di una volontà malvagia che già aveva 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 minacciato, e la società dal lutto e dal terrore di un delitto compiuto»: F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, parte generale*, Bologna, 1993 (ristampa ed. 1886), p. 231.

rali dell'art. 56 c.p. con il principio costituzionale di determinatezza. In altri termini, c'è il diffuso timore che l'attuale configurazione del tentativo, così come delineata dal legislatore fascista, lasci al giudice margini di discrezionalità troppo ampi in sede applicativa. Ebbene, da quest'ultimo riguardo l'impostazione eclettica correlata alle teorie dell'allarme sociale non offre prospettive esegetiche realmente percorribili. Se, infatti, si accoglie quest'orientamento nella sua accezione più "radicale", assumendo il turbamento sociale come effetto pressoché automatico del tentativo, a prescindere dall'effettiva insorgenza di un pericolo, si addivene ad una vera e propria *interpretatio abrogans* dell'attuale fattispecie di cui all'art. 56 c.p., ed in particolare del requisito dell'idoneità. Se, viceversa, si ritiene che la meritevolezza di pena delle singole condotte di tentativo debba essere valutata caso per caso alla luce del parametro dell'allarme sociale, ci si affida in sostanza ad una valutazione discrezionale del tutto sprovvista di punti di riferimento normativi, dal momento che il giudice stesso diventa «...interprete (non del diritto positivo ma) del turbamento della fiducia collettiva sull'effettività dell'ordinamento giuridico»<sup>20</sup>.

Tirando le fila del discorso, ci pare che l'opinione dottrinale maggioritaria secondo cui l'attuale configurazione del delitto tentato sottende una preliminare scelta di campo in favore di un modello oggettivo di diritto penale meriti di essere condivisa. In tal senso depongono, riassuntivamente, almeno tre indici di riscontro: il requisito dell'idoneità assume nel nostro impianto codicistico un ruolo di assoluto rilievo, essendo contemplata sia in positivo, nell'ambito della fattispecie di delitto tentato, sia in negativo, nell'ambito della figura del reato impossibile; il tentativo inidoneo non è mai punibile, a prescindere da ogni ulteriore valutazione circa la causa di tale inidoneità (errore o ignoranza); la diminuzione di pena per il reato tentato rispetto a quello consumato, lungi dall'essere rimessa alla discrezionalità del giudice, è obbligatoria e correlata alla cornice edittale autonoma (anche se individuata *per relationem*) dell'art. 56 c.p.

### 3. I modelli di tipizzazione del tentativo astrattamente prospettabili e la scelta di fondo del codice Rocco

Nei sistemi a legalità formale la fattispecie del reato tentato deve necessariamente formare oggetto, al pari delle altre figure criminose, di una espressa previsione legislativa. Ebbene, l'incriminazione del tentativo può avvenire, almeno in linea teorica, attraverso tre distinte modalità: mediante una norma generale che, in modo pressoché automatico, preveda la rilevanza della forma tentata in relazione a tutte le fattispecie di parte speciale, con il solo limite della compatibilità logica e strutturale; mediante l'inserimento di singole fattispecie di tentativo direttamente nella parte speciale, accanto alla corrispondente figura di reato consumato; mediante una norma generale

<sup>20</sup> S. SEMINARA, *Spunti per una riforma*, cit., p. 447.

che preveda la rilevanza del tentativo solo in relazione a determinate tipologie di reato. Quest'ultimo modello è quello adottato da (praticamente) tutti i vigenti ordinamenti liberal-democratici, il cui denominatore comune *in subiecta materia* è rappresentato proprio dalla scelta di tipizzare il tentativo mediante l'inserimento, nella parte generale del codice, di una "clausola di estensione della tipicità penale" destinata a combinarsi con categorie prestabilite di reati della parte speciale<sup>21</sup>. Differenze significative, viceversa, emergono a livello di formulazione di tale clausola generale, e dunque in punto di descrizione dei requisiti di tipicità del fatto punibile. Le diverse soluzioni tecniche prospettate nei vari ordinamenti, del resto, riflettono le intrinseche difficoltà che ogni legislatore positivo si trova a dover affrontare in sede di tipizzazione del tentativo. Veniamo ad analizzarle brevemente.

In primo luogo, il fatto punibile a titolo di reato tentato può essere individuato mutuando la tipicità dalla norma di parte speciale che incrimina il reato consumato. Questa tecnica di tipizzazione risponde al modello c.d. della "esecuzione in senso formale", secondo cui sono rilevanti a titolo di tentativo soltanto gli atti parzialmente conformi al tipo, ossia quegli atti che realizzano almeno un frammento del fatto descritto nella fattispecie incriminatrice di parte speciale. Nel delitto di furto, ad esempio, il primo atto esecutivo è rappresentato dall'inizio della condotta di sottrazione; nella truffa dal primo atto di trasfigurazione materiale della realtà esterna (integrante una porzione dell'"artificio" rilevante *ex art.* 640 c.p.), e così via. Seguendo il modello *de quo*, dunque, solo due categorie di atti integrano, a rigor di logica, gli estremi del tentativo punibile: gli atti che, nello schema legale dei reati materiali o con evento in senso naturalistico, realizzano interamente la condotta tipica ma non pervengono alla consumazione per mancata verifica dell'evento (c.d. "tentativo compiuto" o "delitto mancato"); gli atti parzialmente tipici, cioè gli atti che realizzano solo una porzione della condotta descritta dalla fattispecie incriminatrice di parte speciale (c.d. "tentativo incompiuto"). Per evitare un'eccessiva contrazione del raggio di prescrizione del tentativo, tuttavia, gli ordinamenti che adottano questo schema di tipizzazione estendono l'incriminazione anche alla categoria degli atti c.d. "pre-tipici", cioè a quegli atti che, nel *continuum* spazio-temporale dell'*iter criminis*, precedono immediatamente la condotta tipica e sono ad essa legati da un vincolo naturalistico-teleologico (si tratta, ad esempio, del modello adottato in Germania e in Austria).

Un secondo schema di tipizzazione del tentativo è rappresentato dal modello c.d. della "esecuzione in senso materiale". Tale modello si rinviene oggi in quegli ordinamenti che utilizzano formule normative esplicitamente richiedenti un "inizio di esecuzione" del reato, ma intendono tale esecuzione in senso sostanziale, come "passaggio" dalla fase preparatoria a quella esecutiva. Si vedano, a titolo esemplificativo, le disposizioni sul tentativo contenute nel codice francese (art. 121-5) e in quello spagnolo (art. 16) che richiedono, rispettivamente, un «*commencement d'exécution*» e un «*dar*

<sup>21</sup> Sul punto v., *amplius*, F. ANGIONI, *Un modello di tentativo*, cit., p. 1089 ss.

*principio a la ejecucion directamente por echos exteriores*». L'atto penalmente rilevante a titolo di tentativo, in quest'ottica, è l'atto che, guardando all'*iter criminis*, interviene dopo la fase di preparazione del reato e si dirige materialmente verso la consumazione. Emblematiche, al riguardo, le formule di stile (pressoché tautologiche) impiegate dalla giurisprudenza francese per spiegare il concetto di "inizio di esecuzione": «*le commencement d'exécution est constitué par tous les actes qui tendent directement et immédiatement à la consommation du délit, le prévenu étant ainsi entré dans le période d'exécution*»<sup>22</sup>. Non a caso, nei sistemi che adottano tale modello la disposizione sul tentativo non fa alcun riferimento agli atti "pre-tipici", proprio perché qui l'atto tipico è quello sostanzialmente esecutivo, a prescindere dalla conformità o meno al paradigma descrittivo di parte speciale, talché non vi è alcun bisogno di estendere l'area di incriminazione anche a condotte formalmente non corrispondenti al modello legale. Intendendo l'esecuzione in senso materiale, dunque, può accadere, per un verso, che atti formalmente atipici, ossia non ancora integranti una porzione della condotta tipica descritta nella fattispecie di parte speciale, siano considerati penalmente rilevanti a titolo di tentativo, e, per l'altro verso e specularmente, che atti formalmente tipici, ossia almeno parzialmente conformi al modello legale, siano considerati sostanzialmente non esecutivi e dunque penalmente irrilevanti.

In terzo luogo, infine, la fattispecie di tentativo può essere configurata in modo parzialmente autonomo rispetto al corrispondente reato di parte speciale, attraverso «una tecnica di tipizzazione *per relationem* con la tipicità della fattispecie consumata»<sup>23</sup>. Si tratta, com'è noto, del modello prescelto dal nostro codice penale, il cui art. 56 delinea il fatto punibile a titolo di delitto tentato, non già prendendo a prestito la tipicità dal reato consumato, ma facendo ricorso a "criteri normativi di collegamento", appunto l'idoneità e l'univocità, in grado di mettere in relazione gli atti in cui si sostanzia il tentativo con la corrispondente fattispecie incriminatrice di parte speciale. In questa prospettiva, l'atto rilevante a titolo di delitto tentato è l'atto che, a prescindere dalla conformità o meno al tipo legale o dall'indole sostanzialmente esecutiva, si rivela non equivocamente diretto alla commissione di un delitto e potenzialmente congruo rispetto alla realizzazione del medesimo.

Tanto considerato sul piano generale, veniamo ora ad analizzare più nel dettaglio la fisionomia e le implicazioni pratiche di ciascun modello. Iniziando dal modello dell'esecuzione in senso formale, va subito detto che questa tecnica di tipizzazione è in assoluto la più rispondente al principio costituzionale di legalità/determinatezza. Nel circoscrivere la sfera di prensione del tentativo alle sole condotte (almeno) parzialmente conformi allo schema legale del reato consumato, infatti, il criterio esecutivo-formale non concede all'interprete alcun margine di discrezionalità nell'enucleazione del fatto punibile, privilegiando l'istanza di certezza giuridica su quella di dife-

<sup>22</sup> Crim., 5 giugno 1984, in *Bull. crim.*, n. 212.

<sup>23</sup> Così F. PALAZZO, *Se e come riformare il tentativo*, cit., p. 217.

sa sociale<sup>24</sup>. Nondimeno, il modello in esame si espone ad un triplice ordine di obiezioni.

Anzitutto, con riferimento ai reati a forma vincolata, il ricorso allo schema dell'inizio di esecuzione si rivela insoddisfacente sotto il profilo politico-criminale, determinando un'eccessiva contrazione dell'alveo di punibilità del tentativo a scapito delle istanze general-preventive e di anticipazione della tutela penale. Se, infatti, si considera penalmente rilevante a titolo di tentativo solo l'atto che realizza almeno un segmento del fatto tipico analiticamente descritto nella norma incriminatrice di parte speciale, la soglia di rilevanza penale del tentativo stesso è giocoforza posticipata ad un momento ormai prossimo alla consumazione. Ragionando in prospettiva esecutivo-formale, ad esempio, non integrerebbe gli estremi del delitto di furto il comportamento di chi si è introdotto nottetempo nell'altrui abitazione, munito di torcia e di strumenti di scasso, ma non ha ancora iniziato ad intraprendere la condotta sottrattiva.

In secondo luogo, il modello in esame presenta limiti ancor più evidenti con riferimento ai reati a condotta libera o "causalmente orientati". Come abbiamo già evidenziato, infatti, alla luce del criterio formale la nozione di atto esecutivo designa quegli atti che realizzano un frammento della condotta tipica descritta dalla fattispecie di parte speciale. Ma, vien da chiedersi, quando l'enunciato normativo di quest'ultima descrive la condotta tipica soltanto in funzione causale, e dunque come un "cagionare" qualcosa, quali sono gli atti che ne realizzano una porzione: qualunque atto della catena causale che integra una *condicio sine qua non* dell'evento o solo l'ultimo atto decisivo che conduce all'epilogo della vicenda criminosa? La questione ha formato oggetto in dottrina di interpretazioni diametralmente opposte nel senso che, mentre per un primo indirizzo nel novero degli atti parzialmente esecutivi si dovrebbe far rientrare ogni atto che integra una *condicio sine qua non* dell'evento e quindi anche una qualsiasi condizione remota causalmente ricollegabile all'evento stesso (come, ad esempio, l'acquisto dell'arma nell'omicidio<sup>25</sup>), in base ad un diverso punto di vista nelle fattispecie a forma libera «la fedeltà all'istanza legalitaria impone di considerare esecutivo solo l'ultimo degli atti diretti alla produzione dell'evento»<sup>26</sup>. Ad ogni modo, quale che sia la soluzione preferibile in merito all'individuazione degli atti esecutivi in questa tipologia di reato, il problema di fondo, ai fini che qui interessano, rimane sostanzialmente irrisolto. Ed invero delle due l'una: o si condivide l'assunto secondo cui sono atti esecutivi tutte le *condiciones sine quibus non* dell'evento, anche le più remote nella catena causale, ed allora il ricorso al criterio esecutivo-formale produce un

<sup>24</sup> I. GIACONA, *Criteri giuridico-formali e giudizi fattuali*, cit., p. 3368.

<sup>25</sup> In tal senso si esprimono: F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., pp. 424-425; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, p. 271.

<sup>26</sup> F. PALAZZO, *Se e come riformare il tentativo*, cit., p. 217. In senso analogo: R. BARTOLI, *Brevi considerazioni sull'elemento oggettivo del delitto tentato*, cit., p. 922; F. CINGARI, *Gli incerti confini del tentativo punibile*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 866.

eccessivo ampliamento della sfera di prensione punitiva del tentativo; o si propende per la tesi opposta, in base alla quale è esecutivo solo l'ultimo degli atti diretti alla produzione dell'evento, ed allora il criterio *de quo* diventa troppo restrittivo, delimitando il raggio di incriminazione del delitto tentato al c.d. "tentativo compiuto", ossia a quelle ipotesi in cui la condotta tipica è stata interamente realizzata ma l'evento non si è verificato per cause indipendenti dalla volontà dell'agente.

La terza obiezione, infine, riguarda gli incerti confini della categoria dei c.d. "atti pre-tipici". Come si è già accennato, per ovviare agli inconvenienti sopra descritti in relazione all'eccessiva contrazione della sfera di applicazione del tentativo, la prospettiva formale è stata progressivamente integrata da un correttivo sostanziale, una sorta di "*escamotage* ermeneutico" consistente nell'estendere la punibilità del tentativo medesimo anche agli atti che, pur non avendo formalmente dato inizio alla realizzazione della fattispecie incriminatrice del reato consumato, sono immediatamente antecedenti a quelli esecutivi e ad essi legati da un rapporto di necessaria interdipendenza<sup>27</sup>. In altri termini, il raggio di prensione del delitto tentato andrebbe esteso a quegli atti formalmente non esecutivi che, per la loro "omogeneità" o "contiguità" con l'azione tipica, ne costituiscono una parte in senso sostanziale. Tale interpretazione correttiva, tuttavia, rischia di far venir meno quello che, per *communis opinio* dottrinale, è considerato il maggior pregio del modello *de quo*, vale a dire l'elevato coefficiente di determinatezza/precisione nell'additare all'interprete i parametri di individuazione dei comportamenti punibili a titolo di reato tentato. Integrando il criterio formale con un criterio di indole sostanziale, infatti, non si fa altro che spostare il fuoco dell'indagine da un terreno ad un altro senza fornire una vera soluzione. Ed invero, l'interrogativo a questo punto diventa il seguente: quali atti non formalmente esecutivi possono essere ricompresi nell'alveo concettuale della pre-tipicità? La risposta non è per nulla scontata, se si considera che, mentre taluni intendono la pre-tipicità in senso "spazio-temporale", e dunque in un'accezione che guarda al grado di sviluppo della condotta distaccandosi il meno possibile dal canone di determinatezza<sup>28</sup>, altri la intendono in senso "teleologico-funzionale", e dunque in un significato che fa leva, non solo e non tanto sulla prossimità cronologica dell'azione rispetto all'evento preso di mira, quanto sulla concreta pericolosità dell'azione stessa<sup>29</sup>.

Passando ora ad occuparci del modello dell'esecuzione in senso materiale, va anzitutto evidenziato che esso, al contrario di quello formale appena descritto, appare

<sup>27</sup> Com'è noto questa teoria (c.d. "materiale oggettiva"), che gode ancora di largo seguito nella dottrina penalistica italiana, risale nella sua originaria elaborazione ai primi decenni del secolo scorso: R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, Tübingen, 1911; O. VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, 1952.

<sup>28</sup> Così, recentemente, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte generale*, Torino, 2008, p. 480, e F. CINGARI, *Gli incerti confini del tentativo punibile*, cit., p. 867.

<sup>29</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 435. Analogamente, M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., I, p. 594.

votato a soddisfare più le istanze di difesa sociale che non quelle di determinatezza. Questa tecnica di tipizzazione del tentativo, infatti, concede all'interprete un ampio margine di discrezionalità nel valutare la rilevanza penale del "conato delittuoso", giacché nella prospettiva sostanzialistica non trova spazio alcuna presunzione di pericolosità legata alla parziale conformità della condotta all'idealtipo normativo: è colui che applica la norma a dover decidere, sulla base di un apprezzamento in concreto dei tratti salienti del fatto storico di volta in volta preso in considerazione, quando un atto è materialmente esecutivo e quando non lo è. Siamo dunque in presenza di un modello che si atteggia diversamente a seconda del parametro di valutazione che viene assunto dall'interprete per giudicare circa il carattere esecutivo o meno dell'atto. Per solito, il principale criterio di riferimento alla luce del quale viene formulato tale giudizio è dato dalla pericolosità della condotta posta in essere dal soggetto agente, ma, nel corso degli anni, sono stati proposti i più svariati criteri per tracciare la linea di confine tra atti preparatori e atti sostanzialmente esecutivi<sup>30</sup>.

Ebbene, il modello in esame, se da un lato ha il pregio della concretezza, affidando al giudice il compito di valutare caso per caso l'indole esecutiva di un atto e la sua pericolosità rispetto al bene tutelato, dall'altro lato presenta un evidente limite sul versante della legalità/determinatezza. Il concetto di esecuzione in senso materiale, infatti, è per certi versi comparabile ad un "contenitore vuoto" che di volta in volta viene riempito dall'interprete con valutazioni di merito, ad alto tasso di discrezionalità, circa la pericolosità o la prossimità sostanziale degli atti compiuti rispetto alla consumazione. Insomma, si tratta di un modello che accentua ulteriormente quel *deficit* di tassatività che, come abbiamo visto, caratterizza e affligge la disciplina del tentativo anche nei sistemi penali più avanzati.

Veniamo, infine, al modello italiano. La formula di cui all'art. 56 c.p. si caratterizza in primo luogo per la sua unicità: essa non è riconducibile, infatti, ad alcun paradigma di tipizzazione riscontrabile nell'odierno scenario comparatistico. Del resto, è noto che i due requisiti dell'univocità e dell'idoneità, su cui poggia l'attuale fattispecie di tentativo, sono concetti "autoctoni" e legati a doppio filo alla tradizione giuridico-penale italiana del secolo precedente. L'idoneità, sia pure riferita ai mezzi e non agli atti, già figurava, in funzione di limite garantistico alla punibilità, nello schermo di tipicità del tentativo così come disciplinato nel codice Zanardelli. Il criterio dell'univocità, pur in assenza di un'esplicita previsione da parte del legislatore liberale, veniva utilizzato dalla dottrina penalistica come canone ermeneutico per decidere circa la natura preparatoria o esecutiva degli atti. Dato atto dell'indubbia originalità della formula normativa prescelta dal codice Rocco per disciplinare il delitto tentato, va però anche rilevato che la tecnica di tipizzazione adottata nell'art. 56 è senz'altro più vicina al

<sup>30</sup> Tra le più recenti ricostruzioni sostanzialistiche si segnala quella di A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, cit., p. 525 ss., secondo cui il "passaggio alla fase esecutiva" va valutato alla stregua del valore umano e sociale della condotta.

modello dell'esecuzione in senso sostanziale che non a quello dell'esecuzione in senso formale. La soglia di rilevanza penale del tentativo, infatti, è individuata nel nostro codice penale attraverso due criteri, l'univocità e l'idoneità, che, lungi dal mutuare la tipicità dall'idealtipo normativo del reato consumato, implicano un apprezzamento sostanziale-concreto della direzione materiale dell'atto e della sua effettiva pericolosità. Non per caso, nella manualistica contemporanea si trova spesso affermato che il nostro legislatore, anziché "prendere a prestito la tipicità" dal modello legale del reato consumato, ha scelto un diverso modello di configurazione del tentativo, consistente nel «tipizzare con una clausola generale gli estremi del pericolo»<sup>31</sup>.

Sennonché, all'assunto-base, senz'altro condivisibile, secondo cui il modello italiano di tipizzazione del tentativo poggia sul fondamento sostanziale dell'esposizione a pericolo dei beni giuridicamente tutelati, la dottrina tradizionale fa seguire una ricostruzione dei requisiti strutturali dell'art. 56 c.p., ed in particolare dell'univocità, molto più coerente con il paradigma esecutivo-formale che non con quello esecutivo-materiale. Ed invero, il criterio che attualmente gode di più largo seguito nell'interpretazione del concetto di univocità è quello che, facendo leva sul grado di sviluppo della condotta, considera univoci proprio gli atti parzialmente corrispondenti alla descrizione legale della fattispecie delittuosa di parte speciale e quelli che si trovano in un rapporto di stretta anticipazione rispetto all'inizio di esecuzione della condotta tipica. Insomma, gli stessi autori che considerano la tecnica di tipizzazione del tentativo adottata dal codice Rocco come nettamente *alternativa* rispetto al modello esecutivo-formale, mostrano poi di indulgere alle suggestioni della "formula magica" dell'inizio di esecuzione per spiegare il requisito dell'univocità. Beninteso, non si vuole qui certamente disconoscere che il grado di sviluppo della condotta rappresenti un importante coefficiente di valutazione della direzione non equivoca di un atto. Né si vuole aprioristicamente negare che la parziale conformità di un atto allo schema legale del reato consumato possa giustificare, in determinate ipotesi, una presunzione di pericolosità. Ciò che ci preme far notare è che, ragionando *de iure condito*, al concetto di univocità non può essere automaticamente attribuito, pena la manifesta incoerenza tra premesse e conclusioni, il significato di "parziale conformità al modello legale del reato consumato". Ed invero, stando all'attuale formulazione dell'art. 56 c.p., un atto parzialmente conforme al tipo legale del reato consumato può risultare in concreto non univoco e dunque non punibile, così come, viceversa, un atto non esecutivo in senso formale può risultare sostanzialmente univoco e dunque penalmente rilevante, se idoneo, a titolo di delitto tentato. Ma sul punto ci soffermeremo meglio nel prossimo paragrafo.

<sup>31</sup> Così, in particolare, F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 425; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 456; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 478.

#### 4. *Il superamento delle ricostruzioni soggettivistico-processuali dell'univocità e le moderne teorie oggettive*

Venendo ora allo snodo centrale dell'indagine, ossia all'analisi degli elementi strutturali del tentativo, occorre anzitutto domandarsi quale significato debba essere assegnato alla proposizione normativa "atti diretti in modo non equivoco" alla commissione di un delitto. Al riguardo, va in primo luogo registrato l'avvenuto superamento, da parte della scienza penalistica contemporanea, della vecchia impostazione secondo cui l'univocità degli atti nel tentativo rappresenterebbe un criterio di indole soggettivo-processuale. In base a quest'ultimo indirizzo, prevalente in seno alla dottrina della prima metà del secolo scorso e ancor oggi seguito da una parte (minoritaria) della giurisprudenza<sup>32</sup>, l'univocità costituirebbe un mero criterio probatorio dell'intenzione del reo di commettere un determinato delitto<sup>33</sup>. Segnatamente, l'univocità denoterebbe, non già un requisito di tipicità del tentativo, ma solo l'esigenza di raggiungere la prova circa il proposito criminoso del soggetto agente, desumibile con tutti i mezzi processuali disponibili: confessione, testimonianze, precedenti del reo, intercettazioni telefoniche e/o ambientali, etc. Negli ultimi decenni, tuttavia, la dottrina ha messo in luce i numerosi ed evidenti limiti di questa impostazione.

In primo luogo, sul piano sistematico, sarebbe del tutto anomalo l'inserimento nel codice penale, in sede di definizione di un istituto di diritto sostanziale come il tentativo, di una disposizione di carattere procedurale, anche in considerazione del fatto che risultano «estremamente rari, specie in disposizioni non strettamente "processuali", i casi di elementi di fatti giuridici posti per svolgere un ruolo limitato esclusivamente al piano dell'accertamento»<sup>34</sup>. In secondo luogo, sul piano logico, una norma che si limitasse a prevedere l'ovvia esigenza della prova del dolo nel delitto tentato risulterebbe assolutamente superflua (posto che tale prova è necessaria per tutti i reati),

<sup>32</sup> Nel senso che la nozione di univocità esprime soltanto l'esigenza che in sede processuale sia raggiunta la prova dell'intenzione criminosa: Cass. pen., sez. VI, 17 febbraio 2004, n. 25040, in *CED Cass.*, rv. 229347; Cass. pen., sez. II, 1° febbraio 1994, Evinni e altro, in *Giust. pen.*, 1994, II, c. 705; Cass. pen., sez. II, 7 febbraio 1992, Mazza, in *Riv. pen.*, 1992, p. 755. Recentemente, sembra ispirarsi alla concezione soggettivistica anche Cass. pen., sez. I, 17 giugno 2008, n. 27767, in *Guida dir.*, 2008, 39, p. 103, secondo cui il requisito dell'univocità degli atti «va accertato ricostruendo, 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».

<sup>33</sup> Tra i più convinti assertori della tesi soggettivistica dell'univocità, L. SCARANO, *Il tentativo*, cit., p. 67 ss. e 87 ss.; G. BETTIOL, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 1982, p. 568 ss., e A. MOLARI, *Sul tentativo nel reato di falso ideologico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1955, pp. 496-497. Di recente, G. AZZALI, *Idoneità ed univocità degli atti. Offesa di pericolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1168 ss. (in part., p. 1186).

<sup>34</sup> M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959, p. 90. In senso sostanzialmente analogo: F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 433; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 274.

risolvendosi in definitiva in una *interpretatio abrogans* del requisito dell'univocità<sup>35</sup>. In terzo luogo, sul piano letterale, nell'enunciato normativo dell'art. 56 c.p. la locuzione "diretti in modo non equivoco" è collegata ad un dato materiale-oggettivo (gli atti esteriori) e non ad un dato psichico (la volontà del soggetto agente). Infine, sul piano del bilanciamento tra le esigenze general-preventive e quelle di garanzia individuale, la tesi soggettivistico-processuale rischierebbe di far regredire la soglia di punibilità del tentativo ad uno stadio molto arretrato dell'*iter criminis*, potenzialmente sino alla prima manifestazione del proposito criminoso (ad esempio: l'acquisto di un'arma da fuoco accompagnato dalla confessione dell'acquirente circa il suo proposito omicida-rio già basterebbe ad integrare un tentato omicidio).

L'acquisita consapevolezza di tali limiti, dunque, negli ultimi decenni ha indotto la (pressoché) concorde dottrina ad abbandonare definitivamente la teoria soggettiva in favore dell'opposta concezione oggettiva dell'univocità. Secondo tale ultima impostazione, la direzione non equivoca degli atti rappresenta in realtà un requisito sostanziale, ossia un "criterio di essenza", e dunque va correttamente intesa, non già come esigenza che sia raggiunta la prova del proposito criminoso in sede processuale, bensì come "una caratteristica oggettiva della condotta"<sup>36</sup>. Sennonché, una volta stabilito che l'univocità rappresenta un attributo oggettivo della condotta e non un criterio di prova, occorre poi specificare in cosa esattamente consista tale attributo. E qui la questione si fa più complessa. Non appena, infatti, si sposta il fuoco dell'indagine dal piano processuale dell'accertamento del fine criminoso, ricavabile anche *aliunde* con tutti gli strumenti probatori disponibili (precedenti penali, personalità del reo, eventuale confessione, testimonianze, intercettazioni, etc.), a quello sostanziale della direzione oggettiva degli atti, la cui "non equivocità" va accertata guardando alla sola condotta tenuta dal soggetto agente in un dato contesto spazio-temporale, il compito dell'interprete diventa inevitabilmente più arduo. Le difficoltà che si incontrano interpretando in chiave oggettiva il concetto di univocità, del resto, si riflettono emblematicamente nella recente riflessione dottrinale, in seno alla quale si registra su questo tema un contrasto di opinioni che appare ancor oggi lontano da una soluzione. Questa notevole divergenza di vedute all'interno del comune filone oggettivistico si spiega, da un lato, con la "fisiologica" ambiguità, riscontrabile già sul piano semantico-lessicale, del-

<sup>35</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 465.

<sup>36</sup> Per la posizione attualmente dominante in dottrina, v. le note che precedono. Per quanto riguarda la giurisprudenza, l'orientamento prevalente sembra privilegiare una ricostruzione in senso oggettivo dell'univocità. In tal senso si esprime, da ultimo, Cass. pen., sez. I, 24 settembre 2008, cit., nella quale si trova affermato con particolare chiarezza che «la direzione non equivoca indica, 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». Conf., tra le altre: Cass. pen., sez. I, 15 dicembre 2006, M. e altro, in *Guida dir.*, 2007, 11, p. 73; Cass. pen., sez. II, 4 luglio 2003, n. 36283, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2243; Cass. pen., sez. I, 23 ottobre 1997, De Gregorio e altro, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1110.

l'espressione "direzione non equivoca" degli atti e, dall'altro lato, con la difficoltà di attribuire a tale concetto un significato "funzionalmente appagante", in grado cioè di contemperare le esigenze repressive con quelle di legalità. Attualmente, comunque, si contendono il campo tre concezioni (almeno *lato sensu*) "oggettive" dell'univocità.

In base ad un primo indirizzo, risalente nella sua prima formulazione agli anni '60 del secolo scorso ma ancora autorevolmente patrocinato in seno alla dottrina contemporanea, la non equivocità degli atti va accertata mediante una sorta di "doppio riscontro"<sup>37</sup>. Da un lato, infatti, occorre individuare il delitto preso di mira dal soggetto agente, cioè il secondo termine del rapporto di relazione designato dalla locuzione "atti diretti in modo non equivoco a commettere *un delitto*", e ciò può avvenire soltanto riferendosi al fine perseguito dall'agente medesimo: «se questi ha previsto la commissione di un certo delitto, la ricerca sull'univocità può essere impostata ed è contemporaneamente fissato il secondo elemento della relazione»<sup>38</sup>. Questo piano di ricognizione, secondo la tesi in parola, non porrebbe problemi di interferenza con l'indagine relativa all'aspetto psichico, giacché «altro è rifarsi all'intenzione per individuare gli elementi che intervengono quali termini del rapporto e altro è far incidere la accertata volontà intenzionale nella formulazione del giudizio»<sup>39</sup>. Dall'altro lato e correlativamente, una volta conseguita anche *aliunde* la prova del fine perseguito dal soggetto agente, occorre procedere ad un'ulteriore verifica, che consiste nell'accertare se gli atti compiuti, riguardati nella loro dimensione oggettiva, riflettano o meno in modo *certo* la direzione verso quel determinato fine già previamente individuato<sup>40</sup>. Affinché vi sia univocità, dunque, gli atti devono mostrare oggettivamente, alla luce di un giudizio formulato secondo la ragionevole considerazione dell'osservatore esterno, ossia alla stregua dell'*id quod plerumque accidit*, «di essere diretti in modo non dubbio alla commissione del particolare delitto, già individuato attraverso il "fine"»<sup>41</sup>.

Secondo un diverso punto di vista, invero oggi decisamente minoritario, l'univocità sussiste quando gli atti, riguardati nel contesto in cui si inseriscono, sono tali da denotare "di per sé" il proposito criminoso perseguito dal soggetto agente<sup>42</sup>. Secondo

<sup>37</sup> M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, cit., p. 87 ss.; ID., *Tentativo*, in *Enc. giur.*, vol. XXX, Roma, 1993, p. 3; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 464 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 274-275.

<sup>38</sup> M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, cit., p. 118.

<sup>39</sup> Ancora, M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, cit., p. 118.

<sup>40</sup> È importante segnalare che la tesi *de qua* assume la locuzione "atti diretti in modo non equivoco" nel significato di direzione "certa", "non dubbia", e non come sinonimo di direzione "unica". Si noti anche che G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 465, pur rimandando esplicitamente alla tesi di Siniscalco, impiegano una terminologia parzialmente divergente da quest'ultimo, richiedendo che gli atti riflettano «in maniera sufficientemente *congrua*» la direzione verso il fine criminoso.

<sup>41</sup> M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, cit., pp. 123-124.

<sup>42</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, a cura di L. Conti, Milano, 2003, p. 489 ss.; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2007, p. 455; A. PAGLIARO, *Principi di diritto*

questo punto di vista, che trae diretta ispirazione anche da quanto affermato nella Relazione sul progetto definitivo, «se l'univocità costituisce una nota oggettiva del comportamento del reo il suo significato non può essere che questo: *l'azione in sé, per quello che è e per il modo in cui è compiuta, deve rivelare l'intenzione dell'agente*»<sup>43</sup>. A differenza dell'indirizzo sopra descritto, dunque, la tesi in esame intende la "non equivocità", non già come sinonimo di "certezza" della direzione dell'atto verso un fine già previamente individuato, bensì nella sua accezione di "unicità" (o, come anche si usa dire, di "unidirezionalità"), nel senso che, guardando alla condotta nel suo profilo oggettivo, l'osservatore esterno deve essere in grado di stabilire, per ciò solo, verso quale delitto essa è indirizzata: «per potersi parlare di univocità è necessario che il soggetto agente ponga in essere una condotta che, secondo *l'id quod plerumque accidit*, non viene compiuta se non per commettere quel dato fatto criminoso»<sup>44</sup>. Nel formulare tale giudizio, tuttavia, non si deve prendere in considerazione un singolo atto isolatamente, ma l'intera azione nel complesso delle circostanze di tempo e di luogo in cui essa si è svolta.

Un terzo indirizzo, che oggi registra numerosi ed autorevoli consensi in seno alla dottrina penalistica, ricostruisce l'univocità con esclusivo riferimento al grado di sviluppo della condotta, considerando "non equivoci" quegli atti che abbiano raggiunto, nella sequenza complessiva dell'*iter criminis*, un grado di sviluppo molto prossimo alla consumazione. Per fissare la soglia di rilevanza penale degli atti compiuti, cioè per valutare se sia stato raggiunto o meno il grado di sviluppo dell'azione "minimo indispensabile" ai fini della punibilità a titolo di delitto tentato, i sostenitori dell'indirizzo *de quo* assumono come parametro di riscontro la parziale conformità allo schema legale della fattispecie incriminatrice di parte speciale che configura il reato consumato, secondo il già descritto modello dell'esecuzione in senso formale (v. *supra*, § 3). L'area della punibilità, inoltre, viene ormai comunemente estesa anche agli atti c.d. pre-tipici, cioè a quegli atti che, pur non integrando neanche una porzione della condotta tipica, risultano a quest'ultima correlati da un rapporto di stretta anticipazione (c.d. teoria materiale-oggettiva)<sup>45</sup>. Alla luce di questa soluzione interpretativa, dunque, l'univocità sussiste in un triplice ordine di ipotesi: quando, nei reati materiali (o con

*penale, parte generale*, cit., p. 525 ss. Va però rilevato che quest'ultimo autore, pur interpretando l'univocità nel senso di "unidirezionalità", assume poi come punto di riferimento del relativo giudizio la parziale realizzazione della condotta tipica descritta dalla fattispecie di parte speciale che il soggetto intendeva realizzare (da intendersi alla luce del criterio, di indole sostanzialistica, della "coscienza sociale").

<sup>43</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 492.

<sup>44</sup> Vedi nota precedente.

<sup>45</sup> Nella dottrina più recente si orientano in tal senso, al di là delle diverse formule impiegate per definire l'univocità: M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., I, p. 594; F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., pp. 434-435; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 479-480; F. CINGARI, *Gli incerti confini del tentativo punibile*, cit., p. 867 s.

evento in senso naturalistico), la condotta tipica è stata interamente eseguita ma non si è verificato l'evento; quando la condotta tipica è stata realizzata solo parzialmente (sia nei reati formali che in quelli materiali); quando sono stati posti in essere atti immediatamente antecedenti a quelli esecutivi.

### 5. Direzione degli atti e grado di sviluppo della condotta

La riflessione sull'univocità non può che prendere le mosse, a nostro sommo avviso, da un dato che appare oggi incontestabile: nello schermo di tipicità dell'art. 56 c.p. il requisito della "direzione non equivoca" degli atti verso la commissione di un determinato delitto va ascritto al *genus* concettuale dell'elemento oggettivo e, più in particolare, rientra in quella sotto-categoria classificatoria che, impiegando la terminologia propria della teoria generale del reato, si designa con l'espressione "modalità della condotta". In altri termini, la condotta tipica di tentativo si sostanzia nel compimento di uno o più atti che, riguardati oggettivamente, devono possedere, in rapporto al delitto consumato preso di mira, due connotati essenziali: l'idoneità e l'univocità. Ne discende che, in sede di interpretazione della norma incriminatrice del delitto tentato, l'univocità dovrà essere ricostruita alla stregua delle stesse regole di giudizio che presiedono alla ricognizione degli elementi essenziali del fatto tipico in ogni altra fattispecie di reato.

Già questa prima considerazione di carattere generale, apparentemente banale, se sviluppata in tutte le sue logiche implicazioni può in realtà condurre a risultati di assoluto rilievo ai fini della nostra indagine. Ed invero, se si afferma, come ormai comunemente suol farsi in seno alla dottrina penalistica, che l'univocità fa parte dell'elemento oggettivo del delitto tentato, contrassegnando, unitamente all'idoneità, le "modalità della condotta tipica" di cui all'art. 56 c.p., occorre poi sforzarsi di interpretare la locuzione normativa "atti diretti in modo non equivoco" alla stregua di criteri diagnostici il più possibile "autosufficienti", evitando di chiamare in causa i profili probatori del fatto e di ingenerare così perniciose commistioni tra il piano di indagine processuale e quello sostanziale. Lo stesso modello analitico di "lettura" del fatto criminoso, oggi pacificamente accolto nella teoria generale del reato, impone di tenere ben distinto, sia sotto il profilo concettuale-definitorio che in sede applicativa, il piano della ricostruzione del fatto storico dal piano della interpretazione della norma incriminatrice ai fini dell'enucleazione della tipicità. Se così non fosse, infatti, verrebbe meno "in radice" la logica di garanzia e di verificabilità *ex post* delle decisioni giudiziarie (*sub specie* di controllo sulla motivazione) sottesa al c.d. "giudizio di conformità al tipo". Vera la premessa, resta dunque confermata la fondatezza delle critiche rivolte dalla dottrina in atto maggioritaria alle concezioni soggettivistico-processuali dell'univocità. Ma per le stesse ragioni, a ben riflettere, va respinta anche la più moderna tesi che abbiamo definito del "doppio riscontro". Quest'ultimo indirizzo, infatti, per quanto rappresenti un'indubbia evoluzione rispetto alle tesi che consideravano l'uni-

vocità come un mero criterio di prova, si espone ad alcune obiezioni di fondo, correlate all'anzidetta sovrapposizione dei piani di accertamento.

In primo luogo, la previa individuazione in sede processuale del fine criminoso perseguito dal soggetto agente non può non incidere sulla formulazione del successivo giudizio di "sufficiente congruità", inficiandone la natura asseritamente oggettiva. Ed invero, «l'idea di postulare un termine di relazione costruito in funzione del (solo) delitto avuto di mira dall'agente sembra trascurare la possibilità di distinguere, già su di un piano rigorosamente obiettivo, l'elemento dell'univocità della condotta rispetto alla successiva indagine inerente all'accertamento del dolo»<sup>46</sup>. Tale assunto, a ben vedere, finisce per vanificare il ruolo tipizzante dell'univocità, giacché, se quest'ultima viene intesa, non già come unicità direzionale, bensì come corrispondenza obiettiva, esteriormente riconoscibile secondo l'*id quod plerumque accidit*, tra l'atto compiuto ed il fine previamente individuato con tutti gli elementi di prova disponibili, il riscontro di "sufficiente congruità" rischia di risolversi in una sorta di "razionalizzazione a posteriori" di una decisione già presa in base alla sola indagine sull'elemento soggettivo.

In secondo luogo e correlativamente, se si rapporta la valutazione di congruità obiettiva ad un fine criminoso previamente individuato in base a tutte le risultanze probatorie, si rischia di dilatare eccessivamente l'area di prensione punitiva del tentativo. Ed invero, rispetto ad un determinato delitto, che si assume preventivamente come termine di riferimento della condotta in base al piano criminoso dell'agente, «la quasi totalità degli atti, anche quelli meramente iniziali e preparatori, [...] finiscono per apparire pressoché sempre univoci»<sup>47</sup>.

In terzo luogo, infine, bisogna sempre tener presente che, al di là delle enunciazioni teoriche sulla priorità dell'accertamento del fine criminoso, in concreto la prova dell'intenzione viene il più delle volte dedotta dalle modalità obiettive di svolgimento del fatto, attraverso un ragionamento inferenziale che si avvale di massime di comune esperienza. Anche allargando l'orizzonte al piano processuale, infatti, in tutti i casi in cui non si disponga di mezzi di prova idonei a far risultare con immediatezza lo scopo criminoso perseguito dal reo (quali, ad esempio, la confessione dell'imputato e/o le intercettazioni telefoniche o ambientali), il dolo può essere ricavato esclusivamente in via indiretta, prendendo in considerazione «tutte le circostanze esterne che in qualche modo possono essere espressione degli atteggiamenti psichici o comunque accompagnarli od essere con essi collegate»<sup>48</sup>. Ne discende che la tesi in esame finisce per incorrere in un macroscopico "circolo vizioso speculativo": si fa leva sull'elemento intenzionale per accertare l'univocità di un atto che, a sua volta, concorre in modo decisivo a ricostruire tale intenzione<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> G.A. DE FRANCESCO, *Sul tentativo punibile*, in *Studium iuris*, 1999, p. 256.

<sup>47</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 434.

<sup>48</sup> V., per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., pp. 313-314.

<sup>49</sup> Sottolinea tale incongruenza anche G. MONTANARA, *Tentativo*, cit., p. 124.

Tanto considerato in merito alla necessità di impostare correttamente il problema, evitando fuorvianti quanto infruttuose sovrapposizioni tra i diversi piani di accertamento, va dato atto alle recenti tesi che postulano un ritorno al modello dell'esecuzione in senso formale (con il correttivo della pre-tipicità) come schema interpretativo dell'attuale norma sul delitto tentato, di aver compiuto un decisivo passo avanti nel processo di graduale "oggettivizzazione" del giudizio di univocità. Uno dei principali meriti di tali concezioni, infatti, consiste nell'aver ricostruito il requisito della "direzione non equivoca degli atti" alla stregua del parametro oggettivo della parziale conformità al tipo, assumendo come punto di riferimento esclusivo del relativo riscontro "il grado di sviluppo della condotta". Sennonché, ciò che non convince di questa impostazione, al di là dei limiti intrinseci di applicazione di cui si è già ampiamente dato conto (v. *supra*, § 3), è che si vuole interpretare l'attuale fattispecie di delitto tentato alla luce di un modello, quello incentrato sulla tradizionale distinzione tra preparazione ed esecuzione, da cui il nostro legislatore codicistico si è consapevolmente e dichiaratamente discostato. Ed invero, se si muove dalla premessa di fondo, condivisa dai più autorevoli sostenitori della teoria materiale-oggettiva, secondo cui il modello di configurazione del tentativo prescelto dal codice Rocco si caratterizza nel panorama comparatistico per la sua originalità, essendo esso incentrato sulla tipizzazione degli estremi del pericolo anziché sullo schema dell'inizio di esecuzione del reato di parte speciale (come invece avviene in altri ordinamenti), non pare poi del tutto coerente ricostruire uno dei due requisiti strutturali dell'art. 56 c.p., ossia l'univocità, alla luce di un criterio diagnostico – la parziale conformità al tipo – mutuato proprio da quel modello esecutivo-formale che si è previamente catalogato come diverso ed alternativo rispetto al paradigma italiano. In altri termini, seguendo l'indirizzo in esame si finisce per interpretare la locuzione "atti diretti in modo non equivoco a commettere un delitto" come sinonimo di "cominciamento dell'esecuzione" o di "parziale realizzazione di fattispecie", rischiando così di tradire sia lo spirito che il tenore letterale dell'art. 56 c.p.

Il discorso cambia, come ovvio, se si ragiona esclusivamente in una prospettiva *de lege ferenda*, giacché è pienamente legittimo auspicare una riformulazione della norma sul tentativo alla luce del modello esecutivo-formale; ma, *rebus sic stantibus*, siamo tenuti ad interpretare la norma sul tentativo per quello che essa effettivamente dice, non per quello che essa dovrebbe dire. Beninteso, non si vuole qui certamente riconoscere l'intima correlazione logico-concettuale tra "univocità degli atti" e "grado di sviluppo della condotta": non pare revocabile in dubbio, infatti, che una condotta, per essere considerata oggettivamente inequivoca, deve aver raggiunto uno stadio molto avanzato di evoluzione verso il delitto preso di mira. Ciò che si vuol dire è che, nel nostro ordinamento, il *criterium individuationis* della soglia di rilevanza penale del "conato delittuoso" non è rappresentato dalla parziale conformità al tipo. Il ricorso al criterio dell'inizio di esecuzione in senso formale come parametro esclusivo di valutazione del grado di sviluppo della condotta, infatti, rischia di spostare surrettiziamente

il fulcro del giudizio di univocità al di fuori del binario tracciato dall'art. 56 c.p. Basti considerare che, ragionando in tale prospettiva, l'interprete potrebbe, per un verso, considerare penalmente irrilevante un atto che, pur non avendo formalmente dato inizio all'esecuzione della fattispecie incriminatrice di parte speciale, è diretto senza alcun dubbio ed unilateralmente verso un determinato delitto e, per altro verso, considerare rilevante a titolo di tentativo un atto che, pur risultando formalmente corrispondente ad una porzione del fatto tipico, non ha ancora sostanzialmente raggiunto la soglia di punibilità in quanto, nel momento in cui si formula il giudizio, è ancora suscettibile di "deviazione" verso un altro risultato o di "esaurimento" in una condotta penalmente neutra. Né varrebbe a superare tali obiezioni il correttivo della pre-tipicità. Ed invero, a parte le già riferite incertezze di carattere generale in merito alla definizione-delimitazione di questa controversa categoria di atti, va rilevato che le due varianti interpretative della pre-tipicità che oggi godono di più largo seguito in dottrina (cui si è già fatto cenno *supra*, § 3) non sembrano in grado di armonizzare il modello dell'inizio di esecuzione con la disciplina del tentativo contenuta nell'art. 56 c.p.

Preso atto di tutto ciò, se davvero vogliamo pervenire ad una soluzione interpretativa coerente con la *ratio* sottesa all'istituto del tentativo nel nostro ordinamento, bisogna sforzarsi di enucleare il concetto di univocità prescindendo sia dal vecchio "criterio di prova" che da quello di "parziale conformità al tipo", talché l'indagine sull'intenzione dell'agente e sul piano criminoso di quest'ultimo deve essere tenuta distinta da quella sulla obiettiva direzione degli atti. Al riguardo, appaiono quanto mai attuali le parole utilizzate, quasi un secolo fa, dal Ministro guardasigilli nella già menzionata Relazione sul libro I del *Progetto definitivo di un nuovo codice penale*: la locuzione "direzione non equivoca", «nella quale sono state soppresse le parole "al fine", rende chiara la necessità della obiettiva direzione degli atti all'evento, ossia stabilisce che non sarebbe bastevole a far ricorrere il requisito dell'univocità la conoscenza *aliunde* della intenzione dell'agente, ma occorre che gli atti la rivelino per sé, per quello che sono, per il modo come sono compiuti»<sup>50</sup>. Ed invero, solo se inteso in questa accezione restrittiva il requisito dell'univocità è in grado di svolgere un'autentica funzione tipizzante all'interno dell'art. 56 c.p., atteso che la soglia di obiettiva "non equivocità" della condotta coincide giocoforza con uno stadio molto avanzato di sviluppo dell'*iter criminis*. L'indagine sulla direzione obiettiva degli atti, com'è ovvio, non può essere però condotta in modo "atomistico", prendendo in considerazione un singolo atto, avulso dal contesto in cui è stato posto in essere, e pretendendo che esso, isolatamente considerato, sia in grado di rivelare *di per sé* lo specifico obiettivo criminoso perseguito dal soggetto agente, ma occorre prendere in esame l'intera condotta di tentativo e dunque valutare gli atti di cui tale condotta si compone, non già isolatamente, bensì nel loro rapporto di reciproca interdipendenza e di concatenazione dinamica. Come affermava

<sup>50</sup> *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli, on. Alfredo Rocco, Roma, 1929, V, pt. I, p. 101.*

già molti decenni or sono un celebre studioso, dunque, «bisogna considerare tutta l'azione nel complesso delle circostanze di tempo e di luogo in cui si è svolta»<sup>51</sup>. In quest'ottica, rivestono primaria importanza le “modalità del giudizio”, soprattutto in relazione ai parametri con cui si valuta se la condotta di volta in volta presa in considerazione è diretta o meno verso un determinato risultato. Segnatamente, vengono qui in rilievo i due rispettivi profili del “metro” e della “base” del giudizio.

Con riguardo al primo profilo, è ovvio che non si può pretendere, pena l'eccessiva contrazione del raggio di prensione punitiva del tentativo, che gli atti ci rivelino oggettivamente lo specifico delitto preso di mira dall'agente con un coefficiente di implicazione corrispondente a quello espresso da una legge scientifica a carattere predittivo (per cui dato A, possiamo predire che B si verificherà invariabilmente e cioè nel 100% dei casi: rapporto c.d. di “interdipendenza necessaria” tra due fenomeni). Bisogna viceversa “accontentarsi” del grado di previsione normalmente correlato alle c.d. generalizzazioni empiriche del senso comune (o massime di comune esperienza): sussiste univocità quando ci troviamo di fronte ad una condotta che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, non viene realizzata *se non* per commettere quel determinato delitto, ossia quando il compimento di uno o più atti non può essere *ragionevolmente* considerato come tendente ad un diverso risultato. Del resto, mutuando per un attimo il lessico della gnoseologia, la direzione di un atto, assunta come “dato conoscibile”, è senz'altro suscettibile di essere presa in considerazione dal “soggetto conoscente” anche in una prospettiva esclusivamente oggettiva. A conferma di ciò, basti richiamare alla memoria l'insegnamento di Francesco Carrara, che paragonava l'esecuzione di un delitto alla effettuazione di un viaggio in treno<sup>52</sup>. Ebbene, parafrasando (ed aggiornando) tale similitudine, poniamo che Tizio decida di intraprendere un viaggio su un treno *eurostar* che parte da Napoli ed arriva a Milano fermando nelle stazioni intermedie di Roma Termini, Firenze Santa Maria Novella e Bologna centrale. Al momento della partenza dalla stazione di Napoli l'unico dato obiettivamente certo è che il treno si dirige verso nord ma non possiamo ancora sapere se Tizio intende recarsi a Roma, a Firenze o a Bologna. Quando però, ad un certo punto del tragitto, constatiamo che Tizio non è sceso dal proprio vagone all'ultima stazione intermedia di Bologna centrale, possiamo affermare con certezza che la mèta del viaggio è la città di Milano, anche se il treno dovrà ancora percorrere molti chilometri per raggiungere tale destinazione finale. Lo stesso vale, *mutatis mutandis*, per il giudizio sulla direzione degli atti nella sequenza dell'*iter criminis*. Ciò che rileva ai fini del giudizio di univocità,

<sup>51</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 1955, p. 343. Questa impostazione, che si trova riproposta, senza variazioni di rilievo, anche nell'ultima edizione del manuale (2003), curata da L. Conti, è oggi sostanzialmente condivisa anche da F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 455, e da P. PIRAS, *Delitto tentato*, in *Diritto penale, serie I Dizionari sistematici*, a cura di F. Giunta, Milano, 2008, p. 331 ss.

<sup>52</sup> F. CARRARA, *Sunto di alcune lezioni sul grado della forza fisica nel delitto (conato, complicità)*, Lucca, 1859, p. 27.

infatti, non è la contiguità spazio-temporale degli atti all'inizio di esecuzione della condotta tipica del reato perfetto (anche se essa può senz'altro rappresentare un importante sintomo di unidirezionalità), ma è la obiettiva assunzione, da parte degli atti medesimi, di una direzione logicamente incompatibile con ogni altra "destinazione".

Per quanto attiene al secondo profilo, la base del giudizio deve ricomprendere le circostanze oggettive che contrassegnano in concreto le modalità di svolgimento del fatto, con esclusione di tutte le informazioni inerenti al proposito criminoso del soggetto agente che siano state ricavate *aliunde*, attraverso mezzi di prova (o di ricerca della prova) come la confessione, le testimonianze, le intercettazioni e quant'altro. Altrimenti si rischia di far retrocedere la soglia di incriminazione del delitto tentato ad una fase molto remota (e certamente non ancora pericolosa per il bene tutelato) del procedimento criminoso. Così, ad esempio, basterebbe la confessione resa nel corso del processo dall'imputato, o un'intercettazione telefonica da cui risulta che quest'ultimo intendeva uccidere un proprio nemico, per far ritenere "univoca", rispetto al programmato omicidio, anche una condotta meramente iniziale e preparatoria come quella consistente nell'acquisto di un'arma da fuoco. Per converso, è pienamente legittimo enucleare la non equivocità della direzione degli atti dalle oggettive modalità del fatto, riguardate nel loro concreto svolgimento. E dunque, facendo nuovamente ricorso ad un esempio, può senz'altro considerarsi univoca, rispetto al delitto di rapina, la condotta di quei malviventi che vengono sorpresi nell'atto di accingersi a fare ingresso in una banca con armi in pugno, calze per mascherarsi e sacchi per la refurtiva. In quest'ultimo caso, infatti, siamo in presenza di atti che, secondo la comune esperienza, non vengono realizzati *se non* per commettere una rapina in banca.

## 6. Il ruolo dell'idoneità nella struttura dell'art. 56 c.p.

Nella struttura del tentativo delineata dall'art. 56 c.p. il requisito dell'idoneità degli atti svolge una duplice funzione, rispettivamente di limite garantistico alla punibilità delle condotte inoffensive e di criterio di tipizzazione del pericolo<sup>53</sup>. In primo luogo, infatti, nel nostro ordinamento non è mai punibile chi compie atti diretti a commettere un delitto allorquando tali atti risultino intrinsecamente privi di idoneità rispetto al conseguimento dell'obiettivo preso di mira, a prescindere dall'intensità del proposito criminoso e dal grado di sviluppo della condotta. In secondo luogo, quale che sia il punto di vista da assumere nel formulare la c.d. "prognosi postuma", quello dell'osservatore esterno (base parziale) o quello della vittima titolare del bene protetto (base totale), la "porta principale" attraverso cui il pericolo trova ingresso nella fattispecie di tentativo è proprio il requisito dell'idoneità. Di talché questo requisito incarna, a

<sup>53</sup> La dottrina maggioritaria è concorde su questo punto. Cfr., tra gli altri, M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., I, p. 591; F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 431; F. RACCIA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 454.

un tempo, un presidio garantistico contro gli eccessi punitivi del diritto penale della volontà, circoscrivendo la sfera di prensione dell'art. 56 c.p. alle sole manifestazioni esterne della volontà criminosa che si sostanzino in comportamenti potenzialmente lesivi sul piano oggettivo, e un criterio di tipizzazione del tentativo (e dunque di selezione delle condotte penalmente rilevanti) incentrato sull'esposizione a pericolo del bene tutelato.

Il ruolo di centrale importanza acquisito dal criterio dell'idoneità con l'art. 56 del codice Rocco ha però sensibilmente acuito le difficoltà esegetiche che, già sotto la vigenza del codice Zanardelli, avevano animato il dibattito penalistico sui requisiti strutturali del tentativo. Il tema dell'idoneità, infatti, pur formando storicamente oggetto di un costante sforzo di elaborazione da parte della dottrina penalistica, ha sempre dato adito ad incertezze ed oscillazioni interpretative, correlate sia alla natura che alle modalità del relativo giudizio. Ciò nonostante, l'impegno ermeneutico dispiegato su questo fronte negli ultimi anni ha prodotto risultati soddisfacenti, almeno in relazione ad alcune questioni di fondo (segnatamente: natura, momento e oggetto del giudizio) che risultavano "aperte" fino a pochi decenni or sono, talché possiamo oggi affermare che sussistono *in subiecta materia* alcuni "punti fermi", riassumibili nel modo seguente: l'idoneità va intesa, non già in termini strettamente causali, bensì come "capacità potenziale", ossia come attitudine degli atti al conseguimento del risultato perseguito (commissione di un determinato delitto); il giudizio di idoneità deve essere formulato *ex ante*, secondo lo schema della c.d. "prognosi postuma", nel senso che il giudice, pur trovandosi ovviamente a decidere su un fatto già accaduto, deve retrocedere mentalmente ad un preciso punto nel passato, collocandosi col pensiero nel momento in cui l'azione è stata compiuta; l'idoneità dell'atto deve essere valutata "in concreto" e non in astratto, nel senso che il giudice deve valutare la condotta di tentativo nel contesto della situazione di fatto in cui il soggetto concretamente ha operato. Per converso, permane in seno alla dottrina un contrasto di opinioni non ancora definitivamente sopito su due snodi essenziali del giudizio di idoneità, tra loro strettamente correlati: quali circostanze devono essere prese in considerazione dal giudice ai fini di tale giudizio (problema della "base" del giudizio)? Qual è la "misura" richiesta affinché possa parlarsi di condotta idonea alla commissione del delitto preso di mira (problema del "grado" del giudizio)?

### *7. Le questioni ancora sul tappeto: il duplice problema della "base" e della "misura" del giudizio*

Cominciando col prendere in esame la controversa questione della "base" del giudizio di idoneità, va subito detto che su questo tema la dottrina appare oggi divisa su due opposte sponde interpretative. In base ad un primo orientamento, che potremmo definire tradizionale e che fino a qualche anno or sono risultava prevalente, il giudizio di idoneità deve poggiare su una base parziale di circostanze, nel senso che il giudice

deve prendere in considerazione, ai fini di tale giudizio, solo le circostanze conosciute dal soggetto agente o generalmente conoscibili da un osservatore esterno posto nel luogo e al tempo della condotta (tesi c.d. della “base parziale *ex ante*”)<sup>54</sup>. In base ad un più recente indirizzo, viceversa, il giudice deve tener conto di tutte le circostanze oggettivamente esistenti al momento dell’azione, anche se conosciute successivamente (tesi c.d. della “base totale *ex ante*”)<sup>55</sup>. Come è stato autorevolmente osservato, le tesi appena descritte riflettono, sia pure in modo soltanto tendenziale, due contrapposte visioni del diritto penale: l’una, di stampo soggettivistico, che privilegia le istanze general-preventive e di difesa sociale correlate all’incriminazione del tentativo; l’altra, più coerente con un diritto penale di impronta oggettivistica, che accorda precedenza alle esigenze di garanzia individuale e di *extrema ratio* correlate al principio di offensività<sup>56</sup>. La prima soluzione offre l’indubbio vantaggio di soddisfare le anzidette istanze di anticipazione della tutela penale in chiave general-preventiva, consentendo di punire anche condotte che, pur apparendo pericolose ad un osservatore imparziale, in realtà non lo sono se si considerano tutte le circostanze esistenti al momento dell’azione (es.: Tizio spara a Caio con un fucile difettoso o scaricato nottetempo da Sempronio). Ma il prezzo da pagare è davvero alto. Oltre ad implicare la possibilità di un generalizzato scavalco del principio di offensività (di cui si dirà tra breve), infatti, la tesi della base parziale suscita perplessità sotto due ulteriori profili: da un lato, essa comporta un’evidente commistione tra l’accertamento di un dato oggettivo (la sussistenza del pericolo come elemento di fattispecie) ed il ricorso ad uno schema di ascrizione della responsabilità maggiormente afferente all’alveo concettuale della colpevolezza, qual è quello della “conoscibilità” da parte di un modello di agente rappresentato dall’“osservatore esterno mediamente avveduto”; dall’altro lato, l’assunzione della “base parziale” introduce nel giudizio di idoneità «un fattore di notevole incertezza nella determinazione delle circostanze “ragionevolmente conoscibili”»<sup>57</sup>. Basti pensa-

<sup>54</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 497; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, cit., pp. 524-525; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., I, p. 591; G. MONTANARA, *Tentativo*, cit., p. 123.

<sup>55</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 461; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 342. V. anche: F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Milano, 1994, p. 50 ss., 299 ss., *passim* (di recente questo autore ha parzialmente mutato opinione proponendo di sanzionare penalmente, nell’ambito di una nuova fattispecie di tentativo, sia le ipotesi di idoneità a base totale che quelle di idoneità a base parziale ma con una tangibile differenziazione di pena correlata al diverso coefficiente di gravità delle due rispettive situazioni: *Un modello di tentativo per il codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1089 ss.); I. GIACONA, *Il concetto di idoneità*, cit., p. 351 ss., 213 ss., *passim*; ID., *Criteri giuridico-formali e giudizi fattuali*, cit., p. 3375 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sulla riforma del tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 715 ss.

<sup>56</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 204.

<sup>57</sup> Così, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 481, che pure sembra preferire l’adozione di una base parziale.

re, a tale ultimo riguardo, al caso di chi spara alla vittima designata da una distanza di tiro molto elevata, magari al limite del raggio di portata dell'arma: che *standard* di conoscenze tecniche si richiede nell'osservatore esterno? Deve forse trattarsi di un esperto di balistica? E ancora: nel tradizionale esempio in cui Tizio provi a far fuoco contro Caio senza aver disinserito la sicura dell'arma, questa circostanza si può annoverare o meno tra quelle ragionevolmente conoscibili dall'osservatore imparziale? Ma l'elenco potrebbe continuare.

La seconda opzione interpretativa ha il merito di essere più rispettosa del principio di offensività, subordinando la punibilità del tentativo alla reale esposizione a pericolo dei beni tutelati dall'ordinamento. Per converso, essa rischia di comprimere eccessivamente il raggio di prescrizione punitiva del delitto tentato, escludendo dall'area di incriminazione dell'art. 56 c.p. un gran numero di condotte apparentemente pericolose ma in realtà inidonee (su base totale) nonché tutti i casi di mancanza occasionale dell'oggetto dell'azione (es.: Tizio spara a Caio che sotto il cappotto indossa un giubbotto antiproiettile; Sempronio infila la mano nella tasca vuota di Mevio al fine di sottrarre il portafoglio da quest'ultimo dimenticato a casa).

Nonostante questo innegabile profilo di "disfunzionalità repressiva", l'indirizzo che propende per l'assunzione di una base totale nel giudizio di idoneità ci pare senz'altro preferibile. Non per caso esso ha riscosso un grado di consenso sempre crescente tra gli studiosi che si sono occupati specificamente di questo tema nel corso degli ultimi anni. In seno alla dottrina penalistica contemporanea, infatti, si sta facendo strada la consapevolezza, più o meno esplicitata nelle riflessioni dedicate all'argomento dai singoli autori, che il modello della base parziale, oltre a rappresentare un "prodotto di importazione" di matrice soggettivistica che mal si concilia con la nostra tradizione giuridico-penale e con l'odierno assetto codicistico del tentativo, finisce per introdurre surrettiziamente una deroga generalizzata ed incontrollabile al principio costituzionale di offensività. Ed invero, affermare che il giudice deve prendere in considerazione, nel formulare il giudizio di idoneità degli atti nel tentativo, soltanto le circostanze ragionevolmente conoscibili o conosciute dal soggetto agente, escludendo quelle effettivamente esistenti al momento dell'azione ma conosciute in seguito, equivale in sostanza ad ammettere la generalizzata punibilità di condotte inoffensive, sostituendo alla verifica giudiziale della reale possibilità di verificazione di un evento di danno nel caso concreto una presunzione *iuris et de iure* di pericolo. Equivale cioè ad affermare che nel nostro ordinamento esiste una sorta di "clausola in bianco" che permette di derogare al principio di offensività anticipando sistematicamente (e senza alcuna possibilità di controllo) la soglia di incriminazione ad una fase prodromica a quella della messa in pericolo dei beni giuridicamente protetti. Beninteso, non si vuole qui certamente sostenere che il principio di offensività riveste carattere "assoluto" e che non esistono nell'ordinamento "reati senza offesa". Al contrario, non v'è dubbio che siamo in presenza di un principio di valore "relativo", che può subire deroghe nel caso in cui l'anticipazione della tutela penale ad uno stadio anteriore a quello minimo

dell'offesa (rappresentato dal "pericolo di lesione"), sia resa necessaria dall'esigenza di tutelare in via preventiva beni di particolare rilievo o interessi che, per tipologia o natura, possono essere efficacemente salvaguardati soltanto in un momento precedente a quello dell'effettiva insorgenza di una situazione di pericolo (basti pensare alle fattispecie criminose c.d.tte "senza offesa" ancor oggi presenti nel codice penale e nella legislazione speciale: reati "ostacolo"; reati "funzione"; reati di pericolo presunto). Ma si tratta, appunto, di casi eccezionali, in relazione ai quali la deroga al principio di offensività trae legittimazione dall'esigenza, anch'essa costituzionalmente rilevante, di apprestare un'efficace tutela a beni, individuali o collettivi, di fondamentale rilievo. Ed infatti in queste ipotesi è sempre possibile una verifica di compatibilità con il dettato costituzionale condotta caso per caso, nel senso che la singola norma incriminatrice sospettata di incostituzionalità può essere sottoposta al vaglio di legittimità della Corte costituzionale. Per converso, non è ammissibile che si utilizzi la norma sul tentativo come una sorta di *passepoutout* attraverso il quale dare ingresso nell'ordinamento a nuove ipotesi di reato senza offesa, sanzionando in via anticipata – attraverso il combinato disposto dell'art. 56 c.p. con la fattispecie di reato consumato di volta in volta presa in considerazione – tipologie di condotte che in realtà non hanno attinto neanche la soglia della messa in pericolo del bene tutelato. La stessa Corte costituzionale, del resto, pur non essendosi finora esplicitamente pronunciata sul problema dell'avvenuta costituzionalizzazione o meno del principio di offensività come "canone di criminalizzazione", ha in più occasioni riconosciuto il rango costituzionale di tale principio come "canone interpretativo", affermando che esso deve presiedere all'interpretazione di tutte le norme penali<sup>58</sup>. Ne discende che anche (ed *a fortiori*) l'art. 56 c.p., in quanto clausola generale di estensione della tipicità penale, deve essere giocoforza interpretato in chiave di offesa. Il che è possibile, per le ragioni sin qui enunciate, solo formulando il giudizio di idoneità alla stregua di una base totale di circostanze.

Anche sul tema della "misura" o "grado" del giudizio di idoneità la dottrina penalistica non è sinora pervenuta a soluzioni condivise. Ed anzi, proprio sul *quantum* di possibilità richiesto perché si possa dire superata la soglia dell'idoneità si registra tuttora un ventaglio di opinioni particolarmente ampio e variegato. In pratica sono state patrocinate tutte le opzioni astrattamente prospettabili: l'idoneità come mera possibilità di verificazione dell'evento<sup>59</sup>; l'idoneità come ragionevole possibilità di raggiungere il risultato<sup>60</sup>; l'idoneità come adeguatezza dell'azione rispetto all'evento

<sup>58</sup> C. cost., 26 marzo 1986, n. 62, in *Giust. pen.*, 1986, I, c. 255 ss. Conf.: C. cost., 11 luglio 1991, n. 333, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2628 ss.; C. cost., 21 novembre 2000, n. 519, in *Cass. pen.*, 2001, p. 818 ss.

<sup>59</sup> F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., p. 259; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, cit., p. 524.

<sup>60</sup> G. NEPPI MODONA, *Il concetto di "idoneità degli atti" e "idoneità dell'azione". Struttura e accertamento*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1963, p. 260.

voluto<sup>61</sup>; l'idoneità come probabilità<sup>62</sup>; l'idoneità come rilevante attitudine a conseguire l'obiettivo preso di mira, intesa in termini più vicini alla probabilità che non alla mera possibilità<sup>63</sup>. Ora, è fin troppo evidente che in questo caso il tradizionale criterio dell'interpretazione letterale non è in grado di fornirci alcun valido ausilio dal momento che, sotto il profilo semantico-lessicale, il concetto di idoneità, inteso come generica "attitudine al raggiungimento di uno scopo", è suscettibile di essere interpretato sia nell'accezione di mera "possibilità" (anche nella sua variante dell'adeguatezza), sia in termini di "probabilità" (che poi altro non è se non "un rilevante grado di possibilità"). Per sciogliere questo interrogativo, dunque, è necessario avvalersi di altri criteri, primo fra tutti quello dell'interpretazione logico-sistemica, facendo leva su argomenti tratti dal diritto positivo. Ebbene, mentre il tenore letterale dell'art. 56 c.p. non può esserci d'aiuto nello stabilire la "misura" di possibilità richiesta per connotare il concetto di idoneità, il capoverso dell'art. 49 c.p., dedicato com'è noto al "reato impossibile", ci offre invece un'indicazione esplicita e decisiva in tal senso. In base a quest'ultima disposizione, infatti, la punibilità è esclusa quando, per "l'inedoneità dell'azione" (o per l'inesistenza dell'oggetto di essa), «è impossibile l'evento dannoso o pericoloso». L'azione inidonea, dunque, è quella che rende impossibile l'evento perseguito. Laddove, viceversa, l'evento sia possibile, la punibilità non è esclusa e trova dunque applicazione l'art. 56 c.p. Insomma, dal combinato disposto degli artt. 56 e 49 c.p. si ricava che l'idoneità va intesa nel tentativo come "non impossibilità", ossia come "mera possibilità" del conseguimento dell'obiettivo criminoso preso di mira. Del resto, se si intendesse l'idoneità in due accezioni diverse, rispettivamente come probabilità nell'art. 56 e come possibilità nell'art. 49, si giungerebbe all'assurdo risultato di applicare una misura di sicurezza nel caso in cui il risultato lesivo sia del tutto impossibile (art. 49, comma 2, c.p.) e di non applicare alcuna sanzione nel caso in cui lo stesso risultato sia soltanto possibile ma non probabile (art. 56 c.p.)<sup>64</sup>. È chiaro che la validità di questa conclusione discende indissolubilmente dall'esattezza delle premesse, nel senso che il ragionamento di cui sopra poggia sul tradizionale assunto per cui il concetto di "idoneità degli atti" nel delitto tentato coincide con quello di "idoneità dell'azione" nel reato impossibile. Se, al contrario, si condivide l'impostazione teorica minoritaria secondo cui il capoverso dell'art. 49 c.p. rappresenterebbe, non già un tentativo inidoneo, bensì il fondamento positivo del principio generale di necessaria lesività del reato (c.d. concezione "realistica" del reato), è giocoforza interpretare le due locuzioni normative in modo assoluta-

<sup>61</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 495. Recentemente, anche F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 431.

<sup>62</sup> E. GALLO, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Padova, 1966, p. 219; I. GIACONA, *Il concetto di idoneità*, cit., p. 203 ss.

<sup>63</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 463.

<sup>64</sup> Così, limpidamente, F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., p. 259.

mente indipendente l'una dall'altra. Ma a noi pare che la prospettiva tradizionale sia in questo caso senz'altro da preferire.

La soluzione interpretativa appena descritta, inoltre, ha l'indubbio pregio di incrementare il coefficiente di determinatezza del giudizio di idoneità, controbilanciando nel contempo la forte contrazione del raggio punitivo del tentativo che conseguirebbe all'auspicata adozione della "base totale". Com'è stato acutamente osservato, infatti, la tradizionale adozione di una base parziale di circostanze nell'ambito di un giudizio formulato in termini probabilistici presenta il grave inconveniente di cumulare due "schemi di lettura" del fatto storico intrinsecamente aleatori: l'uno incentrato sulla complessa attività di selezione, tra tutte le circostanze esistenti al momento della condotta, di quelle "ragionevolmente conoscibili"; l'altro basato sulla graduazione, invero ancor più complessa, del *quantum* di possibilità di verificazione del risultato lesivo<sup>65</sup>. Viceversa, interpretando l'idoneità come "possibilità" di conseguimento dell'obiettivo perseguito (commissione del delitto preso di mira), si addiène ad un giudizio che gli stessi fautori della tesi opposta (*id est*: idoneità come probabilità) non esitano a definire «altamente tassativo» e «poco discrezionale»<sup>66</sup>. In definitiva, dunque, l'opzione ermeneutica più coerente con il dato positivo è anche quella che garantisce un più elevato *standard* di determinatezza nella formulazione del giudizio di idoneità.

<sup>65</sup> G.A. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sulla riforma del tentativo*, cit., p. 718 ss.

<sup>66</sup> I. GIACONA, *Il concetto di idoneità*, cit., p. 203.

