

Università degli Studi di Napoli “Federico II”

Dottorato di ricerca in
Sistema penale integrato e processo

XXV ciclo

Coordinatore del corso di dottorato

Ch.mo Prof. Sergio Moccia

Tesi di dottorato

in Diritto Penale

“ La rilevanza degli atti preparatori
in materia penale “

Tutor

Ch.mo Prof.

Antonio Cavaliere

Candidato

Dott. Antonio D’Anello

A Giulia

Capitolo primo

L'evoluzione della disciplina del tentativo dalle origini al codice Rocco

1.	Il delitto tentato e l'anticipazione dell'intervento penale nel diritto romano ed in quello germanico.....	11
2.	La dottrina del delitto tentato nell'illuminismo penale italiano.....	27
3.	La disciplina del conato tra la fine del XVIII e la prima metà del XIX secolo.....	31
4.	I contributi di Francesco Carrara ed Enrico Pessina.	41
5.	La disciplina del delitto tentato nel codice Zanardelli ed il dibattito dottrinale.....	52
6.	Il tecnicismo giuridico.....	60
7.	Il delitto tentato nel progetto Ferri.....	68
8.	Un bilancio provvisorio.	70
9.	L'evoluzione della dottrina tedesca del delitto tentato.....	77

Capitolo secondo

La nozione e la disciplina dell'atto preparatorio in riferimento al delitto tentato

1.	Le tecniche di anticipazione dell'intervento penale nell'attuale assetto normativo.....	100
2.	Il fondamento della punibilità del delitto tentato nel diritto vigente.....	103
3.	La struttura del delitto di tentato.....	111
4.	Il momento iniziale della punibilità del delitto tentato: un tema ancora da scoprire.....	115
5.	La individuazione della condotta punibile nella teoria generale del reato.....	118
5.1	La natura preparatoria o esecutiva dell'atto alla luce dei contributi dottrinali.....	120
6.	Il ruolo degli atti preparatori ed esecutivi nel codice Rocco.....	143
7.	Il giudizio di idoneità degli atti.....	156
8.	L'univocità degli atti.....	171
9.	Considerazioni critiche.....	178

Capitolo terzo

La criminalizzazione degli atti preparatori

nella parte speciale del codice:

l'esempio del diritto penale politico

1.	La criminalizzazione degli atti preparatori nella parte speciale del codice penale.....	183
2.	Un tentativo di classificazione.....	190
3.	Un utile banco di prova: il diritto penale politico.....	200
4.	Le fattispecie associative politiche.....	206
5.	L'associazione sovversiva (art. 270 c.p.).....	210
6.	La cospirazione politica mediante associazione (art. 305 c. p.).....	218
7.	La banda armata (art. 306 c.p.).....	224
8.	L'associazione con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico (art. 270- <i>bis</i> c.p.).....	233

9.	Brevi cenni sulle nuove fattispecie di arruolamento (art. 270- <i>quater</i> c.p.) e addestramento (270- <i>quinquies</i> c.p.) con finalità di terrorismo anche internazionale.....	243
10.	La definizione di terrorismo alla luce del nuovo del ‘ nuovo ‘ art. 270- <i>sexies</i> c.p.....	247
11.	La disciplina del terrorismo: espressione del ‘ diritto penale del nemico ‘.....	257
12.	Prospettive di riforma.	261
	Bibliografia.....	268

A Giulia

INTRODUZIONE

La criminalizzazione degli atti preparatori in diritto penale costituisce ancora oggi un tema tra « i più dibattuti del diritto penale che ha portato i giuristi quasi alla disperazione »¹ e che, non a caso, ha indotto autorevole dottrina a parlare di un problema insolubile, paragonandolo alla quadratura del cerchio².

Una corretta impostazione dell'analisi della tematica impone uno sforzo sistematico preliminare. Occorre, cioè, stabilire quali siano le tecniche, o meglio gli istituti di cui il legislatore nel tempo si è avvalso per anticipare l'intervento penale al punto da consentire la criminalizzazione di atti preparatori.

La lettura congiunta dell'attuale disciplina codicistica e della normativa complementare consente di affermare che le tecniche di tipizzazione sono essenzialmente due .

La prima consiste nella previsione di un limite di rilevanza generale degli atti valido per l'intero sistema penale, attraverso il ricorso ad un istituto di parte generale, il tentativo. Quest'ultimo, com'è noto, svolge una funzione estensiva della tipicità attraverso un processo di sintesi con qualsiasi fattispecie di parte speciale, purché con esso compatibile.

La seconda è una tecnica di parte speciale. Si creano singole fattispecie attraverso le quali si criminalizzano atti prodromici rispetto alla realizzazione di ulteriori ipotesi delittuose. In tali casi, cioè, si procede ad un'anticipazione dell'intervento ulteriore rispetto a quello già previsto dalla generale disciplina del tentativo.

¹ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, XVI ed., Milano, 2003, pag. 486.

² GEYER A., *Del tentativo*, in *Riv. pen.*, 1881, XIV, 373.

Gli strumenti giuridici di parte speciale utilizzati per ottenere il risultato della anticipazione dell'intervento penale sono tra loro eterogenei. Si passa dalla previsione di fattispecie di attentato, ad ipotesi di reati di pericolo concreto, astratto o presunto³, al ricorso a fattispecie associative e reati di opinione e, ancora, alla criminalizzazione di forme di cospirazione, di mera istigazione o apologia.

La fitta rete di strumenti giuridici a disposizione del legislatore alimenta così la già forte capacità repressiva di cui di per sé è dotato il diritto penale e lascia trasparire non poche perplessità circa la compatibilità di tale sistema di anticipazione dell'intervento penale con i principi costituzionali in materia, anche a causa delle forti oscillazioni che si registrano in sede applicativa⁴.

Occorre, pertanto, valutare se la tensione tra l'essere – proprio della normativa penalistica ordinaria - ed il dover essere – principi sanciti nelle norme costituzionali - sia tuttora compatibile con l'intera impalcatura ordinamentale o se sia tale da comportare un'insanabile rottura con i principi e le garanzie proprie dello stato sociale di diritto.

Le difficoltà della tematica suggeriscono, peraltro, di partire da una indagine storica degli istituti in precedenza richiamati.

Prendere le mosse dalla normativa meno recente, attraverso un percorso di analisi delle tecniche normative nel tempo utilizzate per reprimere gli atti preparatori, consente di esaminare a fondo le scelte politico-criminale che

³ Occorre qui notare che anche il delitto tentato ha natura di reato di pericolo. Mette in luce parte della dottrina che il legame tra l'istituto in esame ed i reati di pericolo è stata poco investigato dalla scienza penalistica italiana. Sul punto vedi GIACONA I., *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, Torino, 2000, pag. 10

⁴ Sul punto v. già BATTAGLINI G., *Diritto penale. Parte generale*, III ed., Padova, 1949, pag. 434 il quale affermava: « Se si considerano, nella giurisprudenza dei maggiori paesi civili i giudicati che in materia di tentativo fanno capo alla nozione astratta dell'istituto, c'è di che stupire di fronte alla ridda delle contrastanti opinioni! Ad evitare questo inconveniente, a nostro avviso, è consigliabile che il legislatore risolva in modo espreso il punto degli atti preparatori ».

connotano la materia e di enucleare validi spunti per un'opera di sistematizzazione degli elementi strutturali degli istituti giuridici attraverso cui il legislatore mirava a criminalizzare gli atti preparatori.

La prima parte del presente lavoro sarà, di conseguenza, dedicata alla ricostruzione storica delle vicende che si ricollegano alla tematica dell'anticipazione dell'intervento in materia penale⁵.

In un secondo momento, si analizzeranno più da vicino le tecniche e gli istituti di cui il codice Rocco ed il legislatore repubblicano si sono avvalsi al fine di sancire la punibilità dei c.d. atti preparatori. Si affronterà, inoltre, la problematica questione relativa alla compatibilità tra tali forme di intervento penale e i valori posti a fondamento dalla Carta costituzionale.

L'ultima parte, infine, sarà completamente dedicata ad un approfondito esame di talune delle fattispecie recentemente inserite nel codice penale e finalizzate alla criminalizzazione degli atti prodromici in uno degli ambiti più discussi degli ultimi anni: il terrorismo e l'eversione.

⁵ WÜRTEMBERGER T., *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, (trad. italiana dell'ed.1959) Milano, 1965, pag. 49-50 « Una considerazione storica non è in alcun luogo così necessaria per l'esistenza del diritto quanto proprio nell'ambito del diritto penale. Senza storia del diritto penale non può esistere alcuna scienza penalistica che abbia pieno valore ».

Capitolo primo

L'evoluzione della disciplina del tentativo dalle origini al codice Rocco

1. Il delitto tentato e l'anticipazione dell'intervento penale nel diritto romano ed in quello germanico.

« La punibilità del tentativo è la caratteristica di un diritto progredito. Nei tempi antichi non v'è idea di una responsabilità per quell'evento in cui non si verifica alcun danno »⁶.

Il contributo riassume efficacemente la posizione della dottrina penalistica dominante in merito alla evoluzione storica della disciplina dell'istituto del tentativo⁷.

⁶ VON HIPPEL E., *Deutsches Strafrecht*, Bd. II, *Das Verbrechen. Allgemeine Lehre*, Berlin, 1930, pag. 392. Più approfonditamente VANNINI O., *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, 1952, pag. 2-3 in cui l'Autore lapalissianamente afferma « la figura del tentativo, quale violazione in grado inferiore della norma principale incriminatrice, s'inquadra logicamente solo nella concezione realistica del delitto; fuori di siffatta concezione non vi è posto per il tentativo... Spostata l'essenza del reato dalla violazione dell'interesse giuridico alla rivelazione di una volontà criminosa o di una personalità criminalmente pericolosa, non appare possibile una graduazione del reato; non appare possibile dal punto di vista, ad es. sintomatico, parlare di tentativo nei confronti di un fatto che, indipendentemente dal suo imperfetto conformarsi all'astratto modello fissato nella norma, è tuttavia sintomo perfetto della personalità e pericolosità del soggetto ».

⁷ CAVALLO V., *Il delitto tentato*, Napoli, 1934, pag. 17 ss.; GALLO E., *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Milano, 1966, pag. 4; MAGGIORE G., *Principi di diritto penale, parte generale*, Bologna, 1932, pag. 285; MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, V ed., vol. II, Torino, 1981,

Si è da sempre ritenuto, infatti, che un approfondimento sul delitto tentato richiedesse lo studio di testi normativi e dottrinali elaborati a partire dal sec. XVIII, non essendo il diritto penale delle epoche precedenti in grado di esercitare alcuna influenza sui successivi sviluppi registrati in materia.

Tale impostazione è stata fortemente criticata da una parte della letteratura, che ha evidenziato come essa risulti viziata da apriorismi, non compatibili con la funzione che la scienza è chiamata a svolgere⁸.

Credere che la storia del diritto penale si fondi sull'opera di Beccaria – come da alcuni autorevolissimi Autori sostenuto⁹ – o, più genericamente, individuare il principio di tale materia nel pensiero illuministico appare una forzatura non condivisibile¹⁰. Questa rigida opzione ricostruttiva, possibile solo ove si proceda ad una netta cesura tra epoche storiche tra loro in contatto, non sembra tener conto dei dati fattuali.

Tali considerazioni, del resto, trovano un loro immediato riscontro proprio nella disciplina del delitto tentato e, più in generale, del fenomeno della criminalizzazione degli atti preparatori.

Correttamente è stato messo in luce che se si continua a sottovalutare la storia del tentativo fino al sec. XVIII si rischia di « non cogliere in tutto il loro ricco ed unitario svolgimento le vicende dell'istituto e fors'anche di non comprendere appieno l'origine e l'atteggiarsi di certi problemi che

pag. 467 ss.; MEZGER E., *Diritto penale (Strafrecht)*, Padova, 1935, pag. 393 ss.; PAGLIARO A., *Il reato*, in *Trattato di diritto penale* diretto da GROSSO C. F. - PADOVANI T. – PAGLIARO A., Milano, 2007, pag. 343 ss.; SANTORO A., *Manuale di diritto penale*, vol. I, Torino, 1958, pag. 450 ss.

⁸ Sul punto esaustivo appare il contributo di CAVANNA A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, Milano, 1970, pag. 3 ss.

⁹ PERTILE A., *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, II ed., vol. V, *Storia del diritto penale*, 1892, pag. 49.

¹⁰ CAVANNA A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, cit., pag. 5 ss. Ved. anche BRUGI B., *La teorica del conato e l'influsso dei romanisti a proposito della recente opera del Dott. Cohn*, in *Arch. giur.* 1880, XXV, 439 ss.; WÜRTEMBERGER T., *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, Milano, 1965, pag. 48 ss.

ancora oggi ci stanno sott'occhio»¹¹. Del resto, l'esegesi delle fonti disponibili relative al periodo pre-illuminista lascia trasparire dati che consentono di tracciare una linea ideale in grado di collegare istituti solo in apparenza eterogenei.

La comprensione della genesi e dello sviluppo storico del tentativo, pertanto, impone di partire dallo studio del diritto romano, in merito al quale opportune risultano alcune preliminari precisazioni¹².

Relazionarsi con questa materia richiede allo studioso un particolare sforzo per far fronte, da un lato, alla scarsità e alla frammentarietà delle fonti¹³, e,

¹¹ CAVANNA A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, cit., pag. 37. Ved. anche BRUGI B., *La teorica del conato e l'influsso dei romanisti a proposito della recente opera del Dott. Cohn*, cit., pag. 455; CARRARA F., *Studi sul delitto perfetto*, Lucca, 1879, pag. 96 ss.

¹² BATTAGLINI G., *Diritto penale. Parte generale*, III ed., cit., pag. 422 ss.; BETTIOL G., *Diritto penale*, VII ed., 1969, pag. 483 ss.; BIONDI B., *Il diritto romano cristiano*, II, Milano, 1952, pag. 54 ss.; BRUGI B., *La teorica del conato e l'influsso dei romanisti*, cit., pag. 439 ss.; CAVANNA A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, cit., pag. 52 ss.; CAVALLO V., *Il delitto tentato*, cit., pag. 17 ss.; FERRINI – BUCCELLATI, *Ancora sul tentativo nel diritto romano*, Venezia, 1884, pag. 5 ss.; GALLO E., *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, cit., pag. 4; GEYER A., *Del tentativo*, cit., 373; GENIN J. C., *La répression des actes de tentative en droit criminel romain (Contribution a l'étude de la subiectivité repressive a Rome)*, Lyon, 1968, pag. 6 ss.; GIULIANI U., *Ancora sulla concezione normativa del delitto tentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 771 ss.; GRISPIGNI F., *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, vol. I, Padova, 1932, pag. 66 ss.; MAGGIORE G., *Principi di diritto penale, parte generale*, Bologna, 1932, pag. 285; MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit., pag. 467 ss.; MEZGER E., *Diritto penale (Strafrecht)*, Padova, 1935, pag. 393 ss.; PAGLIARO A., *Il reato*, cit., pag. 343 ss.; PERTILE A., *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, cit., pag. 49 ss.; PESSINA E., *Il diritto penale da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice penale vigente (1764-1890)*, in *Enc. dir. pen.*, a cura di PESSINA E., II, Milano, 1906, pag. 557 ss.; RANIERI S., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, vol. I, III ed., Padova, pag. 354; SANTORO A., *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 450 ss.; SEEGER H., *Der Versuch der Verbrechen nach römischem Rechte*, Tübingen, 1879; ULMANN W., *Der Versuch nach der mittelalterlichen italienischen Lehre*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis - Revue d'Histoire du droit*, XVII, 1941 pag. 28 ss.; WÜRTEMBERGER T., *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania* cit., pag. 49 ss.

¹³ CAVANNA A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, cit., pag. 15.

dall'altro, alla forte influenza esercitata dalla dottrina canonica sull'istituto caratterizzato – come noto – dalla focalizzazione sull'elemento soggettivo¹⁴. Secondariamente, bisogna far cenno alla distinzione tra *delicta privata*, *delicta publica* e *delicta extraordinaria*. Solo rispetto agli ultimi due tipi di delitto - *delicta publica* e *extraordinaria* - si è nel tempo sviluppata un'ampia letteratura, poiché, come è stato osservato, tra tentativo e *delicta privata* sussiste una insuperabile incompatibilità strutturale¹⁵. Per la consumazione di questi ultimi delitti, in effetti, è richiesta la verifica di un danno e non la semplice espressione della *voluntas sceleris* accompagnata da un inizio di esecuzione del reato.

Passando ora ad esaminare nello specifico i vari contributi che sulla questione sono stati nel tempo offerti, senza dubbio merita attenzione l'esame di dottrina minoritaria, alla quale va riconosciuto il merito di aver contribuito ad alimentare un forte dibattito non solo nella dottrina tedesca¹⁶. Anzi, come si vedrà di qui a poco, saranno principalmente Autori italiani ad impegnarsi per confutare tale ricostruzione¹⁷.

Secondo tale interpretazione una autonoma disciplina del tentativo trova spazio già durante il periodo classico del diritto romano, come proverebbe la lettura di varie *leges* adottate in quel periodo¹⁸, tra le quali spiccano la *Lex*

¹⁴ Sulla influenza dei precetti cristiani sul diritto penale romano BIONDI B., *Il diritto romano cristiano*, II, *passim*.

¹⁵ FERRINI – BUCCELLATI, *Ancora sul tentativo nel diritto romano*, cit., pag. 7 ss. Ved. anche CAVALLO V., *Il delitto tentato*, cit., pag. 19; MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit., pag. 467

¹⁶ SEEGER H., *Der Versuch der Verbrechen nach römischem Rechte*, cit., *passim*.

¹⁷ FERRINI – BUCCELLATI, *Ancora sul tentativo nel diritto romano*, cit., pag. 7 ss. i quali dedicano il loro contributo esclusivamente a confutare le posizioni del Seeger. Per riferimenti a dottrina più moderna si rinvia a CAVANNA A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, cit., pag.53.

¹⁸ SEEGER H., *Der Versuch der Verbrechen nach römischem Rechte*, cit., *passim* in cui si fa riferimento in particolare a *Lex Cornelia de sicariis et veneficis*, *Lex Pompeia de parricidis*; *Leges Iulia de*

Cornelia de sicariis et veneficis (81 a. C.), la *Lex Pompeia de parricidis* e la *Lex Julia maiestatis* (46 a.C.).

La prima, nel disciplinare l'omicidio ed il veneficio, prevede alcune forme di pronunciata anticipazione dell'intervento penale. Nel dettaglio, veniva punito *qui hominis occidendi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit, quive falsum testimonium dolo malo dixerit, qui venenum necandi hominis causa fecerit vel vendiderit vel habuerit* .

La *Lex Pompeia de parricidis* si limitava a punire chi *emit venenum, ut patri daret, quamvis non potuerit dare*. Ma l'argomento principale per dimostrare la autonoma configurazione del delitto tentato l'Autore lo trae dal passo di Paolo che con riguardo alla *Lex Julia maiestatis* afferma:« *Quaesitum est, an is, qui maiestatis crimine reus factus est, manumittere possit, quoniam ante damnationem dominus est, et imperator Antoninus Calpurnio Critoni rescripsit ex eo tempore, quo quis propter facinorum suorum cogitationem iam de poena sua certus esse poterat, multo prius conscientia delictorum quam damnatione ius dandae libertatis eum amisisse* »¹⁹.

Proprio con quest'ultimo intervento normativo – si sostiene – la legislazione romana erige il tentativo ad istituto valido per l'intero sistema penale dell'epoca.

Si tratta di una ricostruzione che non ha mai del tutto persuaso e nei cui confronti sono state fondamentalmente sollevate due obiezioni relative al

ui; Lex Fabia de plagiaris; Lex Cornelia de falsis; Lex Julia maiestatis; Lex Julia de ambitu; Lex Julia de adulteriis.

¹⁹ Sul punto vedi FERRINI – BUCCELLATI, *Ancora sul tentativo nel diritto romano*, cit., pag. 22.

¹⁹ CARRARA F., *Studi sul delitto perfetto*, cit., pag. 66 in cui l'Autore chiarisce che « il *dolus* dei Romani non era la sola intenzione priva di atti esteriori, ma era la volontà di delinquere accompagnata da atti esteriori esecutivi di quella intenzione e violatori del diritto aggredito ». Dello stesso avviso CAVANNA A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, cit., pag. 55 « La semplice intenzione delittuosa, la determinazione volitiva in se stessa, anche provata, non è sufficiente: è necessaria tutta una serie di atti esterni a quell'intenzione collegati ».

¹⁹ CARRARA F., *Studi sul delitto perfetto*, cit., pag. 100 ss. ; CAVANNA A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, cit., 54 ss.

metodo seguito. Da un lato, si critica il troppo facile ricorso a citazioni di scrittori non giuristi e, dall'altro, l'adottare come punti di riferimento frammenti dispositivi non coerenti con l'argomento oggetto dello studio²⁰.

Secondo altra parte della scienza penalistica del XIX sec., le ipotesi di criminalizzazione degli atti preparatori previste in alcune delle leggi del periodo classico costituiscono delle eccezioni rispetto al principio della non punibilità della semplice risoluzione criminosa²¹.

Cogitationis poenam nemo patitur viene considerato un vero e proprio principio di carattere generale del diritto penale romano classico²², senza escludere la possibilità per il legislatore del tempo di ricorrere a strumenti di carattere eccezionale per anticipare la soglia della punibilità.

Ed è proprio allo schema della eccezionalità-emergenza che la dottrina maggioritaria si rifà per spiegare il corretto inquadramento delle ipotesi di criminalizzazione degli atti preparatori contemplate nelle *leges* cui si è fatto riferimento.

Si tratterebbe di fattispecie di reato contrassegnate dalla forte anticipazione del momento consumativo.

Secondo questa ricostruzione, dunque, il diritto romano fino alla fine del periodo classico non conobbe il conato come istituto di sistema, essendo esso in alcuni casi valutato come semplice circostanza attenuante²³.

²⁰ FERRINI – BUCCELLATI, *Ancora sul tentativo nel diritto romano*, cit., pag. 6-7

²¹ CARRARA F., *Studi sul delitto perfetto*, cit., pag. 66 in cui l'Autore chiarisce che « il *dolus* dei Romani non era la sola intenzione priva di atti esteriori, ma era la volontà di delinquere accompagnata da atti esteriori esecutivi di quella intenzione e violatori del diritto aggredito ». Dello stesso avviso CAVANNA A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, cit., pag. 55 « La semplice intenzione delittuosa, la determinazione volitiva in se stessa, anche provata, non è sufficiente: è necessaria tutta una serie di atti esterni a quell'intenzione collegati ».

²² CARRARA F., *Studi sul delitto perfetto*, cit., pag. 100 ss. ; CAVANNA A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, cit., 54 ss.

²³ MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit., pag. 468.

Tutt'al più, ciò che emerge è che in periodi di particolare difficoltà socio-politico-economica proliferò il ricorso a forme di anticipazione della tutela penale tramite la autonoma configurazione di delitti « formalmente perfetti »²⁴.

Non manca chi indica nella fine del periodo classico il momento in cui giunge a maturazione il processo storico che condusse alla strutturazione di una idea di tentativo autonoma, valida per l'intero ordinamento penale romano²⁵.

La causa di tale epocale innovazione viene rinvenuta nei forti cambiamenti sociali prodottisi a seguito della valorizzazione dell'elemento volontaristico quale conseguenza diretta ed immediata della visione cristiana del diritto.

E' dall'urto tra morale cristiana e realtà giuridica che nascerebbe « quella serie di fatti punibili che vanno dal conato al tentativo »²⁶.

La volontà del legislatore del basso impero di offrire una soluzione per alcune ipotesi di reato, ricorrendo ad una mediazione tra diritto e morale, si collocherebbe, dunque, alla base dell'ingresso nel sistema del diritto penale della figura generale del tentativo²⁷.

In effetti, l'esegesi di alcuni testi del tardo impero, quali il *Codex Theodosianus* ed il *Codex Giustinianus*, dimostra la ragionevolezza di tale opzione ricostruttiva. Alcuni riferimenti nei due codici sembrano sganciare definitivamente la punibilità dalla esecuzione del fatto ed ancorarla anche al

²⁴ FERRINI – BUCCELLATI, *Ancora sul tentativo nel diritto romano*, cit., pag. 5.

²⁵ GENIN J. C., *La répression des actes de tentative en droit criminel*, cit., pag. 76 ss. L'Autore ritiene che già nell'età di Adriano si iniziano a creare le basi per lo sviluppo della figura del tentativo.

²⁶ BIONDI B., *Il diritto romano cristiano*, cit., pag. 309

²⁷ Diametralmente opposta l'interpretazione che di questa fase storica viene offerta da chi ritiene che i casi sporadici in cui appare durante il basso impero il riferimento al tentativo siano il frutto di soluzioni improvvisate, dovuta ad una confusione tra diritto e morale causata dal venir meno dalla gloriosa tradizione scientifica ed alla « poco corretta intelligenza della nuova religione », FERRINI, *Il tentativo nelle leggi e nella giurisprudenza romana*, cit. pag. 71.

concetto che si sviluppa nello spazio intermedio tra mera *cogitatio* e delitto consumato²⁸.

In una costituzione di quegli anni si stabilisce « *neque aliud inter coeptum ambitum atque perfectum esse arbitretur, cum pari sorte leges scelus quam sceleris puniant voluntatem* »²⁹, lasciando trasparire una prima vera e propria distinzione tra cominciamento e semplice ideazione del reato.

Colpisce anche l'espreso riferimento contenuto nel testo alla *voluntas sceleris*. Su di essa si incentra l'attenzione, tanto da prevederne la punibilità qualora sia accompagnata dal cominciamento della esecuzione del fatto³⁰.

La disciplina della induzione al matrimonio, in particolare, contemplata nel *Codex Theodosianus*, secondo gli Autori, veicola nel sistema romano una prima vera e propria disciplina del conato, in particolare ove si afferma che il colpevole è raggiunto dalla sanzione *licet prohibitas nuptias non peregerit, lattame pro tali conamine*³¹ (anche se non ha portato a termine le nozze, deve essere punito per il tentativo).

Il riferimento ai concetti di *ambitum coeptum* e *perfectum*, alla *voluntas sceleris*, al *conatus* ed alla dicotomia *flagitium perfectum* ed *imperfectum*³² costituirebbero la

²⁸ Sul punto CAVANNA A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, cit., pag. 2 ss.

²⁹ Cod. Th. 9, 26, I.

³⁰ Di diverso avviso FERRINI – BUCELLATI, *Ancora sul tentativo nel diritto romano*, cit., pag. 23-24.

³¹ CAVANNA A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, cit., pag. 67 in cui l'Autore dichiara: « Il *conamen* ottiene dunque qui, con Giustiniano, un limpido riconoscimento ».

³² *Qui puero stuprum, abducto a beo vel corrupto comite, persuaserit, aut mulierem puellamve interpellaverit, quidve impudicitiae gratia fecerit, domum praebuerit, pretiumve, quo is persuadeat, dederit, perfecto flagitio punitur capite, imperfecto in insulam deportatur; corrupti comites summo supplicio afficiuntur*. Sul punto CAVALLO V., *Il delitto tentato*, cit., pag. 19; MAGGIORE G., *Principi di diritto penale, parte generale*, XXX. I due Autori ritengono che la prima embrionale apparizione del tentativo risalga proprio alla distinzione accolta tra *flagitium perfectum* ed *imperfectum* frutto della separazione dei *crimina ordinaria* da quelli *extra ordinem*.

prova dell'autonomia che l'istituto del tentativo acquisisce fin dalla epoca post-classica³³.

Anche la ricostruzione finora da ultimo esaminata, in verità, non sembra essere immune da critiche. La marcata incidenza del valore della volontà a causa della pressione esercitata dalla religione cristiana sul sistema del diritto romano è un dato incontrovertibile. Lo stesso, però, non riteniamo si possa affermare con riguardo alla incidenza sul delitto tentato.

Una cosa, a nostro modesto avviso, è prevedere una compiuta disciplina del tentativo, altra è anticipare l'intervento penale considerando la mera *cogitatio* elemento idoneo a configurare la fattispecie di reato.

Dalla lettura dei testi citati emerge che durante il periodo post-classico la giurisprudenza ed il legislatore si siano prodigati per offrire un risultato che tenesse conto del pensiero cristiano, ma, ciò non prova che nel diritto penale post-classico vi sia stato spazio per un istituto così complesso quale è il delitto tentato.

Del resto, le distinzioni tra *cogitatio (voluntas sceleris)* cominciamento ed esecuzione, o ancora, tra *flagitium perfectum* ed *imperfectum* non hanno sortito alcun effetto sul sistema sanzionatorio, essendo le pene previste per le varie ipotesi di reato sempre le medesime, sia che si trattasse di delitto consumato che di delitto tentato, salvo rarissime eccezioni.

Appare più aderente alla realtà, dunque, quella dottrina che, pur riconoscendo la centralità del diritto romano nello sviluppo dell'istituto del delitto tentato, non si lascia trasportare da un'enfasi romanistica che appare storicamente ingiustificata. Una compiuta disciplina del tentativo non ha trovato spazio nel diritto penale romano, il quale ha però conosciuto per lungo periodo forme di anticipazione della tutela penale. Esse crediamo meritino particolare attenzione.

³³ BIONDI B., *Il diritto romano cristiano*, pag. 312; CAVANNA A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, cit., pag. 67 ss.

L'analisi di queste ipotesi di criminalizzazione anticipata, in fondo, lascia trasparire difetti, aberrazioni da cui il diritto penale positivo è da sempre stato contagiato. Non ci sembra una forzatura sostenere che la legislazione dell'emergenza affondi le proprie radici già nel I sec. a.C. quando Silla, per fronteggiare una crisi interna gravissima, bene pensò di avvalersi dello strumento penale, inaugurando così la tendenza da parte del 'potere' a strumentalizzare il diritto penale per soddisfare esigenze esclusivamente determinate da ragioni politiche³⁴.

In conclusione, i dati a nostra disposizione sembrano confermare che durante tutta l'epoca romana il delitto tentato non fu mai qualificato come istituto generale degno di una autonoma disciplina. Ciò che tutt'al più preme notare è come già nel diritto romano classico ci si avvalga di forme di anticipazione della tutela penale attraverso la criminalizzazione di atti preparatori. Il regime della *eccezione arbitraria*³⁵ inizia a manifestare la propria presenza.

Il diritto germanico trovò applicazione nella penisola italiana durante il lasso temporale che si estende dalla caduta dell'impero romano (VI sec.) fino all'epoca dei governi comunali (XI sec.)³⁶.

³⁴ Sul punto, vedi anche Costituzione del 397 d.C. promulgata da Arcadio ed Onorio, in cui il delitto di alto tradimento si intende pienamente consumato senza dover attendere l'inizio dell'esecuzione, essendo sufficiente la mera *cogitatio*, in CAVANNA A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, cit., pag. 63 ss.

³⁵ CARRARA F., *Programma del Corso di diritto criminale*, VI ed., Prato, 1886, pag. 240 ss.

³⁶ BRUNNER H., *Deutsche Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1887, 21 ss.; CALISSE C., *Storia del diritto penale italiano dal secolo VI al XIX*, Firenze, 1895, pag. 155 ss; ID, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII*, Milano, 1906, pag. 192 ss.; CAVALLO V., *Il delitto tentato*, cit., pag. 21; CAVANNA A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, cit., pag. 71 ss.; CONRAD H., *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, *Frühzeit und Mittelalter*, Karlsruhe, 1962; DEL GIUDICE P., *Diritto penale germanico rispetto all'Italia (Estratto dall'Enciclopedia del Diritto penale italiano diretta dal prof. Enrico Pessina)*, Milano, 1905, pag. 3 ss.; GIARDINA C., *L'editto di Rotari e la codificazione di Giustiniano*, Milano, 1937; GRISPIGNI F., *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, vol. I, Padova, 1932, pag. 75 ss; MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit., pag.

Si tratta di un diritto certamente influenzato dalla tradizione giuridica romana e dal pensiero cristiano, come dimostrano le prime legislazioni barbariche, sintesi, o meglio, intreccio tra istituti giuridici del diritto germanico primitivo³⁷ ed istituti propri del diritto romano³⁸.

Tuttavia, l'influsso di tali fattori si affievolisce in materia penale fondamentalmente per due ragioni: da un lato, perché il diritto germanico dell'epoca precedente al V sec. – c.d. diritto dell'epoca primitiva - era principalmente costituito da consuetudini di diritto criminale finalizzate a garantire la pace sociale; dall'altro, in quanto l'intervento punitivo costituiva espressione tipica del potere statale, funzione il cui esercizio solo in alcuni casi veniva devoluto ai privati³⁹.

Si tratta, pertanto, di un diritto criminale che già prima del contatto con la tradizione giuridica romana possedeva una struttura ben delineata, basata su un concetto di reato inscindibilmente legato al requisito del danno materiale, con conseguenziale forte sottovalutazione dell'elemento soggettivo.

Il delitto veniva considerato come una rottura della pace sociale e, a seconda che tale rottura fosse totale o parziale, si operava la classificazione in delitti pubblici e delitti privati⁴⁰.

468; PERTILE A., *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione* II ed., cit., pag. 73 ss.; SALVIOLI G., *Storia del diritto italiano*, Torino, 1921, ed. VIII, pag. 692 ss.; ZACHARIAE H. A., *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, I, Göttingen, 1836, II, 1839.

³⁷ Occorre ricordare che alla distinzione degli storici italiani tra epoca primitiva ed epoca germanica corrisponde quella degli storici tedeschi tra epoca *germanica* ed epoca *franca*. Sul punto, DEL GIUDICE P., *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, cit., pag. 6; GRISPIGNI F., *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, cit., pag. 76.

³⁸ Sul punto CAVANNA A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, cit., pag. 73.

³⁹ DEL GIUDICE P., *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, cit., pag. 4.

⁴⁰ DEL GIUDICE P., *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, cit., pag. 9; GRISPIGNI F., *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, cit., pag. 76. Vedi anche CAVALLO V., *Il delitto tentato*, cit. pag. 21.

Solo per la realizzazione di questi ultimi, era previsto un meccanismo di giustizia penale sostanzialmente privato, attraverso l'istituto della *faida*, che conferiva in capo all'offeso ed alla famiglia dell'offeso il diritto (ma non il dovere) di perseguire ed offendere la *sippe* nemica⁴¹.

In verità, il ricorso a tali forme di giustizia privata fu sempre più limitato (marginalizzato) fino ad una tendenziale scomparsa, a causa della estensione dell'intervento statale in materia penale, realizzatasi attraverso la proliferazione dei delitti pubblici.

Questi comportavano la rottura totale della pace sociale e, di conseguenza, l'ordinamento penale reagiva con l'applicazione della sanzione della *Friedlosigkeit*, in forza della quale si assisteva alla degradazione del reo da membro a nemico del gruppo. Il delinquente veniva così allontanato in via definitiva dalla società, poteva essere offeso ed ucciso da chiunque, ed inoltre era vietato dargli ospitalità e vitto⁴².

La pena svolge una evidente funzione di deterrenza nonostante, secondo alcuni Autori, lo scopo della vendetta supportato dalla prevenzione generale negativa fu integrato, a causa delle forti pressioni esercitate dalla Chiesa, anche dall'emenda e dalla finalità correttiva⁴³.

Il diritto germanico offre interessanti spunti di riflessione anche in merito all'oggetto del presente lavoro, nonostante non sussista una visione unitaria della tematica.

Secondo l'impostazione di gran lunga dominante, è da escludere una forte discontinuità in materia di delitto tentato e rilevanza degli atti preparatori tra il diritto germanico ed il diritto romano dell'epoca classica⁴⁴.

⁴¹ DEL GIUDICE P., *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, cit., pag. 13.

⁴² DEL GIUDICE P., *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, cit., pag. 10; GRISPIGNI F., *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, cit., pag. 77.

⁴³ GRISPIGNI F., *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, cit., pag. 77.

⁴⁴ BRUNNER H., *Deutsche Rechtsgeschichte*, cit., 21 ss.; CALISSE C., *Storia del diritto penale italiano dal secolo VI al XIX*, cit., pag. 155 ss; ID, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII*, cit., pag. 192 ss.; CAVALLO V., *Il delitto tentato*, cit., pag. 21;

I barbari, difatti, continuarono ad utilizzare la tecnica dell'anticipazione della tutela attraverso la criminalizzazione di singole condotte in quanto tali, prescindendo cioè da una qualsiasi valutazione del rapporto tra tali azioni e lo scopo perseguito dall'agente. In altre parole, si è continuato a ricorrere al c.d. *delictum sui generis*⁴⁵ di epoca romana, ribattezzato da autorevole dottrina con la formula « delitto di tentativo »⁴⁶.

Nonostante si riconosca in rapporto al diritto romano, una generalizzata attenzione verso l'*iter criminis* e la dosimetria sanzionatoria, non si scorgono elementi utili per poter affermare che il diritto germanico conobbe una visione compiuta dell'istituto del tentativo; ciò, principalmente, a causa della nozione di reato sostanzialmente oggettivistica accolta in quel tempo, secondo cui il reato sussisteva solo in presenza del danno materiale, non essendo concepibile alcun intervento penale basato su un esame congiunto tra dato oggettivistico e *intentio delinquendi*⁴⁷.

Altra parte della dottrina intravede, inoltre, negli istituti del diritto penale germanico le fondamenta dell'attuale istituto del delitto tentato⁴⁸.

Secondo tale interpretazione, l'esame della disciplina delle forme di anticipazione dell'intervento penale proprie del diritto germanico non può essere affrontato seriamente se non si mette in evidenza che il grado di

DEL GIUDICE P., *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, cit., pag. 3 ss.; GRISPIGNI F., *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, cit., pag. 75 ss; MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit., pag. 468.; PERTILE A., *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione II ed.*, cit., pag. 73 ss.; SALVIOLI G., *Storia del diritto italiano ed. VIII*, cit., pag. 692 ss.; ZACHARIAE H. A., *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, cit.

⁴⁵ CAVANNA A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, cit., pag. 76.

⁴⁶ BRUNNER H., *Deutsche Rechtgeschichte*, cit., pag. 21.

⁴⁷ Sul punto, approfonditamente CAVANNA A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, cit., pag. 13-14, 76 ss. Per un esame del ruolo del requisito soggettivo nel diritto germanico anche SALVIOLI G., *Storia del diritto italiano ed. VIII*, pag. 693; PERTILE A., *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione II ed.*, pag. 73; DEL GIUDICE P., *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, cit., pag. 42.

⁴⁸ CAVANNA A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, cit., pag. 71 ss.

evoluzione raggiunto da tale diritto non è unitario. Vi sono, difatti, popoli che approdaronο ad elaborazioni meno progredite rispetto ad altri che, al contrario, attraverso un esame sempre più approfondito dell'elemento soggettivo, giunsero quantomeno a gettare le basi per lo sviluppo della teorica del tentativo⁴⁹.

Tra questi ultimi vanno annoverati i contributi offerti al diritto germanico dalla legislazione salica e da quella visigota, islandese e longobarda.

In ciascuna di esse trova spazio una sempre maggiore attenzione verso il requisito della *voluntas sceleris* dell'agente che viene, però, esaminata e valorizzata in modi differenti. Tale esegesi, in realtà, individua il punto di maggiore evoluzione giuridica in materia nei testi del diritto dei longobardi⁵⁰, dotati secondo alcuni di una vera e propria « *Rechts und Gesetzkunst* »⁵¹.

Il diritto longobardo, in particolare, persegue gli atti preparatori attraverso tre diverse tecniche.

In primis, ricorrendo alla previsione di fattispecie inquadrabili tra i « delitti di tentativo », ove non si riconosce spazio alcuno all'elemento soggettivo⁵².

Un'ulteriore tecnica sperimentata dal diritto in esame viene indicata nella previsione di « delitti di tentativo » con parziale riconoscimento di un ruolo anche al disegno criminoso perseguito dall'agente (in particolare, Roth. 34)⁵³.

⁴⁹ CAVANNA A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, cit., pag. 76. Contra BRUNNER H., *Deutsche Rechtsgeschichte*, cit., pag. 21; DEL GIUDICE P., *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, cit., pag. 42.

⁵⁰ CAVANNA A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, cit., pag. 97.

⁵¹ CONRAD H., *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, cit., pag. 65.

⁵² Per un esame della disciplina concreta e delle singole fattispecie si rinvia a CAVANNA A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, cit., pag. 99-102.

⁵³ Per un esame della disciplina concreta e delle singole fattispecie si rinvia a CAVANNA A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, cit., pag. 102-109.

Infine, sussiste un gruppo di norme che « presenta una parentela giuridica con il concetto moderno di tentativo ». ⁵⁴ Si fa riferimento alla disciplina del *consilium mortis* e più in generale del tentato omicidio.

Il *consilium* non deve essere interpretato nella accezione restrittiva di mera induzione, bensì in quella più ampia in grado di comprendere sia la *voluntas occidendi*, sia gli atti che costituiscono una prima manifestazione dello scopo di uccidere ⁵⁵.

Tipica espressione di tale tecnica normativa si rinviene nella disciplina del veneficio nell'Editto di Rotari, connotata da un'attenta dosimetria della sanzione a seconda del grado di offesa conseguito dalla condotta: per aver miscelato del veleno, la pena 20 sol., per l'aver propinato del veleno senza effetto la pena era di mezzo veregildo, e per la somministrazione con effetto letale la pena era di un intero veregildo ⁵⁶.

Il dato soggettivo, dunque, viene utilizzato per integrare il giudizio ancorato sul dato meramente oggettivo-materiale. Tale interpretazione ha di certo il pregio di consentire una ricostruzione degli istituti capace di escludere il deprecabile effetto della criminalizzazione della semplice volontà, non punita nella impalcatura ordinamentale longobarda ⁵⁷.

Ma, la lettura della disciplina del *consilium mortis* consentirebbe di spingersi ben oltre il semplice riconoscimento della autonomia dell'istituto del delitto tentato nel diritto germanico. A ben vedere, è in tale contesto normativo che si conferisce autonoma rilevanza giuridica al concetto di atto preparatorio, in una accezione a dir poco moderna.

⁵⁴ CAVANNA A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, cit., pag. 110.

⁵⁵ CAVANNA A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, cit., pag. 110.

⁵⁶ DEL GIUDICE P., *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, cit., pag. 47; PERTILE A., *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione II ed.*, pag. 74; CAVANNA A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, cit., pag.116.

⁵⁷ CAVANNA A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, cit., pag. 110 in cui si nota che costituiscono eccezione al brocardo *nullum crimen sine iniuria* i delitti di lesa maestà per i quali era prevista la punizione della semplice manifestazione della volontà criminale.

Gli atti preparatori secondo la normativa longobarda costituiscono l'oggetto da sottoporre ad un giudizio in forza del quale accertare se posseggono o meno le caratteristiche necessarie per creare un'offesa alla pace sociale⁵⁸.

In altre parole, « l'esperienza giuridica longobarda ha pure precocemente compreso, tuttavia, che il vero problema non è punire l'atto in quanto preparatorio, ma in quanto antiggiuridico, ed ha così superato la grande difficoltà di valutare quella che oggi chiamiamo idoneità ed univocità dell'atto »⁵⁹.

Le divergenti letture dei testi dell'epoca del diritto germanico lasciano trasparire utili elementi di riflessione capaci di arricchire le considerazioni svolte con riferimento alla disciplina degli atti preparatori durante l'epoca romana.

Anche nella legislazione barbarica più evoluta, cioè quella longobarda, il ricorso ad alcune forme di anticipazione della tutela non è stato messo mai in seria discussione.

Anzi, a ben vedere, il legislatore dell'epoca ha ampliato il novero degli strumenti di intervento a sua disposizione. Oltre alla collaudata tecnica della criminalizzazione di atti preparatori attraverso la creazione di autonome fattispecie, difatti, si estende l'area di intervento del diritto penale grazie alla valorizzazione, seppure solo per alcune forme di reato, del requisito soggettivo.

⁵⁸ CAVANNA A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, cit., pag. 112 in cui l'Autore afferma: « Punendo già il *consilium mortis* come tale e non ad altro titolo, il diritto longobardo mostra in sostanza di avvertire che nell'ambito soggettivo entro i confini della volontà, esso non è punto differente dall'omicidio consumato e che il motivo della repressione è identico. Qui si affaccia, dunque, per la prima volta – e ciò spiega come in altri casi lo schema del *l'iter criminis* sarà interamente delineato – il concetto di atto preparatorio: il *consilium mortis* longobardo nella sua irriducibile essenza finalistica è inteso come manifestazione criminosa preliminare, al vero e proprio svolgersi dell'azione omicida ».

⁵⁹ CAVANNA A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, cit., pag. 114

Non appare del tutto superfluo ricordare che nella legislazione longobarda, come in quella romana, la creazione di strumenti di anticipazione della tutela penale è indirizzata nella maggior parte dei casi a favorire una maggiore garanzia dello Stato e dei suoi massimi rappresentanti.

Fin da allora il diritto penale politico ha costituito il settore più problematico della legislazione.

2. La dottrina del delitto tentato nell'illuminismo penale italiano.

La lettura dei contributi dei principali esponenti dell'illuminismo penale in Italia lascia trasparire una scarsa attenzione in merito alla teorica del delitto tentato. Gli sforzi degli Autori dell'epoca sono principalmente indirizzati ad affermare la irrilevanza del pensiero e della mera espressione della volontà criminosa ai fini dell'intervento penale.

Pochi, pertanto, gli spunti circa la individuazione del momento iniziale del tentativo punibile, circa la classificazione e la distinzione tra atti preparatori ed atti esecutivi e la analisi degli elementi strutturali del conato.

Nell'opera di Cesare Beccaria il riferimento al delitto tentato trova spazio nel paragrafo XXVII, ove si afferma: « Perché le leggi non puniscono l'intenzione, non è però che un delitto che ne cominci con qualche azione che ne manifesti la volontà di eseguirlo non meriti una pena, benché minore all'esecuzione medesima del delitto »⁶⁰. La configurazione del conato risulta subordinata così alla realizzazione di “qualche azione” in grado di rendere manifesta la volontà di eseguire una determinata ipotesi delittuosa.

⁶⁰ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1764, § XXXVII

L'area di rilevanza del conato appare davvero molto estesa, tanto da coinvolgere anche atti di molto precedenti alla fase della esecuzione.

In altre parole, non sussistono perplessità per quanto concerne la punibilità degli atti preparatori nella ricostruzione in esame, poiché, essi certamente rientrano nella ampia formula “qualche azione che ne manifesti la volontà di eseguirlo”.

Trova, altresì, un autonomo riconoscimento il principio della proporzione della sanzione che, di conseguenza, deve essere dotata di minore capacità afflittiva rispetto a quella prevista per il reato consumato. Si tratta di una coerente conseguenza rispetto all'intero impianto dell'opera ed, in particolare, con quanto emerge nei paragrafi VI, VII ed VIII, nei quali le pene vengono definite “ostacoli politici”⁶¹ da graduare in base al danno effettivamente cagionato.

Un ulteriore rinvio alla tematica dell'attentato si rinviene nell'ultima parte del paragrafo VIII con particolare riguardo ai delitti contro la sicurezza, ed in un altro contributo dal titolo *Brevi riflessioni per ciò che riguarda i delitti politici (1791)*⁶².

Del conato in tale saggio non si esamina il contenuto, ma ne viene valorizzata la funzione classificatoria. A seconda della compatibilità o meno con la figura dell'attentato si scindono i delitti criminali dai delitti politici⁶³; «secondo i miei principi, la frequenza degli attentati di ciò che tende a distruggere la società è troppo pericolosa per l'esempio, per non essere punita; non così nei delitti politici, dove basta e per la correzione e per l'esempio punire l'azione, altrimenti se se ne volessero punire gli attentati,

⁶¹ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § VI

⁶² BECCARIA, *Brevi riflessioni per ciò che riguarda i delitti politici*, Milano, 1791.

⁶³ « A me sembra che dovendosi fare distinzione tra delitto e delitto, debba intendersi *delitto criminale* quello di cui l'indole è tale che, tende direttamente alla distruzione del vincolo sociale, quando non fosse punito e represso; e che per *delitto politico* possa intendersi quella trasgressione o colpa, che rendendo imperfetta la società, non tendono che indirettamente alla di lei distruzione », in BECCARIA, *Brevi riflessioni per ciò che riguarda i delitti politici*, cit., pag. 2.

per la frequenza delle trasgressioni il rimedio diverrebbe peggiore del male»⁶⁴.

Non presentano spunti di particolare discontinuità neppure i contributi degli illuministi napoletani⁶⁵.

Gaetano Filangieri affronta la tematica del delitto tentato nel capitolo XXXVIII del libro III dedicato al delitto, in particolare, quando si sofferma ad analizzare i rapporti tra diritto e morale. «E' fuor dubbio che la sola volontà di delinquere non può formare il delitto civile. Il giudizio dei cuori è riserbato alla Divinità ispettrice de' nostri pensieri, la quale nella maniera istessa che premia l'assenso della nostra volontà al bene, quantunque disgiunto dall'opera, punisce l'assenso di essa al male che si è da noi voluto, ancorché non si sia giammai commesso »⁶⁶.

Tale impostazione comporta una netta presa di posizione circa la irrilevanza sotto il profilo penalistico della mera ideazione o mera volontà di delinquere.

« La legge non può punire l'atto senza la volontà, né la volontà senza l'atto »⁶⁷.

Il fondamento punitivo del tentativo viene rintracciato, da un lato, nella violazione della legge⁶⁸ e, dall'altro, nella funzione della pena. In particolare, si osserva che « Se la pena... che siegue il delitto, non è destinata ad altro che a garantire la società dalla perfidia del delinquente, e distogliere gli altri dall'imitare il suo esempio; nella volontà di violare nella legge manifestata coll'azione dalla legge istessa vietata, si trova l'uno e l'altro motivo »⁶⁹.

⁶⁴ BECCARIA, *Brevi riflessioni per ciò che riguarda i delitti politici*, cit., pag. 4.

⁶⁵ FILANGIERI G., *La scienza della legislazione (1783)*, Venezia, 1796; PAGANO M., *Principj del codice penale*, Milano, 1803

⁶⁶ FILANGIERI G., *La scienza della legislazione*, cit., pag. 134.

⁶⁷ FILANGIERI G., *La scienza della legislazione*, cit., pag. 134.

⁶⁸ FILANGIERI G., *La scienza della legislazione*, cit., pag. 139.

⁶⁹ FILANGIERI G., *La scienza della legislazione*, cit., pag. 138.

Ne derivano conseguenze anche sotto il profilo della dosimetria sanzionatoria. La pena per il conato deve essere la medesima prevista per il reato consumato, poiché uguali sono le ragioni alla base dell'intervento penale⁷⁰.

Secondo l'Autore, in definitiva, « La volontà di violare la legge non costituisce delitto, se non quando si manifesta coll'atto dalla legge istessa vietato; ed in questa sola ipotesi il conato al delitto è punibile, quanto il delitto istesso consumato e riuscito »⁷¹.

Più evoluta appare l'analisi dell'altro illustre Maestro dell'illuminismo napoletano, Francesco Mario Pagano.

Il delitto è « la violazione di un dritto o naturale, o civile dell'uomo: ovvero una mancanza dell'adempimento dell'obbligazione o naturale , o civile »⁷² i cui requisiti strutturali vengono individuati nello "animo" e nello "effetto", o , più precisamente nel danno recato e nel dolo del delinquente⁷³.

Si tratta di elementi che trovano un loro spazio anche nella fisionomia del conato in quanto « il delitto perfezionato lede sempre gli altrui dritti, il conato talora offende soltanto la tranquillità e la sicurezza, ch'è pure un dritto »⁷⁴.

Il danno, al contrario, non sussiste nel caso del nudo pensiero, « essendo il reato un fatto che offende la società ». Si deve constatare che la mera manifestazione di volontà non può recare altrui "nocumento" con conseguente sua irrilevanza sotto il profilo penalistico⁷⁵.

La pena, infine, deve essere rigorosamente determinata tenendo ben presente la giusta proporzione:« Bisogna punire con gastigo assai mite il

⁷⁰ FILANGIERI G., *La scienza della legislazione*, cit., pag. 13 in cui si afferma « L'istessa causa deve dunque produrre l'istesso effetto, e quest'effetto è l'uguaglianza della pena ».

⁷¹ FILANGIERI G., *La scienza della legislazione*, cit., pag. 137.

⁷² PAGANO M., *Principj del codice penale*, cit., pag. 14 (capo I).

⁷³ PAGANO M., *Principj del codice penale*, cit., pag. 17 (capo II).

⁷⁴ PAGANO M., *Principj del codice penale*, cit., pag. 48 (capo XIII).

⁷⁵ PAGANO M., *Principj del codice penale*, cit., pag. 48 (capo XIII).

pensiero manifestato in atti remoti, più gravemente quello estrinsecato in atti prossimi al delitto, e finalmente con maggior pena il delitto consumato »⁷⁶.

La breve analisi fin qui svolta consente di individuare alcune caratteristiche comuni nel pensiero degli Autori. Emerge, così, una particolare attenzione nel rivendicare la irrilevanza della manifestazione della volontà criminosa ai fini della configurazione del delitto tentato e, se si esclude il contributo di Filangieri, una netta presa di posizione circa la necessità di prevedere sanzioni più miti per il conato rispetto alla ipotesi delittuosa consumata.

Una sensibilità altrettanto pronunciata non emerge rispetto alle tematiche più complesse. Nessun accenno si ritrova in merito alla delicata individuazione di criteri per stabilire il momento iniziale del conato punibile, alla distinzione tra atti preparatori ed esecutivi ed alla elaborazione degli elementi essenziali della fattispecie.

3. La disciplina del conato tra la fine del XVIII e la prima metà del XIX secolo.

L'ultimo decennio del XVIII sec. costituisce un momento di passaggio nella scienza penalistica italiana caratterizzato dall'acquisizione di una maggiore consapevolezza della centralità del ruolo della sistematica e della dogmatica nel processo di sviluppo del diritto penale⁷⁷.

Tale fenomeno di transizione si manifesta con particolare intensità nella disciplina del delitto tentato: all'affermazione della irrilevanza della mera

⁷⁶ PAGANO M., *Principj del codice penale*, cit., pag. 48 (capo XIII).

⁷⁷ Sul punto fondamentale il contributo offerto da CREMANI L., *De jure criminali*, Ticini, 1791, I, cap. V, pag. 77 e da RENAZZI F. M., *Elementa juris criminalis*, Siena, 1794, I, cap. IV, pag. 65 ss. Secondo Autorevole dottrina essi sono « i primi a inquadrare il delitto tentato in una prospettiva di teoria generale », SEMINARA S., *Il delitto tentato*, Milano, 2012, pag. 5.

manifestazione del pensiero criminoso si affiancano nuove esigenze nella ricostruzione dell'istituto⁷⁸.

Si avverte la necessità di conferire al tentativo un ruolo autonomo nella dommatica del reato e si iniziano a sperimentare nuovi percorsi di studio con il dichiarato scopo di individuare gli elementi strutturali della fattispecie.

Indubbio il merito assunto dal pensiero di Romagnosi in tale percorso⁷⁹.

Si tratta di un contributo fondamentale, ancorato ad un concetto materiale di reato e al concetto di proporzione tra la sanzione ed il fatto realizzato. Il tentativo è definito come « l'esecuzione ragionata, e libera, di un atto fisico esterno o semplice, o complesso, da cui d'ordinario deriva un effetto ingiustamente nocivo altrui, alla quale l'accidente, ossia il caso, impedisca di ottenere questo effetto»⁸⁰.

La risposta sanzionatoria per l'attentato⁸¹ deve essere inferiore rispetto a quella prevista per la fattispecie criminosa consumata, in quanto differente risulta il grado di offesa arrecato all'interesse tutelato dalla norma⁸².

⁷⁸ Tra i principali contributi si ricordano, BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, § XXXVII; FILANGIERI, *La scienza della legislazione (1783)*, IV(libro III cap. XXV), Venezia, 1796, pag. 9; PAGANO M., *Principj del codice penale*, Milano, 1803, p. 46 ss.

⁷⁹ ROMAGNOSI G. D., *Genesi del diritto penale*, Pavia, 1791, pag. 260 ss.

⁸⁰ ROMAGNOSI G. D., *Genesi del diritto penale*, cit., pag. 311.

⁸¹ Cfr. GALLO E., *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, cit., pag. 2: «...ed è ben noto, del resto, come ancora gli scrittori di diritto più prossimi a noi usassero fino al secolo scorso indifferentemente i termini di « attentato » e di « conato » per indicare il tentativo punibile. Il Romagnosi, quando deve riferirsi all'istituto del tentativo come tale, usa esclusivamente il termine «attentato», mentre adopera la parola «tentativo» soltanto per spiegare il concetto in contrapposizione a quello di consumazione ». Si tratta di una “confusione” che, secondo tale ricostruzione, viene risolta in via definitiva solo attraverso l'intervento di CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Milano, 1933, pag. 190.

⁸² ROMAGNOSI G. D., *Genesi del diritto penale*, cit., pag. 391 ove si afferma « crescere la pena a proporzione che l'attentato si fa più prossimo alla consumazione: e sarebbe ingiusto violare questa legge di gradazione ».

Si iniziano, inoltre, a scindere e perimetrare con relativa chiarezza le fasi della esecuzione e della consumazione del delitto tentato ed emerge per la prima volta il riferimento espresso al concetto di idoneità così definito: « In questa forza tendente al nocimento deve consistere essenzialmente la forza nociva dell'attentato, e quella forza per cui egli può temersi come male. E perciò la di lui maniera nociva di essere non può essere altro che la relazione, e la conversione degli atti che lo compongono a produrre danno »⁸³.

Dall'applicazione di tale requisito discende la irrilevanza del tentativo irrealistico o superstizioso. Esso è dotato « per se stesso di una forza innocua, cioè manca di quella tendenza malefica, per cui poteva ispirare terrore: se le cagioni di impotenza agiscono in una maniera sconosciuta, e costante, è troppo chiaro che l'esito nocivo dell'attentato deve sempre dal Legislatore riguardarsi come impossibile. Perciò la Società dovrà riguardarsi come affatto sicura: e sarebbe ingiusto contro tali tentativi procedere con mezzi penali »⁸⁴. Dubbi sorgono circa la punibilità del tentativo assolutamente inidoneo per i mezzi e l'inesistenza dell'oggetto, mentre certamente rilevante è il conato nel caso in cui l'evento non si verifica a causa di « una maniera puramente accidentale e fortuita di agire delle leggi fisiche »⁸⁵.

Si registra, al contrario, una pressoché totale insensibilità verso temi che diventeranno centrali nel dibattito dottrinale successivo; in particolare, nessuna riflessione viene dedicata alla elaborazione di criteri per stabilire i confini tra atti preparatori irrilevanti e tentativo punibile. Anzi, secondo Romagnosi la categoria degli atti preparatori rientra nello spazio proprio del conato remoto, sulla cui rilevanza nel diritto criminale non si nutre alcuna perplessità.

⁸³ SEMINARA S., *Il delitto tentato*, Milano, 2012, pag. 13

⁸⁴ ROMAGNOSI G. D., *Genesis del diritto penale*, cit., pag. 339.

⁸⁵ ROMAGNOSI G. D., *Genesis del diritto penale*, cit., pag. 343.

Altrettanto “importante” il contributo offerto da altri studiosi dell’epoca. Ci riferiamo a Nani e Carmignani.

All’opera del primo va riconosciuto il merito di aver focalizzato l’attenzione sul dato della prossimità dell’atto rispetto al momento consumativo e di aver ripreso, senza svilarlo, il concetto di idoneità⁸⁶. Quest’ultimo criterio, a ben vedere, viene valorizzato tanto da assolvere la funzione di vero e proprio limite allo spazio applicativo del conato all’interno del sistema penale.

Maggiore l’approfondimento dedicato alla tematica da Carmignani, cui deve essere riconosciuto di aver conferito al delitto tentato una centralità nella elaborazione sistematica del diritto penale fino ad allora sconosciuta, almeno per quanto concerne la dottrina italiana⁸⁷.

Il concetto risulta ancora una volta strettamente legato a quello di danno ma, e questo è certamente il merito principale, al criterio della idoneità si affianca quello ulteriore della univocità, come risulta dall’espressione « fatto umano avente carattere estrinseco di mezzo, assunto da malvagio proposito e idoneo a conseguire il suo fine nella consumazione di certa e determinata offesa sociale »⁸⁸.

Si fa così strada nel dibattito penalistico il riferimento ad un nuovo requisito che, occorre precisarlo, esercitava allora una funzione delimitativa della rilevanza esclusivamente in sede probatoria, mentre nessuno spazio era stato riservato ad esso sul piano del diritto sostanziale.

Non di poco conto i risvolti che tale teoria produce sull’intera disciplina del delitto tentato. « Per difetto non appartengono all’attentato, e son perciò immuni d’ogni qualità delittuosa: 1 il nudo pensiero di delinquere, benché

⁸⁶ NANI, *Principii di giurisprudenza criminale*, Napoli, 1826, pag. 89 ss.

⁸⁷ CARMIGNANI G., *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Pisa, 1831 II, pag. 323; ID, *Elementi di diritto criminale*, Milano, 1863, pag. 84. ROMAGNOSI G. D., *Genesis del diritto penale*, cit., pag. 311.

⁸⁸ CARMIGNANI G., *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, cit., pag. 323; ID, *Elementi di diritto criminale*, cit., pag. 84.

manifestato in confidenza, od in via di minaccia; 2. Gli atti meramente preparatori e tali da non potersi perciò *univocamente* riferire al delitto in questione; 3. Gli atti insufficienti ed inidonei al delitto, ove sien tali sì obiettivamente che suriettivamente »⁸⁹.

Ma anche tale elaborazione mostra insuperabili limiti se esaminata alla luce delle più moderne acquisizioni della scienza penalistica.

Al riferimento all'univocità fa infatti da *pendant* un ridimensionamento eccessivo del criterio della idoneità e, si fonda la costruzione del sistema penale sul riferimento - fin troppo disinvolto - al concetto di « danno mediato », da intendersi come « cattivo esempio che può indurre altri a delinquere e nel timore di mali simili che invade l'animo dei buoni cittadini »⁹⁰.

In definitiva, il ricorso a questa categoria di danno, la sottovalutazione del requisito della idoneità e la ricostruzione del concetto di univocità in termini sostanzialmente processuali inficiano la complessiva portata garantistica del contributo di Carmignani, come dimostrato dalla più volte manifestata giustificazione della criminalizzazione del conato remoto⁹¹,

⁸⁹ CARMIGNANI G., *Elementi di diritto criminale*, cit., pag. 85, corsivo nostro.

⁹⁰ CARMIGNANI G., *Elementi di diritto criminale*, cit., pag. 89.

⁹¹ CARMIGNANI G., *Elementi di diritto criminale*, cit., pag. 88, « siccome li attentato delittuoso, prossimo o remoto che sia, mette in pericolo la sicurezza dei cittadini, nuoce al pubblico esempio, e, perciò di idee prevenire; così debb'essere politicamente imputato ». Con ancora maggiore precisione *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, pag. 340 ss. ove l'Autore afferma che rientrano tra le ipotesi di conato remoto « tutti gli atti, che stabiliscono senza equivoco la intenzione preordinata a certo, e determinato delitto » mentre tra quelle di conato prossimo gli atti che « consistono in assunzione di mezzi di connessione più o meno stretta, ma sempre certa nel fine, nel qual il delitto consiste ». Pertanto « il vero criterio misuratore dell'attentato sembra piuttosto consistere nella retta » valutazione del maggiore o minore pericolo, « che l'atto assunto dall'attentante minaccia ».

vanificando, in definitiva, gli apprezzabili sforzi compiuti per individuare e definire gli elementi strutturali del delitto tentato⁹².

La frammentazione politica in cui versava la penisola durante la prima metà dell'ottocento sembra ripercuotersi anche sul contesto della scienza penalistica dell'epoca. Non esiste, in effetti, una scuola italiana, ma varie scuole italiane di diritto penale⁹³.

Tra esse, almeno per quanto concerne la tematica del delitto tentato, spiccano per i loro contributi la scuola napoletana e quella toscana.

La prima, influenzata dal pensiero degli illustri Maestri dell'illuminismo napoletano, ha la fortuna di doversi confrontare con una delle legislazioni più progredite di quel periodo.

L'art. 15 del Codice del Regno delle Due Sicilie del 1808 e gli artt. 69 e 70 del successivo Codice del Regno delle Due Sicilie del 1819 offrono una definizione di tentativo certamente molto evoluta⁹⁴.

Precisamente, ai sensi dell'art. 15 del Codice del 1808 « è tentato quello (il delitto), nel quale l'intenzione del delinquente sia stata manifestata con atti esterni, prossimi all'esecuzione, ma in cui l'effetto o non sia seguito affatto, o sia seguito in parte »; nell'art. 66 si afferma che « è più o meno scusabile

⁹² Per un'approfondita critica del pensiero di Carmignani si rinvia a SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 19-20. Vedi anche GIACONA I., *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, Torino, 2000, pag. 392 ss.

⁹³ SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 94;

⁹⁴ DEL GIUDICE, *Storia del diritto italiano*, cit., 195; PESSINA E., *Il diritto penale da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice penale vigente (1764-1890)*, cit., pag. 580 ss.; ID, *La scuola storica napoletana nella scienza del diritto*, in *Pel cinquantesimo anno di insegnamento di Enrico Pessina*, Napoli, 1899, I, pag. 465 ss. Inoltre, MAGLIO G. M. – GIANNELLI F., *La configurabilità del tentativo nelle varie strutture criminose*, Salerno, 1994, pag. 11 ss; MAZZACANE A., *Una scienza per due regni: la penalistica napoletana della restaurazione*, in *Codice per lo Regno delle Due Sicilie (1819)*, a cura di S. Vinciguerra, Padova, 1996, XXXV ss.; NANI, *Principii di giurisprudenza criminale*, Napoli, 1826; NOVARESE, *Istituzioni e processo di codificazione nel Regno delle Due Sicilie. Le "Leggi penali" del 1819*, Milano, 2000; PATALANO V., *Sulle "Leggi penali" contenute nella Parte seconda del codice per lo Regno delle Due Sicilie*, in *Codice per lo Regno delle Due Sicilie (1819)*, a cura di S. Vinciguerra, Padova, 1996.

il dolo nel delitto tentato, secondoché è più o meno grave l'effetto, che n'è seguito »⁹⁵.

Per quanto concerne il Codice del 1819, nell'art. 69 si stabilisce: « Chiunque colla volontà di commettere un misfatto giunge ad atti tali di esecuzione, che nulla rimanga per la sua parte onde mandarlo ad effetto, se questo non ha avuto luogo per circostanze fortuite ed indipendenti dalla di lui volontà, è punito con un grado meno del misfatto consumato: salve le eccezioni in alcuni casi particolari preveduti dalla legge. Questa specie di tentativo chiamasi misfatto mancato ». L'art. 70 dispone, inoltre, che « il tentativo di un misfatto che non ha avuto luogo per circostanze fortuite ed indipendenti dalla volontà del colpevole, se sia manifestato con atti esteriori prossimi alla esecuzione, tali però che ancora rimanga all'autore qualche altro atto per giungere alla consumazione del medesimo, è punito... »

La configurabilità del conato risulta subordinata all'accertamento di un duplice requisito. Sotto il profilo oggettivo, occorre la realizzazione di atti esterni prossimi all'esecuzione, mentre, sotto quello soggettivo, era necessario valutare la volontarietà della condotta che non sussisteva nel caso in cui l'evento si fosse verificato a causa di fattori estranei alla volontà del reo⁹⁶.

Il danno continua a costituire il nucleo essenziale del reato e ad esso si affianca con sempre maggiore frequenza e consapevolezza il requisito della idoneità.

Prima di proseguire nella disamina del contributo della scuola partenopea, giova porre immediatamente in evidenza che i suoi meriti, oltre ad emergere

⁹⁵ Non mancano anche nel Codice del Regno delle Due Sicilie del 1808 ipotesi di delitto tentato equiparate sotto il profilo sanzionatorio al delitto consumato. Di tale dosimetria sanzionatoria il legislatore si avvale, in particolare, nella disciplina del reato di omicidio (art. 199) e nelle fattispecie incriminatrici volte a tutelare la personalità dello Stato, l'ordine pubblico e la pubblica amministrazione (artt. 82, 90, 126, 187, 189).

⁹⁶ ROBERTI, *Corso completo del Diritto Penale del Regno delle due Sicilie secondo l'ordine delle leggi penali*, Napoli, 1833, pag. 36 ss.

in opere di dottrina, si palesano nella attività della giurisprudenza, contrassegnata da un'attenzione ed una sensibilità alle garanzie non comuni durante quell'epoca⁹⁷.

Le formule codicistiche vengono così rilette in sede applicativa in modo da ridurre i rischi di una eccessiva dilatazione dello spazio applicativo del delitto tentato.

Il riferimento contemplato nell'art. 70 agli “atti esteriori prossimi alla esecuzione” viene riletto come “atti *esecutivi* prossimi alla consumazione”⁹⁸; il requisito della idoneità viene valorizzato e ricostruito escludendo la punibilità nell'ipotesi di «assoluta inutilità dei mezzi o per forza di principi invariabili di diritto o quando non può menare ad un risultato che ai termini della legge, cioè nel suo carattere esteriore, potesse considerarsi come reato, sebbene tal per altro si reputasse dal delinquente»⁹⁹.

Si esamina con estrema chiarezza anche la relazione tra la configurabilità del tentativo ed il pericolo. Solo il “timore del danno” annesso alla possibile consumazione del reato giustifica la sanzione per la condotta posta in essere dall'agente¹⁰⁰.

All'apprezzabile sforzo garantistico portato avanti dagli operatori “pratici” del diritto non corrisponde altrettanta lucidità nella elaborazione di contributi da parte della dottrina penalistica¹⁰¹.

⁹⁷ Sul punto SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 58.

⁹⁸ NICOLINI N., *Del tentativo e della complicità ne' reati e sue relazioni col tentativo*, Livorno, 1853, pag. 35; ROBERTI, *Corso completo del Diritto Penale del Regno delle due Sicilie secondo l'ordine delle leggi penali*, cit., pag. 128.

⁹⁹ ROBERTI, *Corso completo del Diritto Penale del Regno delle due Sicilie secondo l'ordine delle leggi penali*, cit., pag. 60 ss. Di fatto si tratta delle moderne ipotesi di reato impossibile per inidoneità dell'azione e di reato putativo.

¹⁰⁰ Sul punto, ROBERTI, *Corso completo del Diritto Penale del Regno delle due Sicilie secondo l'ordine delle leggi penali*, cit., pag. 36.

¹⁰¹ Così SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 64.

A ben vedere, manca una ricostruzione dell'istituto capace di conferire al delitto tentato una sua autonomia nella teoria generale del reato, e proprio ciò, forse, spiega le ragioni alla base della intensa attività suppletiva di matrice giurisprudenziale.

Un ulteriore punto di crisi va individuato nella incapacità di escludere in via definitiva qualsiasi riferimento al concetto di “danno mediato” che si configura quando le « azioni, sebbene rivolte direttamente contro il privato, pure offendono indirettamente lo stess'ordine sociale, sia perché col mal'esempio allettano gli altri a commettere delle consimili, sia perché destano negli animi altrui il giusto timore di divenire vittime di simili danni, ed infievoliscono così la fiducia di quella sicurezza che si ripone nella protezione delle leggi »¹⁰².

Il rinvio a tale concetto costituisce un vero e proprio punto di rottura con un sistema improntato sulla tutela dei diritti individuali, poiché consente una estensione marcata della tipicità, tale da legittimare forme di punibilità del conato remoto, con conseguente compressione della libertà del cittadino.

Peraltro tali annotazioni non sviscerano il ruolo della scienza penalistica napoletana, la cui sensibilità verso la tutela delle garanzie, come è stato messo in evidenza dalla dottrina più moderna, non ha eguali durante quell'epoca¹⁰³.

Il contributo della scuola toscana, in effetti, dimostra una certa “disattenzione” verso i temi cari alla dottrina partenopea, ma incide profondamente sullo sviluppo della teorica del delitto tentato, focalizzando l'attenzione su aspetti differenti.

¹⁰² ROBERTI, *Corso completo del Diritto Penale del Regno delle due Sicilie secondo l'ordine delle leggi penali*, cit., pag. 13.

¹⁰³ Questa è l'opinione di SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 64 ss.

Come già emerso nel paragrafo precedente, alla dottrina toscana va riconosciuto l'indiscusso merito di aver arricchito la struttura del tentativo del requisito dell'univocità¹⁰⁴.

Si tratta di un concetto che, dopo una prima fase in cui fu ricostruito in termini meramente processualistici, acquisisce una propria autonoma dignità sul piano del diritto sostanziale.

Al requisito della idoneità si affianca, così, un ulteriore valido strumento per effettuare un giudizio utile a filtrare le condotte punibili a titolo di tentativo, con una immediata delimitazione dell'ambito del penalmente rilevante.

In altre parole, si inizia ad analizzare con una certa precisione il punto di maggiore complessità nella ricostruzione del delitto tentato, cioè, il problema di individuare criteri affidabili per poter stabilire con relativa certezza la tipicità dell'atto.

Il dibattito sul tema fu acceso e manifesta la crescente consapevolezza della problematica come lasciano emergere le prime critiche al criterio del "cominciamento dell'esecuzione" che sembrano riavvicinare la scuola napoletana a quella toscana¹⁰⁵.

Tale criterio risulta eccessivamente generico, non idoneo ad espletare una funzione di delimitazione e, pertanto, non risulta meritevole della tanta attenzione ad esso riservata dalla dottrina dell'epoca¹⁰⁶.

¹⁰⁴ CARMIGNANI G., *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Pisa, 1831 II, pag. 323; ID, *Elementi di diritto criminale*, Milano, 1863, pag. 84.

¹⁰⁵ Per la scuola napoletana si rinvia a ROBERTI, *Corso completo del Diritto Penale del Regno delle due Sicilie secondo l'ordine delle leggi penali*, cit., pag. 64 ss. Per la scuola toscana v. CARMIGNANI G., *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, pag. 323, ove afferma: « Il principio di esecuzione è in quel concetto il più fallace carattere perché la esecuzione è formula di consumazione non di attentato, e perché vi è un attentato, il qual si verifica in una infruttuosa fine di esecuzione non che nel suo non riuscito principio ».

I contributi delle due scuole del diritto criminale durante la prima metà del XIX secolo individuarono, dunque, coordinate che si riveleranno essenziali per lo sviluppo della successiva teorica del tentativo.

Idoneità, univocità, cominciamento dell'esecuzione costituiscono concetti che ancora oggi permeano la disciplina del tentativo e sui quali vi è un acceso dibattito in dottrina e giurisprudenza. Le basi per la costruzione delle “moderno” istituto del delitto tentato sono state gettate.

4. I contributi di Francesco Carrara ed Enrico Pessina.

La dottrina tradizionale scinde nettamente il pensiero del Carrara in materia di delitto tentato in due fasi: una prima, durante la quale si valorizza prevalentemente il concetto di univocità, seguita da un secondo periodo, connotato dalla elaborazione del criterio della aggressione della sfera del soggetto passivo, chiamato in causa proprio per ovviare alla dimostrata incapacità della sola univocità nel filtrare le condotte rilevanti ai fini della configurazione del tentativo¹⁰⁷.

107 Sul punto CARRARA F., *Studi sul delitto perfetto*, Lucca, 1879; ID, *Atti preparatori*, in *Reminiscenza di cattedra e foro*, Lucca, 1883, pag. 329 ss.; ID, *Programma del Corso di diritto criminale*, VI ed., Prato, 1886, pag. 240 ss; ID, *Un pensiero sul tentativo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, IV ed., Firenze, 1899; ID, *Grado nella forza fisica del delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, VI ed., Firenze, 1909; ID, *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, 1880 VII; ID, *Studi sul delitto perfetto*, Lucca, 1789; ID, *Sinopsi sulle mie opinioni sul conato*, Lucca, 1878; ID, *Sunto di alcune lezioni sul grado nella forza fisica del delitto (conato, complicità)*, Lucca, 1859; ID, *Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto (conato, complicità)*, Lucca, 1863. In proposito, vedi DEL CORSO S., *Atti preparatori ed atti esecutivi nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 148 ss; PALAZZO F., *Il tentativo: un problema ancora aperto? (Tipicità ed offesa tra passato e futuro)*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2011, 38 ss.; SEMINARA S., *Il delitto tentato*, 55 ss. Con particolare riferimento al concetto di idoneità vedi GIACONA I., *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., pag. 392 ss.

Si tratta di una impostazione messa seriamente in discussione da recenti contributi dottrinali, che evidenziano come il ricorso all'aggressione della sfera del soggetto passivo risulta presente già nei primi contributi del Carrara e come il vero tratto comune caratterizzante l'intera opera del Maestro toscano sia costituito dalla tendenziale dilatazione della sfera di punibilità del delitto tentato¹⁰⁸.

Il conato viene definito una prima volta come «qualunque atto esterno, univocamente conducente di sua natura a un evento criminoso, ed al medesimo diretto con esplicita volontà, non susseguito dall'evento stesso, né dalla violazione di un diritto uguale o poziore». In un secondo momento, l'Autore qualifica il tentativo quale «fatto umano antiggiuridico e perturbatore della tranquillità dei cittadini, che aveva per sua natura potenza di produrre la lesione di un diritto ulteriore più importante di quello che dal fatto medesimo fu violato; alla lesione del qual diritto non violato, ma posto soltanto in pericolo, erasi il fatto medesimo diretto con determinata e perseverante volontà dell'agente»¹⁰⁹.

Il fondamento della punibilità viene rintracciato nella necessità di sanzionare la condotta dimostratasi incapace di produrre l'evento ma, nonostante ciò, pericolosa. Proprio il riferimento al pericolo, il cui collegamento con l'istituto del conato è messo magistralmente in evidenza dal Carrara, costituisce uno dei punti più controversi dell'intera teorica, con riguardo alla nozione di pericolo accolta.

Il pericolo si configura sia « nello stato di fatto che ha ad un dato momento reso imminente quella violazione », sia quale pericolo per la sicurezza

¹⁰⁸ SEMINARA S., *Il delitto tentato*, pagg. 55, 86; DEL CORSO S., *Atti preparatori ed atti esecutivi nel pensiero di Francesco Carrara*, cit., 148 ss.

¹⁰⁹ CARRARA F., *Programma del Corso di diritto criminale*, VI ed., cit., pag. 236.

sociale, sia, infine, quale pericolo di reiterazione della condotta antigiuridica da parte del reo¹¹⁰.

In definitiva, si tratta di una nozione eccessivamente lata che, corroborata da un concetto di danno anch'esso molto ampio, induce l'illustre Maestro ad individuare nel conato una ipotesi di pericolo per la sicurezza in grado di realizzare un vero e proprio "danno politico"¹¹¹. Tale impostazione permea l'intera teoria di Carrara.

L'istituto viene così piegato ad esigenze di anticipazione dell'intervento penale principalmente attraverso la combinazione di tre elementi: l'univocità, l'aggressione alla sfera giuridica del soggetto passivo e l'idoneità. Per descrivere il requisito della univocità, l'Autore si avvale del celebre esempio del viaggio la cui meta è incerta per i terzi, fin quando esso non si completi. « L'esecuzione di un reato è un viaggio che fa il malvagio verso la violazione della legge. Figurisi che io voglia fare un viaggio a Parigi. Finché preparo passaporti e bauli non ho ancora incominciato il viaggio verso Parigi. Ma quando mi sono posto in via, ho incominciato per certo il viaggio, ancorché i terzi che mi vedono non sappiano ancora se andrò a Genova soltanto, o a Torino, o a Parigi: né può dirsi che l'esecuzione del mio viaggio comincia solo quando giungo a vedere la torre di Nòtre-dame. Potrà essere dubbio per i terzi qual viaggio io intraprenda; ma certo è che un viaggio l'ho intrapreso»¹¹².

A ben vedere, si tratta di un criterio della univocità fortemente influenzato dal dato soggettivistico, o meglio, finalistico, da cui non traspare la ricostruzione del concetto quale connotato intrinseco dell'atto¹¹³.

¹¹⁰ Sul concetto di pericolo accolto da Carrara e sulle contraddizioni da esso ingenerate nella teorica sul tentativo, vedi SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 76 ss.

¹¹¹ CARRARA F., *Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto (conato, complicità)*, cit., pag. 5.

¹¹² CARRARA F., *Sunto di alcune lezioni sul grado nella forza fisica del delitto (conato, complicità)*, cit., pag. 27.

¹¹³ SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 79.

E che si tratti di un elemento eccessivamente legato al fattispecie soggettiva, di per se incapace di esercitare la funzione filtro per la quale l'univocità era stata pensata, lo conferma la giurisprudenza dell'epoca che, nell'adottare tale criterio, lo svilisce in elemento meramente probatorio. Ancora una volta, come già era accaduto nella ricostruzione di Carmignani, l'univocità si configura quale dato meramente processuale.

Il contesto non muta quando, nel rimeditare il tema, Carrara afferma che « l'univocità che converte gli atti preparatori in esecutivi ai fini del conato non può pretendersi in senso assoluto ed astratto. In questo senso non sarebbero univoci che gli atti consumativi. Bisogna prenderla nel senso di calcolo di maggiore probabilità desunta dalle circostanze materiali dell'atto del quale si disputa »¹¹⁴.

Dell'*handicap* che inficia il criterio della univocità diviene consapevole lo stesso illustre fautore, il quale si rende conto di come una « questione puramente ontologica si convertì in una questione di prova, e di convinzione »¹¹⁵.

Al fine di superare tali *deficit*, al requisito della univocità fu affiancato in modo penetrante quello della aggressione della sfera del soggetto passivo¹¹⁶.

A dire il vero, il soggetto passivo del reato aveva già assunto un suo ruolo nella trattazione del conato anche nella c.d. prima fase del pensiero carrariano, ma esso assume maggiore rilievo durante l'ultimo periodo.

Occorre precisare che per Carrara soggetto passivo dell'attentato è tutto ciò su cui cadono gli atti esecutivi precedenti la consumazione, mentre soggetto

¹¹⁴CARRARA F., *Programma del Corso di diritto criminale*, IV ed., 1869, pag. 351. Il contributo riportato sembra confermare quanto sostenuto dalla dottrina più moderna e, cioè, che sussiste la volontà nell'Autore di estendere le maglie del tentativo fino a comprendere le ipotesi di conato remoto in cui rientrano anche alcuni atti preparatori.

¹¹⁵ CARRARA F., *Atti preparatori*, in *Reminiscenza di cattedra e foro*, pag. 344.

¹¹⁶ CARRARA F., *Sunto di alcune lezioni sul grado nella forza fisica del delitto (conato, complicità)*, cit., pag. 29; DEL CORSO S., *Atti preparatori ed atti esecutivi nel pensiero di Francesco Carrara*, cit., 154.

passivo della consumazione è ciò su cui cade l'ultimo atto consumativo del delitto¹¹⁷.

Il ricorso congiunto ai criteri della univocità e della aggressione della sfera del soggetto passivo mira alla individuazione del momento iniziale del delitto tentato.

Preliminarmente va messo in luce che, nell'elaborazione in esame, non si accoglie la dicotomia atti preparatori-atti esecutivi. Tale formula viene aspramente criticata, in quanto incapace di offrire una rappresentazione giuridica della realtà fenomenica del reato che si snoda attraverso la fase della preparazione, della esecuzione e della consumazione¹¹⁸.

Secondo l'Autore toscano, in definitiva, la dottrina francese avrebbe confuso l'esecuzione con la consumazione poiché utilizza la formula degli atti esecutivi quale sinonimo degli atti consumativi, « ma – ciò – in faccia alla verità ed al comune linguaggio scientifico, preparare, eseguire e consumare sono tre momenti distinti »¹¹⁹.

Inoltre, siffatta classificazione implicherebbe, come già sostenuto da Autorevole del tempo, la irrilevanza per il diritto penale degli atti preparatori, conseguenza, quest'ultima, che lo stesso Carrara vuole scongiurare¹²⁰.

¹¹⁷ DEL CORSO S., *Atti preparatori ed atti esecutivi nel pensiero di Francesco Carrara*, cit., 154.

¹¹⁸ Di diverso avviso PALAZZO F., *Il tentativo: un problema ancora aperto? (Tipicità ed offesa tra passato e futuro)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2011, 42 ove si afferma: « Come è ben noto, ha affermato Francesco Carrara che il criterio di distinzione tra atti preparatori ed esecutivi bisogna prenderlo nel senso di un calcolo di maggiore probabilità desunta dalle circostanze materiali dell'atto del quale si disputa ».

¹¹⁹ CARRARA F., *Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto (conato, complicità)*, cit., pag. 87.

¹²⁰ Sul punto CARRARA F., *Sunto di alcune lezioni sul grado nella forza fisica del delitto (conato, complicità)*, Lucca, 1859, pag. 27ss. in cui si critica apertamente l'impostazione di Rossi che, nel distinguere atti preparatori ed atti esecutivi, annulla di fatto la rilevanza del conato remoto e, di conseguenza, afferma la generale irrilevanza degli atti preparatori per il diritto penale.

Nel pensiero dell'Autore gli atti preparatori ben possono essere dotati di una pericolosità tale da consentirne la punibilità nel caso in cui essi rientrino tra le ipotesi di conato remoto.

Non è, di conseguenza, un caso se l'attenzione si sposta dalla individuazione di criteri per stabilire i limiti tra atti preparatori ed atti esecutivi, alla indagine sul rapporto tra atti preparatori e conato remoto¹²¹.

In altre parole, la rilevanza degli atti prodromici al reato non può essere aprioristicamente esclusa. Per stabilire quando tali atti superano il filtro della tipicità si deve ricorrere congiuntamente ai criteri della univocità e della sfera del soggetto passivo.

Invero, proprio il ricorso a tale ultimo criterio consente di scindere in via preliminare gli atti preparatori in *assoluti* e *contingenti*¹²².

I primi, cioè gli "atti preparatori assoluti", non fuoriescono dalla sfera del soggetto agente e, di conseguenza, non sono punibili poiché non intaccano l'incolumità del soggetto passivo.

Gli "atti preparatori contingenti", al contrario, fuoriescono dalla sfera dell'autore e sono in grado di incidere sulla sfera del soggetto passivo. Si badi bene, non per ciò solo essi sono però rilevanti. Tali condotte preparatorie, difatti, devono essere sottoposte ad un ulteriore giudizio volto ad accertarne la univocità. Se essa sussiste confluiranno nello spazio riservato al conato remoto punibile. Nel caso opposto, se cioè gli atti preparatori contingenti non sono dotati della caratteristica della univocità, si tratta di condotte irrilevanti per il diritto penale.

¹²¹ DEL CORSO S., *Atti preparatori ed atti esecutivi nel pensiero di Francesco Carrara*, cit., pag. 152. Vedi anche SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 79 ove si afferma: « Più specificamente, Carrara mira a differenziare non gli atti preparatori dagli atti esecutivi, bensì, i primi dal conato remoto, caratterizzato da una direzione "certa" verso il delitto e tuttavia, a differenza del conato prossimo, ancora lontano dalla consumazione. Ma questa direzione certa viene riferita ad un fatto specificato solo nel genere...»

¹²² Per un'approfondita analisi del concetto di idoneità nel pensiero di Carrara si rinvia a GIACONA I., *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., pag. 392.

In definitiva, dal congiunto ricorso ai criteri della sfera del soggetto passivo e della univocità deriva l'individuazione del momento iniziale del tentativo punibile¹²³.

Diversamente, non svolge un ruolo di prim'ordine nell'opera di delimitazione dell'ambito applicativo del conato il requisito della idoneità.

Quest'ultima si valuta non in relazione all'ultimo atto posto in essere, bensì con riguardo a ciascun singolo segmento in cui l'*agere* si scompone, con consequenziale possibile rilevanza della condotta antecedente che si riveli in grado di produrre l'evento, nonostante la dimostrata inidoneità dell'ultimo atto realizzato.

L'idoneità così interpretata consente la configurazione del delitto tentato anche nel caso di mancanza dell'oggetto dell'azione, di assenza della vittima, di inadeguatezza della condotta concreta, se gli atti iniziali erano idonei o i mezzi risultavano viziati da una inidoneità solo relativa¹²⁴.

Ne deriva un concetto di idoneità svuotato sotto un duplice profilo. « Da un lato, infatti, essa risulta distinta in assoluta e relativa solo per affermare

¹²³ CARRARA F., *Prolusione al corso accademico di diritto criminale 1870-1871*, Lucca, 1870, pag. 51. Gli atti preparatori in modo assoluto « sono tutti quelli atti che si svolgono nel soggetto attivo del malefizio: il comprare veleno e prepararlo in sua casa, il munirsi di arme, il fabbricare lo scalpello o la scala, ed altri consimili che non ancora s'incontrano col soggetto passivo né della consumazione né del conato, non costituiscono il rispettivo principio di esecuzione del veneficio, dell'omicidio o del furto; quantunque per avventura si possa avere la certezza che essi erano preordinati a quelle delinquenze. Ma gli atti che si svolgono sul soggetto passivo del malefizio non sono preparatori in un modo assoluto, ma possono dirsi tali solo condizionalmente: alla condizione cioè che le circostanze non rendano unica la loro destinazione. Se univoco è il fine al quale s'indirizzano questi atti perché le circostanze materiali che circondano i medesimi li mostrano indubitatamente diretti al delitto, la qualità di atti esecutivi chiarita in loro sotto il punto di vista ideologico non può contrastarsi nei medesimi sotto il punto di vista ontologico perché colui che incominciò ad agire sul soggetto passivo (sia dell'attentato sia della consumazione) ha incominciato ad eseguire la aggressione contro il diritto, e così ha incominciato il tentativo del malefizio». Sul punto, DEL CORSO S., *Atti preparatori ed atti esecutivi nel pensiero di Francesco Carrara*, cit., pag. 158; SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 82.

¹²⁴ Per un approfondimento, SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 86-87.

che l'assenza della seconda non basta ad escludere il tentativo; perché guardato in astratto, in modo assoluto, o subiettivamente, il mezzo adoperato presentava un' idoneità; dall'altro lato, il suo accertamento viene riferito ad ogni singola frazione della condotta del reo, in modo che, se la inidoneità sopravviene nei primordii, per esempio il colpevole partì da casa col fucile carico a sola polvere, questa omissione informerà tutta la serie delle sue operazioni successive, e tutte essendo scevre da pericolo, non vi sarà tentativo punibile; ma se l'inidoneità sopravvenne quando già si aveva un attentato imputabile, cotesta inidoneità rende non valutabili tutti gli atti successivi, i quali si hanno come non avvenuti: poiché tanto è per la legge non fare un atto, quanto farlo inidoneo. Ma le antecedenze rimangono intatte »¹²⁵.

Diverse le interpretazioni che del pensiero di Francesco Carrara offre la dottrina.

Chi valorizza la nozione di atto preparatorio contingente integrata dal ricorso al dato della univocità, sostiene che l'Autore si sia avvalso di tale “strumento” per limitare la portata estensiva del delitto tentato¹²⁶.

¹²⁵ SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 85-86.

¹²⁶ DEL CORSO S., *Atti preparatori ed atti esecutivi nel pensiero di Francesco Carrara*, cit., 160. Secondo l'Autore, la diversità tra la prima e la successiva elaborazione in materia di delitto tentato è chiara. Essa si esprime, in particolar modo, su due fronti. In primo luogo, si assiste ad un arretramento della soglia di punibilità attraverso il ricorso al concetto di atti preparatori contingenti. Sembra venire eroso, in modo progressivo ed ineluttabile, l'autonomo spazio di punibilità del conato remoto. Secondariamente, grazie alla “nuova” sistemazione teorica, ai fini della configurazione del tentativo non si ritengono più sufficienti « gli atti che fossero univocamente diretti a commettere un delitto, senza che ci si preoccupasse, nel modo più assoluto, di stabilire *quale* fosse il delitto che si voleva commettere. Stavolta, ... non si prescinde più da questa ulteriore indagine; anzi, gli atti che non consentono in alcun modo di stabilire a *quale* delitto siano diretti e non siano contemporaneamente puniti come delitto perfetto, dovranno essere esenti da ogni punizione. Precedentemente appoggiare la scala al balcone di una abitazione era considerato un atto univoco diretto a commettere un crimine e, pertanto, si trattava di un atto sicuramente punibile come conato remoto; adesso, addirittura l'atto di introdursi nell'altrui domicilio, potendo condurre a vari delitti o persino ad attività lecite, non

Diversamente - e questa appare l'opzione più aderente alla lettura della complessiva opera dell'Autore -, secondo altri, la classificazione degli atti preparatori non aiuta a circoscrivere l'alveo applicativo dell'istituto, costruito in modo da garantire una più rafforzata ed intensa tutela della sicurezza collettiva¹²⁷.

Deve essere, altresì, esclusa una sensibilità particolare dell'Autore circa la compatibilità di marcate forme di anticipazione dell'intervento penale con i diritti individuali. Criminalizzare atti preparatori anche se "assoluti" attraverso la previsione *ad hoc* di fattispecie di reato costituisce secondo Carrara una facoltà del legislatore, che può essere legittimamente esercitata in particolare, se utile ad ampliare strumenti di tutela della personalità dello Stato¹²⁸.

In definitiva, ai fini della individuazione dell'inizio del momento punibile non rileva secondo il criminalista toscano la dicotomia atti preparatori-atti esecutivi; le condotte preparatorie ben possono essere criminalizzate sia ove esse siano sussumibili in ipotesi criminose di parte speciale, sia - nel caso del tentativo - ove si tratti di atti in grado di superare il doppio filtro ancorato ai criteri della sfera del soggetto passivo e della univocità.

dovrà essere sanzionato in alcun modo dal legislatore, se non integri *già di per sé* gli estremi di un *delitto perfetto*» (corsivo dell'Autore).

¹²⁷ SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 55-86.

¹²⁸ Vedi DEL CORSO S., *Atti preparatori ed atti esecutivi nel pensiero di Francesco Carrara*, cit., 148 ss. il quale con riguardo al tema afferma:« Significativamente si sottolinea l'evoluzione della scienza in materia di "cospirazione contro lo Stato; il questa ipotesi, evidenzia Carrara, si era passati grazie ai progressi della teoria ed ai legislatori illuminati, da una originaria prospettazione del fatto sotto le inopportune vesti del "tentativo a delinquere" con successivo e conseguente "tentativo di omicidio" nel "mandato ad uccidere", alla ben più rigorosa e fondata da un punto di vista scientifico qualificazione dello stesso come delitto consumato e perfetto. E ciò, ammonisce l'Autore, perché palesandosi il suo essere delitto "contro l'ordine di governo costituito nella città", diveniva chiaro che negli atti preparatori "già era completa...la violazione del diritto che si voleva proteggere con quel divieto"».

Ancora, non emergono criteri affidabili cui fare riferimento per potere distinguere atti preparatori ed atti esecutivi; si ricorre ad un concetto di idoneità eccessivamente ridimensionato; si valorizza la componente soggettivistica in controtendenza rispetto alla dottrina maggioritaria dell'epoca.

Manca, pertanto, una continuità rispetto alle elaborazioni dei colleghi napoletani che tanto avevano privilegiato, seppur prevalentemente in sede applicativa, l'aspetto garantistico nella ricostruzione di un istituto di confine, quale il tentativo è.

In verità, il rapporto con la scuola partenopea occupa parte degli scritti dell'Autore ed assume toni aspramente polemici. Ci riferiamo al noto passo in cui, con una certa diffidenza, Carrara critica, senza mai citarne l'autore, la teoria di Enrico Pessina¹²⁹.

Il Maestro napoletano utilizzava la dicotomia conato prossimo e conato remoto non nell'accezione classica. Si affermava che il « *conatus proximus* ha luogo quando qualche altro atto è necessario per compiere la serie dei momenti, perché l'esecuzione è cominciata ma è sospesa prima che si compia l'atto ultimo di consumazione; il *conatus remotus* ha luogo quando si è

¹²⁹ « Taluni insegnano che la parola attentato debba unicamente restringersi a designare gli atti preparatori del tentativo; ossia il tentativo in senso volgare sempre distinto dal tentativo in senso legale: ma salvo il rispetto al criminalista italiano cui piacque tale nomenclatura, io non credo la medesima né bastantemene fondata nell'autorità, né bastantemente giustificata dal senso etimologico, né in alcun modo utile alla trattazione della materia. Potrà forse trovare la sua ragione in qualche diritto costituito. Ma in quanto a me, seguito il comune linguaggio, usando promiscuamente come sinonimi le parole attentato, conato, tentativo; e indicando con il loro semplice e genuino nome gli atti preparatori i quali non essendo punibili non costituiscono un attentato giuridico e perciò sono in faccia alla scienza attentati» in CARRARA F., *Programma del Corso di diritto criminale*, VI ed., cit., pag. 339. La lettura del passo offre interessanti spunti. Esso, in particolare, lascia trapelare la contraddizione di fondo che contraddistingue l'opera del Carrara in relazione alla rilevanza o irrilevanza degli atti preparatori.

cominciato con una specie di *conatus* alcuno di quegli atti che sono necessari per aversi il *conatus proximus* »¹³⁰.

Il conato remoto, quindi, non consente l'intervento del diritto penale che, al contrario, è possibile nel caso di conato prossimo. Inoltre, l'Autore, consapevole della difficoltà di scindere le due forme di delitto tentato, afferma che « un criterio pratico per distinguere il *conatus proximus* dal *remotus* sta in ciò che nel primo gli atti sono sufficienti a dimostrare l'intendimento del malefizio; nell'altro non si porge l'atto della preparazione il quale può essere anco innocuo ma un atto che se non annunzia un determinato reato annunzia il delinquere in generale »¹³¹.

Lo spazio applicativo del conato subisce così un forte ridimensionamento come dimostrato dalla non punibilità di condotte pacificamente considerate rilevanti anche nel pensiero del maestro toscano. Per tutti valga l'esempio della scala posizionata in modo tale da introdursi nell'altrui domicilio. Essa « annunzia che si vuol delinquere contro colui che in quel domicilio risiede senza specificare quale reato si volesse commettere », ma,

¹³⁰ Pessina sembra delineare per la prima volta con una certa lucidità la differenza tra attentato e delitto tentato. In particolare, si afferma: « Ora soffermiamoci al *conatus remotus*. Esso ha nella scienza e nel foro un nome speciale, quello cioè di attentato, che il Niccolini adeguatamente disse essere conato di conato, o accingimento a quelle operazioni che costituiscono il conato propriamente detto ». L'Autore proseguiva sostenendo che « l'attentato nel senso del conato remoto è preveduto dalla legge fra i reati contro la sicurezza dello Stato; e di vero l'art. 150 dichiara che l'attentato sussiste dal momento che siasi dato principio ad un atto qualunque di esecuzione del reato », PESSINA E., *Elementi di diritto penale*, Napoli, 1882, I, pag. 251-252. Sul punto, interessanti le considerazioni di GALLO E., *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, cit., pag. 18 secondo il quale dalla lettura del passo riportato emerge che « la distinzione fra *conato* (corsivo dell'Autore) prossimo e remoto, e quindi fra tentativo e attentato, era dal Pessina posta nei termini della differenza fra esecuzione vera e propria e principio di esecuzione, ma anche per il Pessina dunque l'attentato rimaneva nel campo degli atti esecutivi e non di quelli preparatori ».

¹³¹ PESSINA E., *Trattati elementari sul diritto penale delle Due Sicilie*, Napoli, II, pag. 95.

non soddisfa il criterio della univocità oggettiva con consequenziale irrilevanza della condotta posta in essere per il diritto penale¹³².

5. La disciplina del delitto tentato nel codice Zanardelli ed il dibattito dottrinale.

La frammentazione propria della scuola classica si dimostra con particolare chiarezza in materia di delitto tentato.

Diversamente da Carrara, difatti, parte della dottrina dell'epoca avverte l'esigenza di valorizzare il criterio dell'idoneità che, insieme a quello della univocità, diviene elemento strutturale della fattispecie oggettiva del tentativo¹³³.

Lo stesso concetto di univocità, a ben vedere, viene ulteriormente elaborato e legato non più alla condotta, bensì all'atto esecutivo, con immediati risvolti positivi sotto il profilo della riduzione dell'area dell'intervento penale.

Più volte viene ribadita la centralità del pericolo quale elemento essenziale del conato, anche se si continua a fare riferimento al concetto di danno

¹³² In verità si tratta di un risultato cui giunge lo stesso Carrara, come messo ben in luce da DEL CORSO S., *Atti preparatori ed atti esecutivi nel pensiero di Francesco Carrara*, cit., 161. Precedentemente appoggiare la scala al balcone di una abitazione era considerato un atto univoco diretto a commettere un crimine e, pertanto, si trattava di un atto sicuramente punibile come conato remoto; adesso, addirittura l'atto di introdursi nell'altrui domicilio, potendo condurre a vari delitti o persino ad attività lecite, non dovrà essere sanzionato in alcun modo dal legislatore, se no integri *già di per sé* gli estremi di un *delitto perfetto* » (corsivo dell'Autore).

¹³³ Sul punto, BERSANTI P., *Fondamenti della imputabilità politica del tentativo*, 1884, pag. 12 ss.; COSENTINO V., *Il codice penale del 20 novembre 1859*, Napoli, 1883, pag. 150 ss.; CRIVELLARI G., *Concetti fondamentali di diritto penale*, Torino, 1888, pag. 80 ss.; GIACCHETTI C., *Dei reati e delle pene in generale*, Firenze, 1889, II, pag. 500 ss.

mediato, che, come già messo precedentemente in luce, comporta una estensione eccessiva dell'istituto in esame.

Pericolo, idoneità ed univocità, in definitiva, costituiscono la base comune su cui esponenti della scuola classica sviluppano la teoria del delitto tentato¹³⁴.

Del tutto antitetiche sia le premesse che le conseguenze emerse nell'ambito della scuola positiva, caratterizzata, secondo alcuni Autori, da «assoluta carenza sul piano dell'elaborazione sistematica e filosofica»¹³⁵.

Di certo il contributo più completo è stato elaborato da uno dei massimi esponenti del movimento, Garofalo¹³⁶. Secondo l'Autore « Il delitto non è mai l'effetto diretto ed immediato di circostanze esterne; esso sta sempre nell'individuo; esso è sempre rivelazione di una natura degenerata, quali che siano le cause, antiche o recenti, di tale degenerazione. In questo senso il delinquente fortuito non esiste»¹³⁷

Il delitto tentato risulta di conseguenza ricostruito spostando il baricentro dal pericolo per il diritto o il bene alla temibilità o pericolosità del soggetto agente¹³⁸.

Si tratta di una impostazione fortemente condizionata dalla teoria soggettivistica della quale accoglie i postulati fondamentali. La giustificazione della punibilità viene rintracciata nella volontà manifestata di violare la norma penale, che in nulla differisce rispetto a quella emersa nel caso di reato consumato. Ne deriva la necessità di prevedere una dosimetria

¹³⁴ La scuola classica «non era affatto una scuola. Era ciò che una scienza civilmente matura, ma tecnicamente in formazione, era capace di esprimere in quella fase», SBRICCOLI M., *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dell'Unità alla repubblica*, a cura di A. SCHIAVONE, Bari, 1990, pag. 186.

¹³⁵ SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 414.

¹³⁶ GAROFALO R., *Il tentativo criminoso con mezzi inidonei*, Torino, 1881, 8 ss.; ID, *Criminologia*, Torino, 1885, pag. 50 ss.

¹³⁷ GAROFALO R., *Criminologia*, II ed., Torino, 1891, pag. 99.

¹³⁸ GAROFALO R., *Il tentativo criminoso con mezzi inidonei*, cit., 8 ss.

sanzionatoria indifferenziata per delitto tentato e consumato. Con altrettanta disinvoltura si afferma la irrilevanza dei criteri della univocità ed idoneità nel conato. Quest'ultima, in particolare, manifesta la propria totale incapacità nello svolgere qualsiasi funzione nell'impostazione in esame.

Il soggetto può essere punito anche in presenza di atti inidonei in astratto, purché essi siano in grado di rendere palese la volontà del soggetto di violare la norma penale, salvo il caso in cui il ricorso a tali mezzi indichi la « stoltezza dell'agente, e questa lo dimostra innocuo »¹³⁹. Del resto, prosegue l'Autore, « Un uomo così stolto da credere possibile uccidere con quei mezzi, non può essere temibile, egli non è dunque punibile »¹⁴⁰.

La medesima svalutazione è riservata anche al criterio della univocità.

Si tratta di una teoria del delitto tentato coerente con i presupposti culturali e filosofici della scuola positiva.

In sintesi, si elabora una teoria del conato improntata sul requisito soggettivistico, da intendersi quale indice per valutare la pericolosità del soggetto agente. L'attenzione si sposta così dall'offesa alla temibilità del soggetto, con consequenziale equiparazione tra delitto tentato e consumato sotto il profilo sanzionatorio.

In un sistema in cui « l'individuo ha diritto alla vita sociale perché ne ha necessità, ma deve sottostare a quella società. L'individuo non rappresenta di questa che una molecola e non può far valere il suo diritto quando la sua conservazione metterebbe in pericolo quella della società »¹⁴¹, scompare qualsiasi interesse circa la problematica questione della delimitazione tra atti preparatori ed esecutivi.

Nessun dubbio residua in merito alla legittimità di forme marcate di anticipazione dell'intervento penale: in sostanza, non serve l'atto, basta la volontà criminosa.

¹³⁹ GAROFALO R., *Il tentativo criminoso con mezzi inidonei*, cit., 9.

¹⁴⁰ GAROFALO R., *Il tentativo criminoso con mezzi inidonei*, cit., 10 ss.

¹⁴¹ GAROFALO R., *Criminologia*, cit., pag. 50 ss.

L'art. 61 del codice penale del 1889 stabilisce:« Colui che al fine di commettere un delitto, ne comincia con i mezzi idonei l'esecuzione, ma per circostanze indipendenti dalla sua volontà non compie tutto ciò che è necessario alla consumazione di esso, è punito con la reclusione non inferiore a dieci anni, ove la pena stabilita per il delitto sia l'ergastolo, e negli altri casi con la pena stabilita per il delitto diminuita dalla metà ai due terzi. Se volontariamente desista dagli atti d'esecuzione del delitto, soggiace soltanto alla pena stabilita per l'atto eseguito, ove questo costituisca di per sé un reato ».

Il seguente art. 62 dispone:« Colui che, al fine di commettere un delitto, compie tutto ciò che è necessario alla consumazione di esso, se questa non avvenga per circostanze indipendenti dalla sua volontà, è punito con la reclusione non inferiore ai venti anni, ove la pena stabilita per il delitto sia l'ergastolo, e negli altri casi con la pena stabilita per il delitto diminuita da un sesto ad un terzo ».

Prima di approfondire la tematica del delitto tentato occorre precisare, al fine di evitare inesattezze, che il codice del 1889 se, da un lato, opta per una formula descrittiva del conato a “maglie strette”, dall'altro, legittima il ricorso a forme di pronunciata anticipazione della tutela.

Difatti, non basta evitare la previsione di delitti di attentato¹⁴² per soddisfare le istanze garantistiche, se poi innumerevoli sono le ipotesi delittuose di parte speciale poste a tutela dell'ordine costituito. Basti pensare alla fattispecie di pubblica istigazione a delinquere (art. 246), pubblica apologia di un fatto preveduto dalla legge come delitto o incitamento alla disobbedienza della legge ovvero incitamento all'odio fra le varie classi (art. 247), partecipazione a un'associazione diretta a commettere i reati appena

¹⁴² GALLO E., *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, cit., pag. 20 ss in cui si mette in risalto che il Legislatore del 1889 espulse dal sistema penalistico il ricorso alla parola attentato in quanto fonte di molteplici equivoci.

riferiti (art. 251), commissione di un fatto diretto a suscitare la guerra civile o a portare la devastazione, il saccheggio o la strage (art. 252).

Ulteriori forme di repressione della libertà sono previste per i mendicanti, per i viandanti, i liberati dal carcere ed, in generale, per i soggetti c.d. deboli, attraverso un sistema coadiuvato da leggi complementari che, seppur privo del riferimento alla pena capitale, risente di esigenze meramente generalpreventive, prescindendo da qualsiasi scopo rieducativo¹⁴³.

Per quanto concerne la tematica del tentativo, va immediatamente messo in luce che la formula descrittiva utilizzata appare vincolata essenzialmente a due concetti: l'idoneità dei mezzi ed il cominciamento di esecuzione.

L'esplicito rinvio al concetto di idoneità non costituisce una scelta politico-criminale neutra. Il legislatore ricorre a tale formula per ancorare la struttura del tentativo ad un dato obiettivo e manifestare in modo netto la preferenza per la teoria oggettivistica¹⁴⁴.

Si tratta di una precisazione di cui si coglie la rilevanza ove si consideri che durante quel periodo storico in Italia si stava sviluppando la scuola positiva e che in parte dell'Europa trovavano spazio, anche in sede legislativa, i primi riconoscimenti della teoria soggettivistica.

Si deve altresì notare che la formula utilizzata nell'art. 61 del codice penale Zanardelli lega-vincola il concetto di idoneità ai mezzi, non all'azione o agli atti.

Ciò non sorprende, ove si esamini lo stato della dottrina dell'epoca, che continuava a scindere nettamente tra idoneità assoluta e relativa,

¹⁴³ Per un esame dell'impianto sanzionatorio del codice del 1889 si rinvia a MOCCIA S., *Ideologie e diritto nel sistema sanzionatorio del codice Zanardelli*, in *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, a cura di S. Vinciguerra, Padova, 1993, pag. 562 secondo cui «il codice Zanardelli sperimenta al suo interno un'articolata gamma di soluzioni che lo rende il primo sistema articolato di controllo sociale di tipo moderno».

¹⁴⁴ Sul punto, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale XVI ed.*, cit., pag. 495; DEL CORSO S., *Il tentativo nel codice Zanardelli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 955 ss.; GIACONA I., *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, pag. 21; SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 441.

riconoscendo solo la prima capace di escludere la configurabilità del delitto tentato. I nostri classici, si afferma, « consideravano assolutamente inidoneo il tentativo, quando il mezzo in generale, e cioè in nessun caso, poteva determinare l'evento (es. acqua zuccherata propinata in luogo dell'arsenico a fine di uccidere); relativamente inidoneo, allorché solo le circostanze del caso singolo avevano determinato l'insuccesso (es. colpo di rivoltella sparato contro una persona protetta da maglia di acciaio). L'inidoneità assoluta escludeva la punibilità del tentativo; l'altra la lasciava sopravvivere »¹⁴⁵.

Si tratta di un concetto di idoneità eccessivamente esteso, del tutto incapace di assolvere efficacemente una funzione di filtro¹⁴⁶.

Questo limite fu presto avvertito dalla dottrina più sensibile che, come si metterà in luce nei successivi paragrafi, definisce il criterio in esame « la capacità causale della commissione del reato » svincolando il giudizio dai mezzi e legandolo agli atti¹⁴⁷.

Il secondo punto di riferimento nella lettura del delitto tentato del codice del 1889 viene individuato nella formula dell'incominciamento di esecuzione.

Quest'ultima, come noto, costituisce una espressione dapprima utilizzata nel codice penale francese del 1810 e poi ripresa in non poche legislazioni dell'epoca.

Si tratta di un criterio che da sempre ha alimentato non pochi contrasti dottrinali e giurisprudenziali. Sicché, secondo alcuni Autori la formula è incapace di offrire reali soluzioni al problema di fondo, cioè indicare criteri attendibili per selezionare atti preparatori ed atti esecutivi¹⁴⁸.

¹⁴⁵ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale XVI ed.*, cit., pag. 495.

¹⁴⁶ Per un approfondimento sul tema si rinvia all'ultimo paragrafo del presente capitolo. Per tutti, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale XVI ed.*, cit., pag. 495.

¹⁴⁷ Sul punto, GIACONA I., *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, pag. 26 ss.

¹⁴⁸ Particolarmente critico, CARRARA F., *Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto (conato, complicità)*, cit., pag. 87.

Secondo altri, invece, il cominciamento di esecuzione può costituire il valido punto di riferimento nella elaborazione di una teoria del tentativo sensibile alle istanze di tutela dei diritti individuali. Esso consente di scindere in via definitiva gli atti preparatori dagli atti esecutivi rilevanti.

Ma, come si avrà modo di osservare nel corso del capitolo secondo, ciò che appariva quale momento di sintesi nella dottrina del tentativo si è rivelata una delle fonti di un accesissimo dibattito tuttora vivo, in quanto non ha condotto alla individuazione di criteri certi per determinare la natura dell'atto.

Va osservato, infine, che nel codice del 1889 il rinvio al *commencement d'exécution* fu utilizzato per limitare la portata applicativa della norma. Il solo rinvio alla idoneità del mezzo, difatti, avrebbe consentito di escludere la configurabilità del delitto tentato solo nei casi in cui il mezzo *ab initio* si riveli in assoluto incapace di produrre l'evento lesivo desiderato dall'agente. Il quadro dottrinale all'indomani dell'entrata in vigore del codice del 1889 e per un periodo che si protrae per circa un ventennio appare fortemente frazionato.

Non solo. Continua ad imperversare il dibattito tra scuola positiva e classica e, all'interno di quest'ultima, si moltiplicano contributi tra loro discordanti che si intensificano in materia di delitto tentato.

Vi sono, in effetti, membri della scuola classica che ripropongono acriticamente le intuizioni di Francesco Carrara ed ancorano la ricostruzione dell'istituto ai requisiti della univocità e della idoneità, considerati entrambi sotto il profilo oggettivo.

L'univocità, in particolare, intesa quale qualità dell'atto che «deve essere tale che se può condurre al delitto, non possa anche condurre ad un'azione che fosse innocente»¹⁴⁹, continua a costituire il punto di riferimento per determinare la natura dell'atto. In breve, se l'atto è univoco rientra tra gli

¹⁴⁹ SUMAN G., *Il codice penale italiano*, Torino, 1892, pag. 229

atti esecutivi rilevanti per il diritto penale, altrimenti costituisce una condotta preparatoria neutra sotto il profilo criminale.

Altri esponenti della stessa scuola, invece, contestano la solidità di tali criteri. L'univocità, in particolare, viene configurata quale elemento di natura meramente probatoria da intendersi solo come un criterio pratico ed empirico¹⁵⁰.

Medesimo il trattamento riservato da alcuni alla idoneità. Essa viene svilita attraverso il ricorso alla distinzione tra idoneità assoluta e relativa legata ai mezzi. La prima concerne gli atti che « per propria natura non possono condurre alla consumazione del delitto, come l'uso di sostanze innocue per errore credute abortive », mentre la seconda rinvia agli atti che « pur essendo ordinariamente efficaci a produrre l'effetto voluto, non lo cagionano per circostanze straordinarie, come lo sparo di un'arma da fuoco fatto a normale distanza, ma che non abbia colpito per non avere l'agente presa esattamente la mira, o perché l'arma, male caricata, sia scoppiata: la deviazione del colpo, lo scoppio dell'arma che frustrò l'intenzione criminosa non impedisce la punibilità del tentativo, poiché vi è stata una minaccia diretta e reale per la vita altrui»¹⁵¹.

In tale contesto, dunque, ai fini della realizzazione del conato punibile rileva la mera minaccia che consiste in una azione pericolosa da valutarsi ricorrendo ai criteri di idoneità ed univocità.

Il contesto muta solo in apparenza se ci si sofferma ad esaminare il dibattito interno alla scuola positiva.

Si tratta, in fondo, di lavori che costituiscono una continuazione della elaborazione di Garofalo non dotati di elementi di apprezzabile discontinuità¹⁵².

¹⁵⁰ NAPODANO, *Il diritto penale italiano nei suoi principii*, Napoli, 1895, pag. 146 ss.

¹⁵¹ IMPALLOMENI G. B., *Il codice penale italiano*, Firenze, 1890, pag. 200

¹⁵² Sul punto, MAJNO L., *Il nuovo codice penale e la scuola positiva*, in *MT*, 1890, I, pag. 61 ss.

Il fondamento della punibilità continua ad essere rintracciato nella pericolosità dell'agente che si esprime nel momento in cui «l'individuo ha manifestato con atti esteriori, univoci la volontà di violare la legge, [...] la misura della repressione deve proporzionarsi al grado di temibilità dell'agente»¹⁵³.

L'idoneità continua ad essere sottovalutata e se ne critica in particolar modo la distinzione in assoluta e relativa tanto cara alla scuola classica.

La scienza penalistica, in definitiva, appare frastornata, incapace di andare oltre la oramai sterile diatriba tra scuola classica e positiva che aveva monopolizzato il dibattito durante la seconda metà del secolo XIX e favorisce così la creazione di uno spazio vuoto che verrà lentamente occupato dal metodo del tecnicismo .

6. Il tecnicismo giuridico

L'estenuante ed a volte sterile dibattito tra membri della scuola positiva e classica favorisce l'affermazione del “metodo” tecnico-giuridico, sviluppatosi proprio con il dichiarato intento di offrire un compromesso tra i due opposti orientamenti¹⁵⁴.

I presupposti fondamentali del nuovo orientamento dottrinale vengono rintracciati nel «reciso distacco del diritto penale dalla filosofia» e nel netto primato dell'elemento giuridico, attraverso lo strettissimo legame tra scienza e norma positiva¹⁵⁵.

Una tale impostazione comporta una distinzione, non una separazione, tra il circuito dei valori ed il mondo del diritto, anche se, come mostrano le

¹⁵³ PUGLIA F., *Manuale di diritto penale*, Napoli, I, pag. 224

¹⁵⁴ Sul punto, ROCCO A., *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Rdpp*, 1910, 497ss. Anche DORADO MONTERO P., *Sulla lotta tra le scuole penali in Italia*, in *PDC*, 1920, 7 ss

¹⁵⁵ ROCCO A., *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, cit., 505

opere dei più illustri rappresentanti del tecnicismo, non pochi saranno i momenti di contraddizione fra i contenuti ed i presupposti appena esposti. Si tratta di un'impostazione metodologica capace di influenzare moltissimi Autori, alcuni dei quali si spingeranno a proporre una interpretazione del metodo in esame che costituisce una vera e propria mistificazione del pensiero originario¹⁵⁶. Si tratta di contributi in cui si esalta ogni oltre misura il dato formalistico, attraverso il conferimento di una centralità assoluta alla disposizione così come formulata, escludendo così qualsiasi esegesi teleologicamente orientata a valori da parte della dottrina, ridotta a vestire i panni di mera spettatrice della volontà del Legislatore.

Come anticipato, anche all'interno del movimento tecnico giuridico (come già era accaduto all'interno della scuola classica e positiva) germineranno in poco tempo profonde contraddizioni tra principi professati e loro relative applicazioni.

Sul punto, emblematica appare la lettura del delitto tentato offerta da uno dei più autorevoli esponenti della scienza penalistica dell'epoca, Vincenzo Manzini.

¹⁵⁶ In particolare, BATTAGLINI G., *Diritto penale e politica criminale*, in *Riv. Pen.*, 1915 (LXXXI), 384 ss.; ID, *Il problema della specificità e del metodo delle differenti branche della criminologia*, in *SP*, 1917, 287 ss.. Anche VANNINI O., *La scienza del diritto penale e la polemica fra le cosiddette scuole "classica, positiva, eclettica, giuridica"*, in *Riv. Pen.*, 1917 (LXXXV), 219 ss.; ID *Il principio dell'assoluto nel diritto penale*, in *Riv. Pen.* 1921 (XCIII), 5 ss. l'Autore in questo scritto successivo rimedita il percorso passato ed afferma « Fu l'entusiasmo giovanile di un gruppo di studiosi – io fra questi, modestamente- che, veduta aprirsi una via nell'intricato labirinto che costringeva la nostra scienza, si gettarono in quella senza senso di moderazione credendo di svolgere quel programma che invece in tal modo veniva inconsapevolmente snaturato. Reputo un dovere dei giovani studiosi aderenti al nuovo indirizzo giuridico condannare quelli eccessi in cui eravamo caduti più forse per ragioni sentimentali che logiche e che ci avevano guadagnato la fama di disincarnatori del diritto, di costruttori nelle nuvole di vuoti sillogismi, e riprendere nella sua purezza il programma che i maestri ci hanno affidato ».

Da essa traspare la irrazionalità di un metodo costruito sulla presunta assoluta neutralità ed imparzialità del giurista, che si rivelerà del tutto incompatibile con il diritto penale. Quest'ultimo è un luogo di sintesi di istanze politico-criminali inscindibilmente legate a scelte di valore che non possono non influire sull'operatore del diritto, da considerarsi non estraneo, bensì elemento integrante della realtà con la quale è tenuto a relazionarsi¹⁵⁷. Ritornando ad affrontare il tema del delitto tentato nella impostazione di Manzini, occorre immediatamente mettere in luce che l'Autore non ne individua il fondamento né nel pericolo per il bene giuridico o il diritto, né nella pericolosità dell'agente. La giustificazione della punibilità viene rintracciata nella violazione della legge, poiché « ognuno vede che nel tentativo non si ha più mero pericolo di violazione, ma una violazione vera e propria del precetto contenuto nella norma....il tentativo, pertanto, è punibile non per altro, se non perché costituisce violazione volontaria d'un precetto penale, qualunque sia il criterio politico-penale accolto nella formazione della legge, e piaccia o non piaccia ai cercatori d'astruserie e di paradossi »¹⁵⁸.

Ne deriva che la « sola differenza è che nel reato consumato si è violata la norma causando l'intero evento da questa represso; nel reato tentato, invece, pur essendosi violata la medesima norma, non si è riusciti a produrre in tutto o in parte il detto evento. E' quindi questione soltanto di grado »¹⁵⁹.

L'indifferenza per il pericolo e per l'offesa, considerata corpo estraneo al fatto, non è scevra di conseguenze. A ben vedere, una tra le più rilevanti è

¹⁵⁷ Sul punto, MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., *passim*.

¹⁵⁸ MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, V ed., vol. II, Torino, 1981, pag. 473-474

¹⁵⁹ MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit. pag. 473.

l'indiscussa compatibilità tra la struttura del conato e le fattispecie di pericolo¹⁶⁰.

Il momento iniziale di rilevanza delle condotte per la configurazione del delitto tentato viene indicato nella iniziale violazione della norma, ovvero, se l'agire è finalizzato alla realizzazione di un reato circostanziato, nel momento della violazione del «precetto accessorio»¹⁶¹. Si opta, di fatto, per la teoria formale, in forza della quale per determinare il momento iniziale del delitto tentato occorre verificare se è stata realizzata parte della fattispecie così come formulata nella norma incriminatrice¹⁶².

Gli atti posti in essere devono essere univoci, cioè capaci di dimostrare sia sotto il profilo oggettivo sia sotto quello soggettivo, che si tratti di attività qualificabili come inizio di esecuzione del reato e che tali atti si presentino come elementi causali del delitto¹⁶³.

Si critica aspramente la classificazione tra idoneità assoluta e relativa, sostituendola rispettivamente con i concetti di inidoneità ed insufficienza¹⁶⁴.

L'idoneità consiste nella « capacità causale, cioè la suscettività di produrre l'evento che rende consumato il delitto voluto »¹⁶⁵, e, qualora esclusa, comporta la irrilevanza sotto il profilo penalistico degli atti realizzati.

L'insufficienza, diversamente, non incide sulla punibilità del delitto tentato. Essa consiste nella «mancanza di forze bastanti a conseguire lo scopo nel

¹⁶⁰MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit. pag. 475. La medesima impostazione è accolta in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale XVI ed.*, cit., pag. 478.

¹⁶¹ MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit. pag. 484.

¹⁶² SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 484.

¹⁶³ MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit. pag. 482.

¹⁶⁴ MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit. pag. 491. Sul punto, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale XVI ed.*, cit., pag. 495 che afferma:« La distinzione tra idoneità assoluta e idoneità relativa, con la quale in sostanza coincide la distinzione patrocinata dal Manzini fra inidoneità e insufficienza.....deve considerarsi superata da un punto di vista scientifico»

¹⁶⁵ MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit. pag. 490.

concreto»¹⁶⁶ e può essere determinata da ragione di qualità, di quantità o di modo¹⁶⁷.

Per quanto concerne più da vicino la tematica della rilevanza degli atti preparatori, il pensiero dell'insigne giurista è molto chiaro. Tali atti non possono essere considerati rilevanti per il delitto tentato e la ragione giuridica risiede nell'assenza d'un incominciamento di violazione della norma penale contemplante il delitto progettato. La «ragione politica per la quale si è accolto il principio della suddetta impunità, altro non è che un'applicazione di quel comune precetto del buon senso, il quale insegna che tra il dire e fare c'è di mezzo il mare, e che quanto più l'attuazione d'un proposito espone a pericoli e a responsabilità (come quella del proposito delittuoso), tanto più la volontà suole incontrare nel suo processo di esplicazione impedimenti e freni, il massimo dei quali sorge appunto quando si tratta di passare all'attuazione del proposito stesso»¹⁶⁸.

Nulla, però, vieta al legislatore di inserire nel contesto ordinamentale ipotesi di anticipazione della tutela penale in grado di arretrare l'intervento ben oltre le soglie minime imposte dal delitto tentato. «Gli atti, per quanto in sé stessi pericolosi, che non abbiano preso direzione certa verso un determinato delitto, possono bensì reprimersi quali reati a se stanti, quando la legge lo consente, o dar luogo a misure di sicurezza, ma non sono punibili come tentativo di un delitto del quale il soggetto non ha iniziato effettivamente la perpetrazione»¹⁶⁹.

L'interpretazione del conato dell'Autore rappresenta un punto di riferimento per le successive trattazioni del tema, nonostante l'indifferenza mostrata nei confronti del pericolo e dell'offesa nella struttura del conato e le non poche contraddizioni tra i principi affermati ed i risultati raggiunti. In

¹⁶⁶ MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit. pag. 497.

¹⁶⁷ MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit. pag. 498.

¹⁶⁸ MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit. pag. 483.

¹⁶⁹ MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit. pag. 481.

effetti, da un lato, si esalta l'opera del legislatore che costituisce l'unico oggetto dello studio della scienza penalistica, mentre, dall'altro, quando occorre spiegare le ragioni della diversa dosimetria sanzionatoria tra delitto tentato e consumato e quando si deve giustificare l'irrilevanza degli atti preparatori per il conato si rinvia, o meglio, ci si avvale di «ragioni politiche», in contrasto con i presupposti del tecnicismo giuridico.

Gli atti preparatori, come già messo in luce, non sono idonei a configurare il delitto tentato, ma nulla vieta al legislatore di tipizzare ipotesi delittuose volte a rendere punibili condotte pericolose prodromiche.

Merita un'analisi approfondita anche il contributo di un altro illustre Autore del tempo, il quale ridimensiona l'alveo applicativo del delitto tentato attraverso una coerente ricostruzione dell'istituto inscindibilmente legata alla concezione realistica del reato¹⁷⁰.

Secondo tale orientamento, solo il pericolo o il danno al bene giuridico legittimano l'intervento penale e, con particolare riguardo all'istituto del conato, occorre stabilire i criteri per accertare quando l'interesse abbia effettivamente corso un pericolo di lesione.

Non è più, dunque, la semplice violazione della norma o la pericolosità sociale dell'agente ovvero il danno mediato quale pericolo indiretto per la collettività a destare allarme sociale, ma è il pericolo per la lesione del bene giuridico.

Ne deriva una lettura del tentativo in termini oggettivistici, alla cui base si colloca una « valutazione fondata sui dati dell'esperienza e sull'assenza di condizioni che, a priori, escludono con certezza la produzione dell'evento nel caso concreto »¹⁷¹.

Il criterio dell'idoneità assolve, così, un ruolo insostituibile nella struttura del delitto tentato. Si deve valutare la capacità della condotta a produrre

¹⁷⁰ VANNINI O., "Tentativo di reato" e "reato di tentativo", in *Riv. Pen.*, 1914 (LXXIX), 606 ss.

¹⁷¹ SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 497.

l'evento, non la potenzialità dei mezzi utilizzati per realizzare il progetto criminoso poiché il rinvio ai soli strumenti appare riduttivo.

Perde qualsiasi valore, in sede ricostruttiva, la distinzione tra idoneità assoluta e relativa e si focalizza l'attenzione sulla possibilità dell'evento, in quanto in quest'ultima « si sostanzia la pericolosità dell'azione, nell'espone a pericolo il bene giuridico penale »; la « questione del conato », « è tutta una questione di possibilità di passaggio da un'antecedente (azione esecutiva) a un conseguente (evento, consumazione), che poi non si raggiunge per il sopravvenire di un ostacolo indipendente dalla volontà del reo e non conoscibile prima del suo affermarsi »¹⁷².

Plurime le ripercussioni di tale lettura sulla struttura del delitto tentato e sulla tematica della rilevanza degli atti preparatori.

E' rilevante l'azione che « ha immediata riferimento all'evento, quell'azione che io sono tratto necessariamente a pensare congiunta all'evento stesso »¹⁷³, ovvero l'azione che comporta la consumazione del delitto programmato.

Attraverso la valorizzazione della "immediatezza" e del rapporto tra condotta ed evento si circoscrivono le condotte qualificabili come atti esecutivi. L'Autore, in verità, dedica particolare attenzione a questa ultima tipologia di atti e ritiene che un giudizio attendibile sulla natura dell'atto presupponga una preliminare distinzione tra reati formali o di condotta e reati causalmente orientati.

Nel caso di reati formali o di condotta, nei quali « l'attività è parzialmente o totalmente l'evento stesso », esecutivi sono gli atti che integrano la fattispecie o una circostanza aggravante, mentre, per i reati causalmente orientati la condotta è esecutiva nel caso in cui « concreta l'attacco al bene

¹⁷² VANNINI O., *Il valore del pericolo nel tentativo (tentativo impossibile)*, in *Riv. Pen.*, 1919 (XXVIII), 184

¹⁷³ VANNINI O., *Il valore del pericolo nel tentativo*, cit., pag. 115.

giuridico » ed è « pensata, sentita dall'agente e dalla coscienza comune come tale, che si può chiamare “attività esecutiva”»¹⁷⁴.

Anche in questo caso il criterio utilizzato per definire la natura dell'atto posto in essere è la “parziale tipicità”, elaborato e maggiormente approfondito dalla dottrina tedesca.

Gli atti preparatori, di conseguenza, non legittimano l'intervento penale, in quanto non sono in grado di superare il filtro della idoneità e della tipicità parziale e sono, di fatto, irrilevanti per la configurazione del delitto tentato¹⁷⁵.

Esulano, pertanto, dal conato condotte quali lo sparare contro taluno che indossa un giubbotto antiproiettili, lo sparare in una casa occasionalmente vuota per colpire taluno che generalmente vi abita, lo sparare su un cadavere e, la condotta di chi è sorpreso nell'attimo precedente all'offerta del veleno al soggetto passivo, tutti casi sulla cui rilevanza si era dibattuto nella dottrina e nella giurisprudenza della metà del secolo XIX e degli inizi del secolo XX.

Inoltre, davvero apprezzabile appare lo sforzo di utilizzare un concetto di pericolo ancorato al bene giuridico - nozione utilizzata ancora senza coglierne il profondo significato e le enormi implicazioni sistematiche -, e di legare indissolubilmente il criterio della idoneità alla condotta e non più ai mezzi. Si tratta, in fondo, di un contributo che non solo ha valorizzato la teoria del delitto tentato, ma ha anche approfondito sotto una nuova angolazione il tentativo inidoneo e gli atti esecutivi, temi considerati così rilevanti da meritare un autonomo riconoscimento ed una autonoma collocazione nella teoria generale del reato.

¹⁷⁴ VANNINI O., *La nozione di “attività esecutiva”*, in *Riv. Pen.*, 1921 (XCVI), 116 ss.

¹⁷⁵ Sul punto vedi SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 502.

7. Il delitto tentato nel progetto Ferri.

Il progetto Ferri del 1921 costituisce un passaggio fondamentale per la dottrina italiana, poiché costituisce una testimonianza del pensiero della scuola positiva. La stessa composizione della Commissione (tra gli altri Garofalo, Ferri, Florian, Grispigni e Santoro) nominata per redigere il testo da sottoporre all'attenzione parlamentare lascia trasparire la volontà del legislatore dell'epoca di dare vita ad un processo di osmosi tra principi espressi dai positivisti e diritto positivo.

L'intera opera risulta ancorata fundamentalmente a due concetti: la pericolosità sociale e la difesa sociale¹⁷⁶.

Tale opzione non comporta l'espulsione dal sistema del principio di legalità che, anzi, viene riaffermato e collocato tra i principi generali del diritto penale. Viene, altresì, attribuito un ruolo al fatto, da intendersi quale «condizione giuridica preliminare» per l'affermazione della responsabilità penale e quale indice per determinare la maggiore o minore pericolosità dell'autore¹⁷⁷.

Il progetto contiene una classificazione del delinquente in abituale, per tendenza (congenita o acquisita) ed occasionale, che si ripercuote sulla tipologia e sulla dosimetria sanzionatoria¹⁷⁸. Il sistema delle sanzioni, inoltre, contempla una innovazione epocale mai tradottasi in legge nel nostro ordinamento, cioè, il superamento della differenza tra pene e misure di sicurezza.

Le profonde contraddizioni che colorano l'intero impianto di un progetto ancorato da un lato al fatto, e dall'altro alla pericolosità sociale si mostrano

¹⁷⁶ FERRI E., *La riforma della giustizia penale in Italia*, in *Sp*, 1919, 434 ss. L'intera relazione al progetto Ferri è stata pubblicata in *Riv. Dir. Proc. Pen.*, 1919, 312 ss.

¹⁷⁷ *Relazione sul progetto preliminare di Codice Penale italiano (Libro I)*, Roma, 1921, pag. 5 ss.

¹⁷⁸ *Relazione sul progetto preliminare di Codice Penale italiano*, cit., pag. 7.

con particolare evidenza quando si affronta un istituto di confine quale il delitto tentato.

L'art. 16 del progetto Ferri stabilisce: « Quando la consumazione del delitto non è avvenuta per circostanze accidentali il giudice *può*, secondo le modalità del fatto e dell'azione spiegata, applicare la sanzione stabilita per il reato consumato. Altrimenti, se per il delitto sia stabilita la segregazione perpetua, si applica la segregazione a tempo assolutamente indeterminato, e se sia dimostrata in chi lo ha commesso una minore pericolosità si applica la segregazione rigorosa a tempo relativamente indeterminato. Quando sia stabilita una diversa sanzione o l'esecuzione del delitto sia stata resa inefficace dalla inidoneità dei mezzi o dalla impossibilità del fine, si applicano le disposizioni dell'art. 76 ».

La lettura della disposizione consente di individuare le caratteristiche essenziali dell'istituto. Innanzitutto, si assiste ad una pericolosa estensione del potere del singolo giudice, il quale « può » decidere, in base ad una analisi delle modalità del fatto e della azione realizzata, se applicare la sanzione prevista per il delitto consumato o prevederne una meno severa.

Inoltre, si dilata l'area del tentativo punibile, come dimostra la lettera della norma, che legittima l'intervento penale dinanzi ad ipotesi di tentativo impossibile sia per mancanza dell'oggetto che per inidoneità dell'azione. In questi casi, si sostiene, la condotta posta in essere desta un forte allarme sociale ed alimenta la necessità di difesa sociale, a causa della pericolosità dimostrata dal soggetto agente.

In siffatto contesto, connotato da una tendenziale estensione del diritto penale in ogni sfera dell'attività umana, pochi e residuali possono essere gli effetti prodotti dalla previsione della circostanza attenuante della « minore pericolosità » che si configura nel caso di inefficacia dei mezzi e dalla impossibilità del fine.

Scarsa appare l'influenza del progetto sulla problematica individuazione dei criteri utili per scindere gli atti preparatori da quelli esecutivi. Anzi, tale

distinzione «solo obiettivamente colla “dommatica giuridica” non si risolve e si risolve soltanto guardando anche alla personalità di chi compie quell’atto»¹⁷⁹.

Del resto, si tratta di un problema la cui ragion d’essere risiede nella volontà di garantire una più forte tutela degli spazi di libertà, problema che, a ben vedere, non trova spazio nella dottrina della scuola positiva.

I lavori della commissione, in sintesi, declinano in sede progettuale le istanze del positivismo giuridico e lasciano emergere tutte le pericolose incongruenze di questa impostazione.

Il mancato riferimento al tentativo inidoneo e al reato impossibile e la scarsa attenzione dedicata ai requisiti della idoneità e della univocità creano un meccanismo di difesa sociale senza limiti, veicolo di pericolosissime istanze liberticide. A dimostrazione di ciò, basti pensare all’assoluta indifferenza rispetto alla problematica individuazione del momento iniziale di punibilità del delitto tentato che, a ben vedere, palesa un *deficit* sotto il profilo logico-sistematico in grado di inficiare l’intero progetto del 1921.

8. Un bilancio provvisorio.

Prima di proseguire con l’esegesi della disciplina del codice vigente, occorre, nei limiti del presente lavoro, indicare i momenti fondamentali nella evoluzione del delitto tentato ed, in particolare, ci si deve domandare se realmente la formula tipizzata nel codice Zanardelli costituisca un punto di riferimento per limitare lo spazio d’intervento del diritto penale.

Fino agli inizi del’ottocento non sussiste in dottrina consapevolezza circa la centralità dell’istituto in esame nella sistematica penalistica, come dimostra

¹⁷⁹ FERRI E., *Principii di diritto criminale*, Torino, 1928, pag. 59.

la scarsa attenzione dedicata al tema anche da illustri pensatori quali Cesare Beccaria, Gaetano Filangieri ed Francesco Mario Pagano.

Il conato acquisisce un suo autonomo spazio nella dommatica penalistica solo dagli inizi del XIX secolo, in particolare, grazie alle opere di Romagnosi, Rossi e Carmignani. Il primo ha avuto il merito di indicare nell'idoneità un requisito strutturale del tentativo¹⁸⁰, il secondo analizza attentamente la distinzione tra atti preparatori ed atti esecutivi, mentre Carmignani elabora il criterio dell'univocità¹⁸¹.

Si tratta di contributi che influenzeranno tutto il dibattito successivo in materia, come dimostrato dalla tante immediate ripercussioni anche sulla giurisprudenza napoletana dell'epoca che si caratterizzerà per una sensibilità verso i diritti fondamentali e le garanzie non comune durante quel periodo¹⁸².

L'opera della scuola toscana, diversamente, non è caratterizzata da tali prerogative garantistiche, ma ha l'indiscusso merito di aver valorizzato il criterio dell'univocità, vero e proprio punto di riferimento per stabilire quando una condotta può definirsi rilevante per il conato. Tutto ciò, a discapito del requisito della idoneità, del quale viene offerta una dubbia classificazione in assoluta e relativa, destinata ad alimentare un acceso dibattito in dottrina e in giurisprudenza fino all'entrata in vigore del codice Rocco.

La scuola positiva si differenzia profondamente dalle altre impostazioni dottrinali dell'epoca ed elabora una ricostruzione dell'istituto del tutto eterogenea rispetto a quella proposta dalla scuola classica. La teoria del conato si fonda sul concetto di pericolosità sociale sganciando, così, la punibilità della condotta dal pericolo all'interesse tutelato; si equipara la sanzione prevista per il delitto tentato e quello consumato; il fondamento

¹⁸⁰ ROMAGNOSI G. D., *Genesi del diritto penale*, cit., pag. 343.

¹⁸¹ CARMIGNANI G., *Elementi di diritto criminale*, cit., pag. 85.

¹⁸² V. paragrafo 5.

della punibilità viene rintracciato nella volontà di violare il comando imposto dalla legge. Si accoglie, di fatto, la teoria soggettivistica del delitto tentato.

Il codice Zanardelli, al contrario, fa proprie le istanze della teoria oggettivistica, come traspare dal riferimento al concetto di idoneità, contemplato nell'art. 61. Tale riferimento, non neutro sotto il profilo politico criminale, si affianca alla notissima formula del cominciamento dell'esecuzione.

Come noto, la dottrina del tutto maggioritaria rinviene nella disposizione del codice del 1889 una norma manifesto del garantismo del codice liberale¹⁸³.

L'art. 61 viene più volte indicato quale modello di riferimento per l'eventuale formulazione di una nuova norma sul tentativo e come strumento per dimostrare l'inopportunità della formula utilizzata dal legislatore del 1930 nell'art. 56 c.p.

A noi tale lettura appare eccessivamente partigiana e foriera di non poche inesattezze.

Per quanto concerne il cominciamento di esecuzione, se si analizza la dottrina e la giurisprudenza fin dall'entrata in vigore del codice, si constaterà agevolmente la assoluta indeterminatezza di un concetto di cui tutt'oggi si dibatte, nel tentativo di offrirne una definizione attendibile al riparo da possibili obiezioni.

Il concetto di idoneità, come chiarisce la lettera della norma, viene ancorato ai mezzi e non agli atti o all'azione. Si tratta di un accostamento che con troppa disinvoltura spesso risulta sottovalutato¹⁸⁴.

¹⁸³ In particolare, FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, III ed., cit., pag. 466 ss.

¹⁸⁴ GIACONA I., *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., pag. 25 ove si afferma: «La ristrettezza di una simile nozione d'idoneità non tardò a essere avvertita nei decenni successivi dalla dottrina che frequentemente, pur continuando in sostanza a fare sempre riferimento al concetto di possibilità, o assunse un atteggiamento critico nei confronti della distinzione idoneità assoluta/relativa e si orientò verso accezioni concrete di tale requisito,

Legare il giudizio di idoneità ai mezzi vuol dire spostare l'oggetto del giudizio dall'azione valutata nel suo complesso ai soli strumenti adoperati per realizzare il piano criminoso. Significa restringere eccessivamente l'oggetto del giudizio di idoneità.

Ancora, la reale portata della formula in esame si comprende ove si passi in rassegna la dottrina e la giurisprudenza sviluppatasi sotto la vigenza del codice Zanardelli¹⁸⁵. In entrambe, per un lungo periodo, si accoglie la distinzione tra idoneità assoluta e relativa dei mezzi adottati e si discute, altresì, se il giudizio sulla idoneità dei mezzi si dovrebbe effettuare in astratto o in concreto.

Una rapida lettura delle pronunce più importanti in materia consente di affermare che la giurisprudenza maggioritaria dell'epoca ricostruiva il concetto di idoneità assoluta o relativa avvalendosi nella prassi del giudizio in astratto. Da ciò derivava l'irrilevanza penale dei soli atti posti in essere con mezzi in astratto ed in assoluto inidonei a produrre l'evento¹⁸⁶.

osservando che quando *si parla di mezzi delittuosi, non si può fare a meno, se si vuol dire cosa che abbia un qualche senso, di riferirsi agli atti mediante i quali si fa conto di riescire a consumare il deliberato delitto* (CIVOLI, *Il tentativo*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di Pessina E., V, Milano, 1904, 221); ovvero si finì con l'ignorare la distinzione in questione, definendo più semplicemente l'idoneità come la capacità causale alla commissione del reato (SABATINI G., *Principii di scienza del diritto penale*, II, Catanzaro, 1921, 108 ss.)».

¹⁸⁵ GIACONA I., *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., pag. 26 ove si afferma: «...per altro verso la scelta legislativa di riferire ai *mezzi* l'elemento dell'idoneità trovava una sua giustificazione nell'intenzione dei compilatori del codice di attribuire a tale requisito, in linea con i principi enucleati in precedenza dalla dottrina, un carattere astratto ed assoluto. In questo senso, parve naturale ai primi interpreti del codice Zanardelli utilizzare la distinzione tra idoneità assoluta e relativa.» L'Autore, inoltre, evidenzia l'atteggiamento della dottrina dell'epoca e di quella successiva che «senza dare troppo rilievo al tenore testuale dell'art. 62» parlava d'inidoneità degli “atti”, nonostante la lettera della norma chiaramente legasse l'idoneità ai mezzi.

¹⁸⁶ Per un attento esame della giurisprudenza sotto il vigore del codice Zanardelli si rinvia a SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 522 ss.

« In altre parole, in base a questi principi il tentativo veniva considerato inidoneo solo in ipotesi di astratta impossibilità, e al contrario sussistente e punibile in situazioni di concreta impossibilità o improbabilità. Con la conseguenza che, a livello applicativo, venivano escluse dalla sfera penale soltanto certe situazioni, in sé formalmente esecutive, dal sapore prettamente scolastico o libresco...»¹⁸⁷

In siffatto contesto, non si teneva conto delle condizioni in cui effettivamente la condotta veniva realizzata, con consequenziale estensione del giudizio di idoneità anche in rapporto ad azioni rivelatesi del tutto inoffensive¹⁸⁸.

Non appare in grado di ovviare a tali difetti strutturali neppure il ricorso al criterio della univocità della condotta. A ben vedere, ben può una condotta essere univocamente rivolta alla realizzazione di un evento attraverso l'utilizzo di un mezzo dimostratosi inidoneo in concreto.

¹⁸⁷GIACONA I., *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., pag. 24. Condivide tale lettura SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 522 ss.

¹⁸⁸ In particolare, Cass. 4 maggio 1893, in *Giur. Pen.*, 1893 (XIII), 321 ove si afferma che: « non è necessario che la causa interruttiva, oltre che indipendente dalla volontà, sia altresì fortuita... » ed, inoltre che l'« inidoneità dei mezzi non va misurata in rapporto agli ostacoli sopravvenuti e non previsti, ma in rapporto all'azione come fu determinata dall'agente ». Una valorizzazione della idoneità in concreto trova spazio in Cass. 21 marzo 1901, in *Giur. Pen.*, 1901 (XXI), pag. 231 ss. che nel giudicare un soggetto che aveva esploso con una pistola caricata con polvere di qualità scadente, e perciò inidonea a penetrare il corpo di un uomo, un colpo verso il Primo Presidente di Cassazione di Palermo, dichiara: « Per vedere se un mezzo sia adatto al fine, bisogna considerarlo della sua essenza intrinseca ed in rapporto all'uso che ne sia stato fatto, indipendentemente dalla maggiore efficacia e dal più sicuro risultato che avrebbe potuto avere se fosse stato adoperato in modo più rispondente allo scopo. Vi è sempre impossibilità assoluta, cioè tentativo vano, per l'impossibilità del mezzo o dello scopo, quando o si saranno usati mezzi inefficaci, o si saranno adoperati mezzi efficaci, bensì ma di cattiva qualità o in quantità troppo scarsa o male applicati. In questi casi vi potrà essere la manifestazione di una perversità morale pericolosa e si potrà punire il fatto per le conseguenze prodotte, ma non il tentativo del delitto che si aveva di mira, poiché non è punibile l'esecuzione di un reato che non può effettuarsi ».

Pertanto, a noi pare che l'enfasi con la quale viene accolta e riproposta la formula di cui all'art. 61 del codice Zanardelli sia più espressione di una naturale ed istintuale repulsione verso la generale politica criminale adottata dal legislatore fascista che di una scrupolosa e meditata analisi del testo normativo e delle relative conseguenze applicative.

Uno sguardo non aprioristicamente orientato, in definitiva, consente di evidenziare come le norme del 1889 in materia di delitto tentato non vadano immuni da critiche. Anzi, il ricorso ai concetti più volte ripetuti di idoneità dei mezzi e di cominciamento di esecuzione costituisce veicolo per l'ingresso nel sistema di forti restrizioni per le libertà fondamentali.

Evidente l'influenza esercitata dalla teoria del conato sul delicato tema della rilevanza degli atti preparatori nel diritto penale e sulla distinzione tra questi ultimi e gli atti esecutivi.

Il tema è stato affrontato in particolare durante la seconda metà del XIX secolo, ma non ha mai entusiasmato la dottrina italiana prevalente, la quale ha scisso la questione relativa alla criminalizzazione degli atti preparatori dalla distinzione di derivazione francese, tra atti preparatori ed atti esecutivi. Si tratta certamente di un'impostazione che risente della netta presa di posizione di Francesco Carrara, il quale critica la distinzione tra atti preparatori ed esecutivi, in quanto incapace di offrire una fedele rappresentazione nel mondo giuridico del reato così come si snoda nella realtà fattuale¹⁸⁹. Ricordiamo, difatti, che l'Autore, più che indagare circa il rapporto tra atti preparatori ed atti esecutivi, sofferma la propria attenzione sul legame che intercorre tra atti preparatori e conato remoto punibile.

Tuttavia, il tema è stato oggetto di un attento esame da parte di altra dottrina agli inizi del secolo XX¹⁹⁰. Secondo la ricostruzione proposta, gli atti preparatori sono irrilevanti per il diritto penale, salvo che siano resi

¹⁸⁹ Cfr., paragrafo VI.

¹⁹⁰ Sul punto, in particolare VANNINI O., *La nozione di "attività esecutiva"*, in *Riv. Pen.*, 1921 (XCVI), 116 ss.; MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit. pag.

punibili da autonome fattispecie di parte speciale. Essi, inoltre, consentono, ove ne ricorrano gli estremi indicati dalla legge, l'applicazione di una misura di sicurezza.

Si tratta di considerazioni tendenzialmente condivise anche da altri Autori dell'epoca che con sempre maggiore consapevolezza colgono la rilevanza della questione sotto il profilo sistematico¹⁹¹.

A ben vedere, la ricostruzione elaborata dai fautori del tecnicismo giuridico appare più attento alle garanzie rispetto a quella emersa nelle opere della parte maggioritaria della scuola classica, che non ha mai dubitato circa la rilevanza del conato remoto.

Gli atti preparatori, in tale ultima impostazione, costituiscono legittima fonte di intervento penale in due casi.

In *primis*, nel delitto tentato, quando si tratti di atti preparatori contingenti, capaci di dimostrare la direzione non univoca dell'atto verso la realizzazione di un fatto penalmente rilevante. In questo caso, si configurerà il conato remoto punibile¹⁹².

Un'ulteriore ipotesi di legittima criminalizzazione degli atti preparatori sussiste nei casi in cui il legislatore ha redatto apposite norme con lo scopo di prevedere marcate forme di anticipazione penale finalizzate ad offrire una più intensa tutela di taluni beni giuridici.

La giurisprudenza si è trovata, dunque, dinanzi ad una dottrina divisa e ad una normativa – quella contemplata nel codice Zanardelli – che, da un lato, consentiva di individuare, attraverso la disciplina del delitto tentato, una

¹⁹¹ Per l'assoluta inutilità di tale distinzione ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, che afferma: «...la distinzione fra atti preparatori ed atti esecutivi, a nostro parere, ha scarsa importanza e, in fondo, un valore puramente terminologico. Infatti, se per “atti esecutivi” si intendono, come ritenevano i primi classici, gli atti diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, bisogna riconoscere che la distinzione permane nel nostro diritto. Se, invece, per “atti esecutivi” si intende qualcosa di diverso, la distinzione deve ritenersi abolita. Il codice attuale, dal punto di vista del *grado di sviluppo dell'azione criminosa*, non esiste altro che l'univocità ».

¹⁹² Cfr., paragrafo VI.

linea di demarcazione tra il penalmente rilevante e l'irrilevante valida per l'intero sistema, e, dall'altro, prevedeva non poche forme di anticipazione della tutela.

E proprio con riguardo alla problematica della rilevanza degli atti preparatori e della distinzione tra preparazione ed esecuzione, nella prassi giurisprudenziale dal 1889 al 1930 sono state accolte diverse impostazioni.

Secondo l'indirizzo minoritario, per stabilire quando un atto è esecutivo, e pertanto rilevante, occorre utilizzare i criteri elaborati dalla teoria "formale", in forza della quale il punto di riferimento è la ipotesi delittuosa così come descritta dal legislatore nella norma incriminatrice. Ne deriva la rilevanza degli atti solo se «tipici», se cioè costituiscono parziale esecuzione della fattispecie tipizzata¹⁹³.

L'orientamento maggioritario, al contrario, estende l'area di punibilità del delitto tentato attraverso il ricorso ai criteri di univocità e dell'idoneità assoluta e relativa, elaborati e specificati dalla scuola toscana.

Univocità, sfera del soggetto passivo, idoneità assoluta e relativa da valutarsi attraverso il ricorso ad un giudizio in astratto e non in concreto costituiranno, di fatto, i punti di riferimento ai quali gli operatori del diritto si rifaranno in sede applicativa, confermando così la scarsa veridicità dell'interpretazione di quanti nel pensiero di Carrara vogliono intravedere l'esaltazione di principi e diritti fondamentali.

9. L'evoluzione della dottrina tedesca del delitto tentato.

Lo sviluppo della teoria del conato nella dottrina tedesca durante l'intero XIX secolo appare fortemente condizionato dalla funzione assegnata alla

¹⁹³ Un'attenta analisi della giurisprudenza dell'epoca è contenuta nell'opera di SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 532 ss.

sanzione penale, ed è connotato da un vivace dibattito che vede contrapposti due modi di intendere il delitto tentato in apparenza antitetici. Da un lato, si collocano gli Autori che, nel valorizzare l'elemento oggettivo dell'istituto, elaborano la teoria oggettivistica, mentre, dall'altro, coloro i quali focalizzano la loro attenzione sul requisito della volontà, dando vita alla impostazione soggettivistica.

Tra i più illustri promotori della impostazione oggettivistica durante la prima metà dell'ottocento vanno certamente annoverati Anselm Feuerbach e Carl Joseph Anton Mittermaier.

Il contributo del primo penalista dell'epoca moderna in materia di tentativo costituisce il coerente sviluppo di un ragionamento che parte dall'assegnare alla sanzione penale una funzione general-preventiva. « Il fondamento della pena è essenzialmente il pericolo per il diritto »¹⁹⁴ ed essa, pertanto, non può che essere proporzionata al pericolo effettivamente corso dal diritto tutelato dall'ordinamento.

Ne consegue la totale indifferenza del diritto penale nei confronti della mera intenzione criminosa e, la residuale rilevanza dei soli fatti in grado di ledere o quantomeno porre in pericolo il diritto¹⁹⁵.

In altre parole, il tentativo costituisce « una condotta direttamente indirizzata verso la realizzazione di un determinato evento antiggiuridico e rappresenta un pericolo per l'effettiva lesione giuridica »¹⁹⁶.

La rilevanza della condotta è così subordinata all'accertamento della esistenza di un agire doloso indirizzato verso la commissione di un determinato reato, che non si verifica solo a causa di ostacoli esterni. La

¹⁹⁴ FEUERBACH A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Giessen, 1805, pag. 22 ss.

¹⁹⁵ FEUERBACH A., *Lehrbuch*, cit., 4 ed., pag. 43. Ovvio il riferimento al diritto e non al bene giuridico, concetto quest'ultimo elaborato da successiva dottrina e, precisamente, da Birnbaum, come messo in luce da FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, cit., pag. 7.

¹⁹⁶ FEUERBACH A., *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positive peinlichen Rechts*, Erfurt, 1799, pag. 36.

condotta, inoltre, deve risultare in « connessione causale » con il reato perseguito ed essere obiettivamente pericolosa¹⁹⁷.

Nessun riferimento, invece, viene effettuato al requisito della idoneità, e scarsa appare l'attenzione riservata alle problematiche questioni della individuazione del momento iniziale del tentativo punibile e della rilevanza degli atti preparatori.

In relazione a quest'ultimo tema, non si nutrono dubbi circa la legittimità di forme di criminalizzazione di attività prodromiche rispetto a fattispecie di reato; in effetti, gli atti preparatori costituiscono forme di *conatus remotus*, pertanto capaci di creare un pericolo per il diritto protetto dalla legge penale.

L'Autore chiarisce che « l'esecuzione del reato (*conatus delinquendi* in senso ampio) ha diversi gradi. Essa comprende in sé I) l'ultimazione del reato (*perfectio criminis*), qualora siano state eseguite tutte le condotte necessarie per la realizzazione dell'evento antigiuridico, senza tuttavia averlo prodotto; II) il tentativo di reato (*conatus delinquendi* in senso stretto) se non sono state eseguite tutte le condotte necessarie per la realizzazione dell'evento antigiuridico. Questo tentativo è 1) l'inizio del reato, tentativo prossimo (*inchoatio delicti - conatus proximus*) se il delinquente era già entrato nel compimento di quelle condotte la cui ultimazione doveva realizzare l'evento antigiuridico; oppure 2) preparazione del reato o tentativo remoto (*attentatio delicti-conatus remotus*) se egli ha compiuto condotte attraverso le quali si preparava alla consumazione del reato; a sua volta, questa ha diversi gradi, da valutarsi solo in concreto »¹⁹⁸.

¹⁹⁷ FEUERBACH A., *Lehrbuch*, 1 ed., cit., pag. 221. Il riferimento alla necessaria connessione causale tra condotta e reato-scopo costituisce, secondo Alcuni, una formula non del tutto eterogenea rispetto al concetto di idoneità che, anzi, in essa sarebbe del tutto ricompreso. Sul punto, SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 237.

¹⁹⁸ FEUERBACH A., *Lehrbuch*, cit., I ed., pag. 45.

Per quanto concerne, invece, l'individuazione del momento iniziale della rilevanza della condotta per il delitto tentato, due sono i criteri cui fare affidamento: il pericolo e la connessione causale tra la condotta ed il reato-scopo dell'agente.

In definitiva, si tratta di una ricostruzione ricca di molteplici spunti d'interesse; in particolare si consideri che i contributi in esame risalgono agli inizi dell'ottocento, periodo durante il quale nella dottrina italiana il dibattito era concentrato su temi differenti¹⁹⁹.

L'attenzione verso il requisito della proporzione tra fatto, entità dell'offesa-pericolo e sanzione non scioglie però alcune perplessità in rapporto al pensiero di Feuerbach in materia di delitto tentato: la mancata elaborazione di affidabili criteri attraverso i quali stabilire la rilevanza della condotta e l'indiscussa punibilità degli atti preparatori costituiscono aspetti problematici di quella che comunque è la prima teoria oggettiva del conato in Germania.

Le criticità di tale teoria costituiscono il punto di partenza per la elaborazione di diversi contributi di uno degli allievi più noti di Anselm Feuerbach. Ci riferiamo a Mittermaier, che più volte si è confrontato con il tema²⁰⁰.

L'Autore non nasconde la complessità della questione: « La dottrina del conato a delinquere appartiene al numero di quelle, che sono le più difficili del criminale diritto »²⁰¹.

¹⁹⁹ L'attenzione della dottrina italiana era focalizzata, in particolare, sui concetti di idoneità ed univocità, che appaiono per la prima volta nelle opere rispettivamente di Romagnosi e di Carmignani. Sul punto, in particolare CARMIGNANI G., *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, cit., pag. 323; ID, *Elementi di diritto criminale*, cit., pag. 84. ROMAGNOSI G. D., *Genesi del diritto penale*, cit., pag. 311.

²⁰⁰ Per un'attenta analisi dell'evoluzione del pensiero dell'Autore, SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 231 ss.

²⁰¹ MITTERMAIER C. J. A., *Contribuzione alla dottrina del conato*, in *Scritti germanici di diritto criminale*, Livorno, 1847, pag. 223 ss.

Nonostante ciò, si tratta di una elaborazione connotata da una particolare originalità e linearità espositiva, da cui traspaiono con tutta evidenza le istanze garantistiche che si intendono valorizzare.

Il delitto tentato è definito come « un'azione esterna illegale intenzionalmente intrapresa, come mezzo ad eseguire un delitto, con la quale per altro il delitto, secondo la sua idea giuridica, non è stato interamente compiuto »²⁰².

Gli elementi strutturali dell'istituto vengono individuati a) nell'azione effettivamente intrapresa dall'agente al fine di realizzare il reato; b) nel mancato perseguimento del fine delittuoso; c) nello scopo.

Sulla valutazione del primo elemento si fonda la punibilità del conato. « Il giudicare se vi sia tentativo o consumazione dipende semplicemente dalla *qualità dell'azione*, e dal successo, non già dall'opposizione alla legge »²⁰³.

A ben vedere, il fondamento della punibilità del tentativo risulta inscindibilmente legato ai principi generali che regolano la materia penale. Difatti, diverse saranno le conseguenze a seconda che si propenda per una giustizia penale *assoluta* o *relativa*.

Nel primo caso, la giustizia penale è « un vero contraccambio di un maleficio commesso »²⁰⁴; la pena è rivolta esclusivamente al passato, con conseguente punizione delle condotte che di fatto hanno trasgredito la legge.

Diversi gli approdi cui si giunge se si accoglie il concetto di giustizia penale *relativa*.

In tale prospettiva, la pena svolge la funzione di prevenzione del pericolo futuro e, così, « la ragion di punire il conato sta nel timore di mali futuri, nel

²⁰² MITTERMAIER C. J. A., *Contribuzione alla dottrina del conato*, cit., pag. 232-233.

²⁰³ MITTERMAIER C. J. A., *Contribuzione alla dottrina del conato*, cit., pag. 225; vedi anche pag. 238.

²⁰⁴ MITTERMAIER C. J. A., *Contribuzione alla dottrina del conato*, cit., pag. 226.

desiderio di prevenire il pericolo che minaccia lo stato giuridico »²⁰⁵. Ne deriva una sopravvalutazione del momento volitivo a causa della centralità rivestita dalla « malvagia intenzione »²⁰⁶.

Siffatta lettura dell'istituto viene aspramente criticata. « Il principale sta sempre nell'azione: e dove ci allontaniamo da questo punto di vista, si perde tosto ogni sicuro contrassegno riconoscibile; la pena diviene dipendente da una condizione, che è interna, e che si connette solamente con la morale; l'arbitrio penetra nel diritto penale; spariscono le linee di confine tra il foro interno e l'esterno; e si vien a dire, che il tentativo di un delitto abbia un'essenza di fatto diversa da quella del consumato delitto, che si voleva commettere »²⁰⁷.

Diversamente, nel pensiero dell'Autore, la differenza tra delitto consumato e tentato risiede esclusivamente nel « grado della consumazione »²⁰⁸.

L'inaffidabilità della teoria soggettiva emerge anche da ulteriori elementi. Se il fulcro del delitto tentato consiste nella volontà malvagia dell'agente, si è costretti: a) a legittimare la punibilità della mera ideazione criminale; b) a prescindere da una valutazione della qualità dell'azione posta in essere ai fini della punibilità del conato; c) ad equiparare la sanzione prevista per il delitto consumato e quello tentato; d) a mutare la natura della legge penale che dovrebbe sottoporre a pena solo azioni; e) ad accettare l'inutilità del momento di ricostruzione della prova in un processo penale in cui il giudice è chiamato a valutare, sulla base di proprie convinzioni personali, la sola volontà antiggiuridica dell'imputato; f) a porre in seria discussione la stessa utilità della formulazione delle leggi da parte del legislatore²⁰⁹.

²⁰⁵ MITTERMAIER C. J. A., *Contribuzione alla dottrina del conato*, cit., pag. 226.

²⁰⁶ MITTERMAIER C. J. A., *Contribuzione alla dottrina del conato*, cit., pag. 226.

²⁰⁷ MITTERMAIER C. J. A., *Contribuzione alla dottrina del conato*, cit., pag. 230.

²⁰⁸ MITTERMAIER C. J. A., *Contribuzione alla dottrina del conato*, cit., pag. 232.

²⁰⁹ MITTERMAIER C. J. A., *Contribuzione alla dottrina del conato*, cit., pagg. 231-232.

Mittermaier, dunque, rinviene il nucleo del delitto tentato nella azione effettivamente intrapresa dal soggetto agente, realizzata avvalendosi di mezzi idonei ed indirizzata verso un oggetto possibile²¹⁰.

Ma, la profondità del contributo dell'Autore alla complessiva opera di ricostruzione del delitto tentato emerge nel momento in cui si analizza la presa di posizione circa l'individuazione del momento iniziale di rilevanza penale delle condotte di conato.

Sul punto è opportuno procedere per gradi.

L'illecito, secondo l'Autore, può essere frazionato in innumerevoli fasi che variano a seconda della sua effettiva realizzazione ma, ai fini della necessaria opera di sistematizzazione imposta dalla scienza penalistica, si individuano tre *principali intervalli*²¹¹: l'ideazione, la preparazione e l'esecuzione.

Solo gli atti che rientrano in questa ultima fase possono essere considerati un punto di riferimento per l'applicazione della disciplina del tentativo²¹².

All'Autore, però, non sfugge il problema legato a tale impostazione: occorre riempire di significato il concetto di atto esecutivo ed elaborare criteri affidabili per stabilire la natura esecutiva dell'atto.

Sul punto, « fa d'uopo affermare, che il tentativo di un delitto principia ad esser punibile quando l'agente intraprende quelle *azioni, che sono dirette all'applicazione dei mezzi*, destinati ad eseguire il deliberato delitto: mediante le quali egli 1) o, *incomincia* soltanto a servirsi effettivamente de' medesimi, o 2)

²¹⁰ Sul punto, MITTERMAIER C. J. A., *Della differenza fra i delitti consumati e tentati e dei gradi del conato*, Livorno, 1847, pag. 265 ss. ove si esamina nel dettaglio la problematica questione del tentativo inidoneo.

²¹¹ MITTERMAIER C. J. A., cit. pag. 154.

²¹² MITTERMAIER C. J. A., *Del punto onde comincia la penalità del conato a delinquere*, in *Scritti germanici di diritto criminale*, Livorno, 1847, pag. 255 ove l'Autore dichiara: « Anche le azioni osservate nel secondo intervallo [fase della preparazione] (per esempio la compra di veleno) si posson chiamar tentativi; ché sul nome non vogliamo aprir controversia: ma questo si deve affermare, che mediante le sole azioni del terzo grado di tentativo può sottoporsi, come punibile, ad una legge criminale ».

si colloca in quella posizione, in cui può meglio cavar profitto da essi per terminare il delitto, o per intraprendere l'atto principale che lo costituisce. Tutti i tentativi precedenti, per esempio la provvista dei materiali, le anteriori informazioni raccolte intorno all'occasione ed al modo di eseguire il delitto, possono assoggettare l'agente, come pericoloso, alla sorveglianza della polizia, ma non mai sottoporlo ad una punizione criminale»²¹³.

Si definisce conato prossimo « l'intraprendimento dell'atto principale, per cui poteva essere immediatamente consumato il delitto preso di mira, senza che per altro abbia generato l'effetto della legge richiesto, o senza che sia stata terminata l'azione, come vuole la legge, perché si dichiarò consumato il delitto medesimo »²¹⁴.

Al contrario, il conato remoto consiste « nell'intraprendimento di un'azione, che apparisce come principio dell'effettivo eseguitamento di un delitto, la quale è per sé incapace ad effettuarlo, ma che immediatamente precede l'atto principale. Quindi non è esatto chiamare conati remoti quelle azioni, che si debbono considerare come preparatorie dell'atto principale, onde riman incompiuto il delitto...»²¹⁵.

²¹³ MITTERMAIER C. J. A., *Del punto onde comincia la penalità del conato a delinquere*, cit., pag. 256. Una rivisitazione della formula è contenuta in un'opera del 1859 in cui si afferma che l'inizio di esecuzione coincide con il momento in cui si « comincia ad utilizzare i mezzi destinati alla realizzazione del reato, rispetto all'oggetto di questo ponendoli in una connessione tale che non si richieda alcuna nuova preparazione per l'esecuzione della condotta principale », cfr. MITTERMAIER C. J. A., *Die rechtliche Bedeutung des Ausdrucks: Anfang der Ausführung, zue Bezeichnung des Anfangspunktes des Versuchs mit Rücksicht auf die Rechtsprechung in den verschiedenen Staaten*, in *GS*, 1859, 212 ss.. Per un esame approfondito delle contraddizioni del pensiero dell'Autore si rinvia a SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 268 ss.

²¹⁴ MITTERMAIER C. J. A., *Della differenza fra i delitti consumati e tentati e dei gradi del conato*, cit., pag. 280.

²¹⁵ MITTERMAIER C. J. A., *Della differenza fra i delitti consumati e tentati e dei gradi del conato*, cit., pag. 281 in cui l'Autore continua:«...perocchè secondo questa idea farebbe d'upo riputar tentativo remoto la compra del veleno, dello stromento mortifero, del sacco destinato al trasporto delle cose da rubarsi, e della scala di corde per commettere un ratto, sebbene in altro luogo sia stato mostrato, che simili atti non possono subordinarsi alla legge penale. Quindi nel

All'Autore non sfugge neppure lo stretto legame che intercorre tra l'estensione della figura del tentativo punibile e la desistenza volontaria. Egli, difatti, nel trattare la questione afferma « quanto è più facile al delinquente desistere dal suo intraprendimento, quanti più gradi gli restano ancora a salire per giungere alla consumazione del delitto; tanto egli è meno punibile »²¹⁶.

Si tratta, a ben vedere, di un contributo connotato da elementi di forte discontinuità rispetto ad altre impostazioni dell'epoca, espressione di un metodo che ha il pregio di porre continuamente in relazione il generale (ad esempio, gli scopi della giustizia penale) con il particolare (ad esempio, irrilevanza della fase della preparazione e della mera ideazione).

Proprio il ricorso a tale metodo, tra l'altro, consente di enucleare con una certa precisione le cause di esclusione di rilevanza penale della condotta ai fini del tentativo. Il conato non si configura, difatti, a) per la mancanza di un'azione esterna; b) per la mancanza di una norma incriminatrice; c) per

veneficio non esiste conato remoto, punibile in senso giuridico, nella compra del veleno, ma bensì nel mischiarlo alle vivande, che debbono servirsi del nimico: come si renderà responsabile di conato remoto d'incendio quel delinquente, che porta i materiali combustibili al luogo da incendiarsi, ed ivi s'ingegna di adattarli nella più opportuna maniera. Si presenterà il conato remoto di stupro violento, quando uno afferra la fanciulla, e si adopera a svergognarla: e di omicidio, quando uno armato di pistola, attende al varco il proprio nimico. Se la partizione fra il conato prossimo ed il remoto si fa in questo modo, la distinzione si adatta naturalmente a tutti i delitti, che ne sono in genere suscettivi, e meglio corrisponde al principio di giustizia penale. A tenore del quale la punibilità tanto più si eleva, quanto più l'agente manifesta esternamente e indubitatamente la risoluzione a delinquere; quanto più la sua azione si avvicina a quella, che le leggi puniscono come propriamente delittuosa; quanto più egli dimostra la serietà e la fermezza del suo proposito; quanto più si pone in una situazione, dalla quale, una volta che vi si è collocato, si può difficilmente arretrare; e quanti meno gradini intermedj gli rimangono a salire, per giungere al compimento del delitto.....Quanto è più facile al delinquente desistere dal suo intraprendimento, quanti più gradi gli restano ancora a salire per giungere alla consumazione del delitto; tanto egli è meno punibile ».

²¹⁶ MITTERMAIER C. J. A., *Della differenza fra i delitti consumati e tentati e dei gradi del conato*, cit., pag. 282.

difetto di « malvagia intenzione... poiché non è escogitabile un tentativo senza intenzione o scopo d'intraprendere una data azione, per giungere a un dato risultato »²¹⁷; d) per desistenza volontaria; e) per « mancanza dell'oggetto dell'offesa »²¹⁸; f) per la « scelta dei mezzi affatto inadeguati allo scopo »²¹⁹.

Diversamente da Feuerbach, qui si assiste ad una valorizzazione del requisito della idoneità, con una netta presa di posizione in merito alla irrilevanza del tentativo inadeguato, istituito, quest'ultimo, che costituirà un vero e proprio campo di battaglia per le differenti ricostruzioni del delitto tentato fiorite durante il XIX secolo.

L'idoneità nel pensiero di Mittermaier svolge, così, un ruolo insostituibile di delimitazione dell'area del tentativo penalmente rilevante ed induce ad affermare la indifferenza per il diritto criminale di condotte poste in essere con mezzi assolutamente inadeguati (ad esempio, il propinare veleno non fatale) ovvero realizzate su oggetti del tutto inesistenti (ad esempio, vibrare pugnalate al cuore di un cadavere).

Il tema merita un breve approfondimento.

Una eventuale criminalizzazione del tentativo realizzato con mezzo assolutamente inadeguato, si sostiene, costituisce espressione di una « confusione del punto di vista criminale con quello di polizia » poiché « il pericolo avvenire non è il fondamento della punizione. Esso richiede l'attività della polizia: ma la giustizia non permette di punire, quando non è stata ancora effettivamente commessa alcuna illegalità, perché reputa inconveniente concludere la realtà della possibilità; e perciò punisce

²¹⁷ Secondo l'Autore sussiste una incompatibilità strutturale tra delitto tentato e condotta colposa, MITTERMAIER C. J. A., *Contribuzione alla dottrina del conato*, cit., pag. 236.

²¹⁸ MITTERMAIER C. J. A., *Contribuzione alla dottrina del conato*, cit., pag. 246 ss.

²¹⁹ MITTERMAIER C. J. A., *Contribuzione alla dottrina del conato*, cit., pag. 238.

solamente quando colui, che scelse la prima volta il mezzo inidoneo, si serve la seconda volta di mezzi delittuosi »²²⁰.

Allo stesso tempo, e questo costituisce di certo un momento di crisi del contributo in esame, si scinde tra mezzi inidonei e meramente insufficienti²²¹. I primi comportano sempre la non punibilità della condotta, in quanto incapaci di dar luogo ad pericolo per il diritto.

I mezzi meramente insufficienti, al contrario, pur essendo di per sé in grado di produrre l'evento possono in concreto rivelarsi inidonei ma, nonostante ciò, permane la punibilità degli atti realizzati, « perché si presenta in essi il carattere, riconosciuto come ingiusto dalla legge, ma vi si accompagnano delle circostanze, che impediscono la consumazione del delitto »²²².

Si tratta di un contributo fondamentale nello sviluppo della dottrina del conato nella impostazione oggettivistica. Esso ha il merito di aver definito con una certa precisione i punti più critici della intera teoria del conato, tentando di offrire soluzioni – come ad esempio la formula della messa in opera dei mezzi per determinare la natura esecutiva dell'atto - che risultano tuttora caratterizzate da una forte modernità. Inoltre, ma gli spunti sarebbero davvero molti, si consideri la precisa indicazione dell'atto (e non della azione) quale oggetto del giudizio di idoneità, il legame ben esaminato tra pericolo e punibilità ed, infine, la correlazione colta tra desistenza ed estensione dell'area di applicazione del conato.

Infine, merita di essere ricordata la posizione dell'illustre Autore in merito alla disciplina dei reati contro la personalità dello Stato. Si tratta, anche in questo caso, di un pensiero particolarmente moderno ove si consideri che si proponeva la equiparazione tra tale categoria di delitti ed i delitti comuni, al

²²⁰ MITTERMAIER C. J. A., *Contribuzione alla dottrina del conato*, cit., pag. 243.

²²¹ Si noti che la medesima classificazione verrà utilizzata successivamente da MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, V ed., vol. II, Torino, 1981, pag. 491.

²²² MITTERMAIER C. J. A., *Contribuzione alla dottrina del conato*, cit., pag. 246

fine di evitare la creazione di sottosistemi penali capaci di soffocare le garanzie di libertà dell'individuo²²³.

Prima di procedere con la disamina della impostazione soggettivistica del delitto tentato nella prima metà del secolo XIX, occorre chiarire il concetto di tentativo inidoneo, poiché, come accennato in precedenza, esso costituisce il "luogo" in cui il dibattito tra sostenitori dell'oggettivismo e del soggettivismo si accende.

Occorre immediatamente mettere in luce che sotto il profilo naturalistico, o meglio, nella realtà fattuale così come si presenta agli occhi del giurista chiamato ad effettuare un'opera di sussunzione della fattispecie concreta in una astratta, il delitto tentato appare sempre inidoneo: infatti, a condotta di tentativo così come posta in essere dall'agente, ovvero se giudicata esclusivamente *ex post*, risulta strutturalmente incapace di produrre l'evento desiderato.

Nel caso contrario, se cioè l'agire da luogo alla verifica del reato scopo, il reato sarà pienamente consumato e, di conseguenza, la problematica della rilevanza del delitto tentato scompare del tutto.

Riconosciuto che in tutti i casi di conato l'azione così come realizzata risulta inidonea rispetto alla verifica del reato voluto, è necessario comprendere perché il delitto tentato risulta punito negli attuali ordinamenti giuridici.

A ben vedere, solo un giudizio *ex ante* sulla condotta legittima la punibilità del delitto tentato; diverso ne sarà il fondamento a seconda che si propenda per l'impostazione oggettivistica o soggettivistica. Nel primo caso, esso risiede nella volontà, manifestata dal reo, di disobbedire al comando penale, mentre, nella ricostruzione oggettivistica, la giustificazione della rilevanza della condotta viene rintracciata nel pericolo oggettivamente corso dal bene giuridico protetto dalla norma.

²²³ MITTERMAIER C. J. A., *Della differenza fra i delitti consumati e tentati e dei gradi del conato*, cit., pag. 271.

Ciò detto, l'evoluzione della dottrina sul tema ha comportato una capillare classificazione del delitto tentato. Si distingue, difatti, tra tentativo compiuto e incompiuto, idoneo e inidoneo, superstizioso e putativo.

Il tentativo si definisce incompiuto qualora la condotta posta in essere sia stata interrotta prima del momento in cui l'autore ha attivato nella realtà fattuale tutte le energie utili a determinare l'evento. Ovviamente l'interruzione è da ricondurre a fattori esterni estranei alla volontà dell'agente (es. il ladro sorpreso dalle forze dell'ordine prima di aprire la cassaforte).

Al contrario, il tentativo si dice compiuto quando il soggetto ha realizzato tutti gli atti necessari per la consumazione del reato, che non si verifica per circostanze esterne non volute dall'agente (es. Tizio espone più colpi di pistola, ma per mancanza di mira non riesce a colpire Sempronio ad organi vitali così da provocarne la morte).

Più complessa la distinzione tra tentativo idoneo ed inidoneo.

Idoneo si qualifica il conato nei casi in cui le condotte realizzate, se valutate *ex ante*, rilevano l'attitudine causale alla produzione dell'evento. In altre parole, il reato scopo deve essere quantomeno possibile ed esso non si deve verificare per l'intervento di fattori inibenti che esulano dalla volontà dell'agente. In altre parole, l'evento si sarebbe dovuto verificare se non fossero intervenuti i fattori esterni estranei alla volontà del reo (es. Tizio propina una dose di veleno fatale che non produce i suoi letali effetti a causa del tempestivo intervento dei sanitari).

Più attenzione merita la figura del tentativo inidoneo. Il tentativo può rivelarsi tale a causa dei mezzi utilizzati ovvero a causa dell'oggetto; si distingue anche tra inidoneità assoluta o relativa.

Il tentativo sarà assolutamente inidoneo sia nel caso di uso di mezzi in astratto inadatti a determinare l'evento, sia per impossibilità assoluta dell'oggetto.

Quale tipico esempio di tentativo inidoneo realizzato con un mezzo in astratto inidoneo, si immagini Tizio che vuole uccidere Caio esplodendo colpi con una pistola giocattolo.

Classico esempio di tentativo inidoneo per inesistenza assoluta dell'oggetto, invece, è costituito dall'omicida che vibra più volte coltellate al cuore della vittima che giace in terra già cadavere.

Come è facile notare, in entrambe le situazioni descritte non sussiste alcuna *chance* di produrre l'evento desiderato.

Risulta certamente più complesso individuare le ipotesi di inidoneità relativa del tentativo.

Si tratta di un ambito in cui appare davvero fondamentale esaminare le circostanze del caso concreto poiché, solo in base a tale disamina, si potrà correttamente scindere tra inidoneità relativa a causa del mezzo in concreto inidoneo ovvero a causa della mancanza "relativa" dell'oggetto.

Si pensi al caso di Tizio che esplose più colpi di pistola per colpire Caio protetto da un giubbotto antiproiettili ovvero al caso di Sempronio che propina dello zucchero a Mevio credendolo diabetico.

Il delitto si considera putativo, invece, quando il soggetto agisce nella erronea convinzione circa la rilevanza penale della sua condotta che, al contrario, risulta del tutto conforme ai valori dell'ordinamento²²⁴.

Infine, il tentativo si definisce superstizioso qualora la condotta dell'agente consiste nell'utilizzare dei mezzi del tutto inidonei che concernono la sfera religioso-culturale per ottenere la verifica del delitto. Si pensi al caso dell'anziana signora certa di causare la morte della presunta vittima attraverso la ripetizione di alcune formule o preghiere ovvero attraverso la creazione di una "fattura".

²²⁴ A ben vedere la irrilevanza di tale ipotesi deriva da una coerente applicazione del principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, per tutti FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., pag. 281.

Ciò chiarito, occorre ora analizzare più da vicino la teoria soggettivistica del delitto tentato.

Secondo tale impostazione il tentativo è punibile poiché espressivo della volontà criminosa dell'agente, a prescindere sia dall'effettivo pericolo corso dal bene giuridico, sia dalla valutazione dell'insieme di fattori che hanno impedito il verificarsi dell'evento desiderato. Ciò che desta allarme non è la pericolosità oggettiva, e cioè il pericolo di lesione del bene, bensì la volontà di disobbedire alle leggi.

La dottrina tedesca di gran lunga maggioritaria durante la prima metà del secolo XIX accoglie e promuove la lettura soggettivistica del delitto tentato, e ciò in piena coerenza con una concezione del reato inteso quale « violazione del diritto in quanto diritto » che comportò un'attenzione del tutto particolare sul requisito della colpevolezza²²⁵.

La teoria soggettivistica ricostruisce l'istituto in esame valorizzando, da un lato, il dato volitivo e svilendo, dall'altro, il ruolo dei fattori esterni, estranei al volere del soggetto agente, in grado di inibire la realizzazione dell'evento desiderato.

Siffatta impostazione non conduce, però, come si sarebbe immediatamente portati ad immaginare, ad una affermazione di assoluta irrilevanza dell'elemento oggetto del reato, salvo rare eccezioni. Anzi, lo sforzo di molti degli Autori che accolgono le premesse teoriche della esegesi soggettivistica si concentra proprio nella individuazione di un necessario rapporto tra fatto e punibilità della condotta²²⁶.

²²⁵ Per un attento esame dei risvolti che la filosofia penale produce sulla lettura del delitto tentato si rinvia a SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 259

²²⁶ Espressivi di tale atteggiamento i contributi di ABEGG J., *Die verschiedenen Strafrechtstheorien in ihrem Verhältnisse zu einander und zu dem positiven Rechte und dessen Geschichte*, Neustadt 1835, pag. 57 ss.; BERNER A. F., *Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre*, Berlin, 1843, pag. 40 ss.; KÖSTLIN C. R., *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen, 1845, pag. 21 ss.; HÄLSCHNER H., *System des Preussischen deutsche Strafrecht*, Bonn, 1858, I.

Se risulta del tutto assente l'agire esterno, non sussiste l'oggetto di valutazione, poiché il diritto non si occupa di mere idee, bensì di fatti in grado di modificare la realtà²²⁷.

Tuttavia, la riaffermazione della totale indifferenza dell'ordinamento penale rispetto a forme di mera ideazione e della necessaria relazione tra condotta e rilevanza del conato per il diritto penale non induce ad escludere la punibilità delle ipotesi di tentativo inidoneo.

Si tratta, a ben vedere, di una ricostruzione del delitto tentato in cui non viene riconosciuto nessuno spazio a concetti che, diversamente, costituiscono il baricentro della teoria oggettivistica; ci riferiamo ovviamente alla idoneità ed al pericolo.

In merito al criterio della idoneità - che sia esso riferito al mezzo, all'atto ovvero all'azione - si afferma la assoluta inutilità della distinzione in idoneità assoluta o relativa « poiché...anche nel tentativo idoneo è assente la lesione giuridica esterna, così la natura antiggiuridica del tentativo può in generale fondarsi sul dolo esternamente manifestatosi, cioè su un elemento che ricorre sia nel tentativo inidoneo che in quello idoneo »²²⁸.

In effetti, non è il pericolo corso dal singolo "diritto" a legittimare l'intervento punitivo statale, bensì la condotta posta in essere, considerata vera e propria spia dell'atteggiamento antiggiuridico del reo.

Immediati i riflessi anche rispetto alla lettura del tentativo inidoneo.

Esso costituisce non un semplice delitto tentato, ma una tipica manifestazione di un errore penalmente rilevante. Ne deriva che la inidoneità non esclude la punibilità dell'agente poiché egli ha realizzato tutto ciò che riteneva necessario per la consumazione del delitto, non verificatosi a causa di circostanze esterne indipendenti dalla sua volontà²²⁹.

²²⁷ Sul punto, SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 254

²²⁸ KÖSTLIN C. R., *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, cit., pag. 227.

²²⁹ Tra gli Autori che più si sono spesi per riaffermare la punibilità del tentativo inidoneo TITTMANN C. A., *Bemerkungen und Beweggründe zu dem Entwurfe eines Gesetzbuches über Verbrechen*,

« Egli ha fatto, per la sua parte, tutto ciò che avrebbe condotto alla consumazione del delitto se, nella preparazione o nell'esecuzione della condotta principale, non fosse caduto in un evidente errore. Questo errore non sopprime però la punibilità del tentativo »²³⁰ .

Del resto, ci si domanda: « Può un'intenzione perdere la sua natura a causa di un errore di fatto? »²³¹ .

La risposta è negativa, con consequenziale punibilità del tentativo inidoneo in quanto condotta inficiata da un errore incapace di elidere l'atteggiamento antiggiuridico che colora l'intera condotta posta in essere dal soggetto agente.

In altre parole, dovendo rinvenire la causa della mancata consumazione del delitto « in un'ignoranza, in un errore dell'agente rispetto al legame causale tra la sua condotta e l'evento perseguito, trovano così applicazione nella sfera del tentativo i principi dell'errore di fatto ai fini dell'imputazione »²³².

Una lettura, seppur approssimativa, di alcuni dei contributi principali del tempo in materia di conato consente, in definitiva, di evincere gli elementi che caratterizzano la teoria soggettivistica durante la prima metà del 1800 e di individuarli nella concentrazione sulla malvagia intenzione del reo, nella indifferenza pressoché totale rispetto ai fattori estranei alla volontà del reo inibenti la consumazione del delitto, nella necessità di accertare un legame tra punibilità e fatto e nella riconduzione del tentativo inidoneo nella più ampia problematica dell'errore.

Il panorama dottrinale tedesco durante la seconda metà del XIX secolo si arricchisce di una serie di contributi che alimentano il dibattito sul delitto tentato.

Meissen 1813, I, pag. 27 ss. Critica con forza tale lettura MITTERMAIER C. J. A., *Contribuzione alla dottrina del conato*, cit., pag. 242.

²³⁰ HEPP F., *Versuche über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft*, Heidelberg, 1827, pag. 328.

²³¹ KÖSTLIN C. R., *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, cit., pag. 277

²³² HÄLSCHNER H., *System des Preußischen deutsche Strafrecht*, cit., pag. 186.

Oltre ai prevedibili sviluppi delle impostazioni soggettivistiche ed oggettivistiche che, come abbiamo visto, avevano dominato tutta la prima metà dell'ottocento, vengono elaborate nuove teorie, tra le quali spiccano quella di von Liszt e quella della fattispecie.

Inoltre, nonostante si tratti di una tematica che non ha mai appassionato la scienza penalistica d'oltralpe²³³, viene individuato un insieme di criteri per poter qualificare la natura preparatoria o esecutiva dell'atto.

Il parziale mutamento del contesto non erode l'interesse rispetto all'annosa questione della rilevanza del tentativo inidoneo che, anzi, continua a costituire un utile banco di prova per esaminare gli effetti propri di ciascuna ricostruzione del conato.

Una volta indicate le linee guida elaborate dalla dottrina in Germania durante questo periodo, occorre procedere per gradi, analizzando dapprima gli sviluppi delle teorie soggettivistiche ed oggettivistiche e, in un secondo momento, esaminando gli elementi di novità introdotti in particolare dai contributi di von Liszt e Beling.

L'impostazione soggettivistica viene ripresa e sviluppata in non poche opere tra le quali certamente spicca per la sua coerenza e linearità quella di von Buri, secondo il quale il delitto tentato costituisce « una volontà estrinsecatasi dall'interno dell'uomo e contrapposta alla legge penale »²³⁴.

Solo una tale premessa, secondo l'Autore, consente una lettura dell'istituto scevra delle tante contraddizioni che, al contrario, inficiano la solidità della teoria oggettivistica. Quest'ultima, difatti, presta il fianco a non poche obiezioni. Innanzitutto, sarebbe impossibile accertare il nesso causale tra la condotta e l'evento, a causa della mancanza di quest'ultimo elemento; obbligato, pertanto, il ricorso a giudizi di tipo ipotetico per valutare la

²³³ SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 270.

²³⁴ VON BURI M., *Zur Lehre vom Versuche*, in *GS*, 1867, 60; vedi anche ID, *Questioni d'imputabilità*, in *Riv. pen.*, 1898 (XLVII), 337 ss.

idoneità, che mal si conciliano con le esigenze proprie della scienza penale²³⁵.

Un più attento esame del requisito della idoneità dimostra, secondo l'Autore, da un lato, l'inaffidabilità di tale concetto, e, dall'altro, la inutilità anche della classificazione tra idoneità assoluta e relativa, poiché « per ogni tentativo idoneo o inidoneo è sempre certo che, a causa del verificarsi dell'interruzione dello svolgimento dell'attività criminosa, l'agente non si era collocato sulla via giusta per la consumazione »²³⁶.

In tale lettura del delitto tentato non residua spazio alcuno per il pericolo, in quanto esso costituisce il frutto di una valutazione effettuata in astratto, finalizzata ad accertare ciò che nella realtà fattuale non si è realizzato, e, cioè, accertare se la condotta posta in essere sarebbe stata in grado di ledere il bene giuridico se non fossero intervenuti fattori esterni non voluti dall'agente²³⁷.

Il fulcro della struttura del delitto tentato, pertanto, è l'errore, vero dato caratterizzante del conato. Si afferma:« la distinzione tra tentativo assolutamente e relativamente inidoneo è errata perché fondata su un'astrazione mirata ad accertare cosa sarebbe accaduto qualora si fosse agito diversamente, laddove in concreto il tentativo, per essere rimasto tale, rivela sempre un errore dell'agente che ha reso impossibile la consumazione »²³⁸.

Alla netta predilezione nei confronti dell'elemento volitivo propria della ricostruzione soggettivistica si contrappone, anche durante questo periodo, la dottrina oggettivistica rielaborata ed integrata attraverso la valorizzazione di alcuni elementi.

²³⁵ VON BURI M., *Zur Lehre vom Versuche*, in *GS*, 1867, 60

²³⁶ VON BURI M., *Versuch und Causalität*, in *GS*, 1880, 357. Si noti come l'Autore relazioni la problematica del delitto tentato con quella dell'errore.

²³⁷ VON BURI M., *Questioni d'imputabilità*, cit., 450.

²³⁸ VON BURI M., *Versuch*, in *Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuche*, Leipzig, 1894, 182.

Il pericolo, in particolare, diviene il punto di riferimento nella lettura del delitto tentato, a discapito del requisito della idoneità che, in parte, perde la centralità fino ad allora rivestita²³⁹.

Spiccano sul punto le opere di Geyer e Merkel²⁴⁰. Il primo definisce il delitto tentato « parziale realizzazione dell'intenzione criminosa »²⁴¹ e, nonostante la impostazione oggettivistica, contesta la distinzione tra idoneità relativa ed assoluta, poiché nella realtà fattuale non si potrà dimostrare la capacità causale dell'atto a produrre un evento mai verificatosi.

Ciò che rileva, nella prospettiva in esame, è l'esistenza di un pericolo effettivo per il bene giuridico. Solo una tale impostazione consente di evitare un deprecabile scivolamento sul piano della pericolosità soggettiva, considerata la porta d'ingresso di arbitri in sede giudiziale²⁴².

Tale impostazione viene condivisa e sviluppata in particolare da Merkel, il quale ha l'indiscusso merito di ricondurre il tentativo nella più ampia categoria dei reati di pericolo.

Nel pensiero dell'Autore, la punibilità del tentativo risulta subordinata ad una valutazione in concreto della capacità della condotta di creare il pericolo, da intendersi come « rilevante possibilità » ovvero « probabilità obiettivamente fondata » di realizzazione dell'evento²⁴³.

²³⁹ Sul punto SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 708 ss.

²⁴⁰ GEYER A., *Del tentativo*, in *Riv. pen.*, 1881 (XVI), 369 ss; ID., *Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht*, München, 1884; MERKEL A., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889; ID., *Über "das gemeine deutsche Strafrecht" von Hälschner und den Idealismus in der Strafrechtswissenschaft*, in *ZStW*, 1881 (1), 553 ss.

²⁴¹ GEYER A., *Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht*, cit., pag. 130

²⁴² Vedi GEYER A., *Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht*, cit., pag. 130

²⁴³ MERKEL A., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, cit., pag. 132. Secondo Geyer il concetto di pericolo « si racchiude in quello generale di possibilità, applicato ad un avvenimento nocivo e lesivo », GEYER A., *Del tentativo*, cit., 372.

Evidenti le ripercussioni di tale opzione ricostruttiva sulla disciplina del tentativo inidoneo. Esso non crea alcun pericolo, e, di conseguenza, non merita alcuna attenzione da parte di un diritto penale costruito su basi meramente oggettivistiche.

Una lettura senza dubbio originale e ricca di spunti innovativi è quella offerta da Ernst Beling, padre della teoria della fattispecie e della teoria formale-oggettiva²⁴⁴. Secondo l'Autore, il delitto tentato è punibile solo quando manca il momento finale della fattispecie così come descritta dal legislatore, cioè solo nei casi di parziale tipicità del fatto.

Evidente la particolare attenzione riposta sulle garanzie, che si realizza attraverso una esaltazione del ruolo della legalità formale.

Ne consegue l'esenzione da pena ogni volta che « la condotta non corrisponde alla relativa fattispecie o si è arrestata ad atti preparatori o difetta di un necessario requisito di tempo, luogo, persona od oggetto o non è pervenuta allo stadio normativamente prescritto »²⁴⁵.

Lo stretto legame tra punibilità, fattispecie e *nullum crimen* costituisce, così, la base della teoria formale-oggettiva, elaborata allo scopo di offrire validi criteri per effettuare un giudizio sulla natura dell'atto posto in essere dal soggetto agente.

Il punto di riferimento per stabilire se si tratta di atti esecutivi punibili ovvero di atti preparatori irrilevanti è stato rintracciato nel criterio della « parziale tipicità », in forza del quale è esecutiva esclusivamente la condotta che rispecchi la descrizione del reato così come prevista nella fattispecie astratta, ovviamente in assenza della consumazione.

²⁴⁴ BELING E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906; ID., *Grundzüge des Strafrechts*, Tübingen, 1912.

²⁴⁵ SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 721

Verso la fine del XIX secolo, il dibattito scientifico sul conato si arricchisce di un ulteriore prezioso contributo, che costituisce la prima compiuta teoria mista o eclettica del tentativo²⁴⁶.

« Il fondamento della punibilità del tentativo consiste nella pericolosità da un lato dell'agente, che ha agito nonostante la previsione dell'evento, dall'altro del fatto, che ha determinato la possibilità della verifica dell'evento...Il tentativo dunque sussiste anche quando il dolo dell'agente era indirizzato verso la realizzazione di tutti gli elementi della fattispecie, ma uno di essi non si è realizzato »²⁴⁷.

L'istituto si configura, in altri termini, quale luogo di sintesi tra elementi oggettivi e soggettivi. La pericolosità che legittima l'intervento sanzionatorio del diritto penale deve essere cioè il frutto di un giudizio di prognosi postuma che consente di valutare la pericolosità effettiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo del fatto.

Un eventuale *deficit* di pericolosità, tipico tra l'altro del tentativo inidoneo, comporta la coerente affermazione dell'assoluta irrilevanza della condotta per il diritto penale.

Il quadro tracciato resta tendenzialmente invariato fino all'avvento del regime nazionalsocialista.

La lettura dei principali contributi elaborati in materia di delitto tentato dalla dottrina tedesca durante l'intero XIX secolo offre non pochi spunti di riflessione. Qui ci si limita ad evidenziarne i principali.

In linea generale, si può affermare che il dibattito è stato dominato dalla contrapposizione tra teoria soggettivistica ed oggettivistica, alimentata in particolare dal diverso modo di intendere il tentativo inidoneo.

Scarsa, al contrario, l'attenzione dimostrata circa la distinzione tra atti preparatori ed esecutivi, tema che ha affascinato solo alcuni Autori. Ma la scarsa predilezione non ha inciso in maniera negativa sulla originalità e

²⁴⁶ VON LISZT F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin, 1900

²⁴⁷ VON LISZT F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, cit., pag. 131

l'importanza dei contributi sul tema. Basti pensare all'influenza esercitata sulla dottrina dai criteri elaborati da Mittermaier, Beling e Frank per individuare con precisione il momento iniziale del conato punibile e qualificare con precisione la natura dell'atto realizzato.

La messa in opera dei mezzi, la parziale tipicità e la teoria materiale-oggettiva costituiscono ancora oggi indiscussi punti di riferimento con i quali confrontarsi qualora si voglia approfondire la tematica del delitto tentato e della rilevanza degli atti preparatori in materia penale.

Capitolo Secondo

La nozione e la disciplina dell'atto preparatorio in materia di delitto tentato

1. Le tecniche di anticipazione dell'intervento penale nell'attuale assetto normativo.

La punibilità degli atti preparatori in materia penale rappresenta una delle questioni più complesse e dibattute dalla scienza penalistica moderna che « ha condotto i giuristi quasi alla disperazione »²⁴⁸.

Alla particolare attenzione dimostrata nei confronti del tema, qualificato non senza ragione la « quadratura del cerchio »²⁴⁹, non è corrisposta, ahimè, la elaborazione di soluzioni affidabili e largamente condivise.

Tuttora, difatti, non esiste alcuna convergenza, essendo la dottrina arroccata su posizioni distanti ed eterogenee, difficilmente conciliabili tra loro. Anche in sede applicativa la situazione non appare meno tesa.

« Se si considerano, nella giurisprudenza dei maggiori paesi civili i giudicati che in materia di tentativo fanno capo alla nozione astratta dell'istituto, c'è di che stupire di fronte alla ridda delle contrastanti opinioni! Ad evitare questo inconveniente, a nostro avviso, è consigliabile che il legislatore risolva in modo espresso il punto degli atti preparatori »²⁵⁰.

La rilevata confusione dottrinale e giurisprudenziale non ha impedito al legislatore italiano del 1930 di avvalersi di tecniche oramai collaudate di anticipazione dell'intervento penale, attraverso le quali criminalizzare

²⁴⁸ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale XVI ed.*, Milano, 2003, pag. 486.

²⁴⁹ GEYER A., *Del tentativo*, in *Riv. pen.*, 1881, XIV, 373.

²⁵⁰ BATTAGLINI G., *Diritto penale, parte generale III ed.*, Padova, 1949, pag. 434

attività meramente prodromiche rispetto alla effettiva lesione del bene giuridico.

A seguito dell'entrata in vigore nel 1948 della Carta costituzionale, le perplessità circa la compatibilità di tali forme di tipizzazione penale con i principi del diritto penale del fatto sono aumentate.

Non è un caso se i principi utilizzati per giustificare la permanenza nel sistema di queste fattispecie incriminatrici sono del tutto eterogenei. In linea generale, si richiama il principio di offensività²⁵¹ ma, nei casi più critici, ove cioè davvero complesso appare sotto il profilo scientifico accertare un pericolo di lesione per l'interesse tutelato, si rinvia al principio di precauzione²⁵², al principio di ragionevolezza ed al principio di proporzione²⁵³.

Anticipando ora quanto si avrà modo di chiarire nel prosieguo del presente lavoro, si può affermare che le tecniche di criminalizzazione degli atti preparatori in materia penale sono essenzialmente due.

Una prima, consiste nella previsione di una norma di parte generale che disciplina il delitto tentato. Essa traccia una linea di demarcazione valida per l'intero ordinamento che consente di individuare i criteri per stabilire da quale momento una condotta umana inizia ad essere rilevante per il diritto penale.

La seconda tecnica consiste nella previsione di fattispecie di parte speciale, generalmente derogatorie dei principi dettati in materia di tentativo. Si tratta

²⁵¹ MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, cit., pag. 595 ove si afferma: « Si vedrà, dall'altra parte, che, **correttamente interpretate**, gran parte di queste norme **armonizzano** con il principio costituzionale di **offensività**: piuttosto, la sopravvivenza di alcuni gruppi di reati dipende dal rispetto, a volte attuabile già in via interpretativa, di altri principi costituzionali, come quelli di **proporzione** e di **ragionevolezza** ». Grassetto degli Autori.

²⁵² Sul punto NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 78-80

²⁵³ Tali principi giustificano la permanenza nel sistema penale di reati di pericolo indiretto e di mero sospetto secondo MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale, III ed.*, cit., pag. 595 ss.

di un vero e proprio sistema delle “eccezioni”, in cui la generalizzata inosservanza dei valori fondamentali del diritto penale del fatto sembra costituire il minimo comune denominatore di un insieme di norme foriere di molteplici perplessità sotto il profilo del rispetto delle garanzie graniticamente affermate in sede costituzionale.

Una classificazione delle ipotesi che criminalizzano gli atti preparatori è stata fin qui tentata facendo esclusivo riferimento al rapporto tra fattispecie e offesa; si prescinde, così, dall’analisi di ulteriori fattori che, a nostro modesto avviso, potrebbero rivelarsi dei validi punti di riferimento per un riordino complessivo dell’intera tematica dell’anticipazione in materia penale²⁵⁴.

A ben vedere, tutte le ipotesi di criminalizzazione di attività preparatorie sono caratterizzate da uno squilibrio più o meno intenso del rapporto tra elementi oggettivi ed elementi soggettivi della fattispecie.

Siffatto fenomeno, in definitiva, sfilaccia proprio il bilanciato legame tra dati soggettivi ed oggettivi eludendo, così, le acquisizioni elaborate dalla più moderna dottrina circa la struttura del reato²⁵⁵.

Ciò detto, occorre procedere per gradi. Pertanto, appare necessario soffermare in un primo momento l’attenzione sul delitto tentato, e, solo in una seconda fase analizzare le singole fattispecie di parte speciale utilizzate per la criminalizzazione di atti prodromici.

²⁵⁴ Il riferimento è a MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, cit., pag. 595 ss. Gli Autori al riguardo parlano di « classi di reati sulle quali grava un’ombra di illegittimità costituzionale per violazione del principio di offensività » riferendosi, in particolare, a) a quelle ipotesi in cui (*reati di pericolo astratto; reati di pericolo indiretto; reati di possesso*) *il legislatore avrebbe operato un’inammissibile anticipazione della tutela, svuotando i fatti incriminati di ogni contenuto offensivo*; b) ad altre ipotesi in cui *il legislatore – esplicitamente (nei reati a dolo specifico) o tacitamente (nei reati di attentato) – avrebbe rinunciato ad ogni reale offesa; il rapporto con il bene giuridico vivrebbe soltanto nella mente dell’agente, come volontà di offendere*; ed, infine, c) alle ipotesi (*reati omissivi propri*) *in cui verrebbe addirittura repressa la disobbedienza come tale, o, la mera violazione di un dovere*.

²⁵⁵ Sul punto, in particolare FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, cit., pag. 177 ss.; FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., pag. 110 ss

2. Il fondamento della punibilità del delitto tentato nel diritto vigente.

L'art. 56 c.p. recita:« Chi compie atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato, se l'*azione* non si compie, o l'evento non si verifica.

Il colpevole è punito con la reclusione non inferiore a dodici anni, se la pena stabilita è l'ergastolo; e, negli altri casi, con la pena stabilita per il delitto, diminuita da un terzo a due terzi.

Se il colpevole volontariamente desiste dall'azione, soggiace soltanto alla pena per gli atti compiuti, qualora questi costituiscano per sé un reato diverso.

Se volontariamente impedisce l'evento, soggiace alla pena stabilita per il delitto tentato, diminuita da un terzo alla metà »²⁵⁶.

²⁵⁶ ANGIONI F., *Il tentativo tra esigenze di punibilità e principio di extrema ratio*, in *Leg. pen.*, 2002, 911 ss.; ID., *Un modello di tentativo per il codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1098 ss.; ID., *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Milano, 1994; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale XVI ed.*, cit., pag. 477 ss.; ID., *Origine e svolgimento della dottrina del delitto mancato*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1911, II, I, 321 ss.; ANTONINI A. A., *Gli «atti preparatori» nel codice e nella legislazione speciale*, in *Giust. pen.*, Roma, 1982, 238 ss.; BATTAGLINI G., *Diritto penale, parte generale*, III ed., Padova, 1949, pag. 426 ss.; BELTRANI, *Il delitto tentato. Parte generale e parte speciale*, Padova, 2003; BETTIOL G., *Diritto penale*, VII ed., Padova, 1969; BRICHETTI G., *Il delitto tentato. Indagini*, Napoli, 1963; CARACCIOLI I., *Il tentativo nei delitti omissivi*, Milano, 1975; CAVALLO V., *Il delitto tentato*, Napoli, 1934; CIVOLI, *Il tentativo*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di PESSINA E., V, Milano, 1904, 221; CRESPI A. - FORTI G. - ZUCCALÀ G., *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2011, pagg. 325 ss.; DE FRANCESCO G., *Brevi spunti sulla riforma del tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 715 ss.; ID., *L'enigma del tentativo: vicende sistematiche ed interrogativi politico-criminali*, in *Leg. pen.*, 2001, 927 ss.; DI GIOVINE O., *Commento all'art. 56 c.p.*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina, Vol. II, tomo II*, a cura di LATTANZI G. e LUPO E., Milano, 2000, pag. 601 ss.; FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, VI ed., Bologna, 2009, pag. 459 ss.; FIORE C., *L'idoneità dell'azione nella struttura del fatto tipico*, in *Foro pen.*, 1963, 216 ss.; FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, III ed., Torino, 2008; GIACONA I., *L'idoneità degli atti di tentativo come "probabilità"? Spunti problematici per un'indagine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1333 ss.; *Il tentativo tra passato e futuro*, in *Leg. pen.* 2002, 922 ss.; ID., *Il tentativo tra passato e futuro*, in *Leg. pen.*,

La norma costituisce una clausola di estensione della tipicità che legittima la criminalizzazione di condotte dimostrate nella realtà fattuale inadeguate a cagionare l'evento desiderato dall'autore²⁵⁷.

L'anticipazione della tutela che la disposizione comporta rappresenta una coerente espressione della *ratio* sottesa all'istituto, ravvisata pacificamente nella volontà di apprestare una maggiore tutela nei confronti di interessi

2002, 922 ss.; ID., *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, Torino, 2000; GIULIANI U., *Ancora sulla concezione normativa del delitto tentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 771 ss.; GRASSO G., *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 689 ss.; LATAGLIATA A. R., *La desistenza volontaria*, Napoli, 1964; LO MONTE E., *Il delitto tentato: contributo all'individuazione della condotta punibile*, Torino, 2012; MAGGIORE G., *Principi di diritto penale, parte generale*, Bologna, 1932; MAGLIO G. M. – GIANNELLI F., *La configurabilità del tentativo nelle varie strutture criminose*, Salerno, 1994; MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, V ed., vol. II, a cura di NUVOLONE P. e PISAPIA G. D., Torino, 1981, pag. 467 ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Padova, 2011, pag. 430 ss.; MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, III ed., Milano, 2001, pag. 559 ss.; ID., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV ed. Milano, 2012, pag. 398 ss.; MEZGER E., *Diritto penale (Strafrecht)*, Padova, 1935; MORSELLI E., *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, XXX, 36 ss.; *Tentativo (voce)*, in *Dig. it.*, XIV, 183 ss.; NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2010, pag. 789 ss.; PADOVANI T., *Diritto penale*, VI ed., Milano, 2002, pag. 248 ss.; PAGLIARO A., *Il reato*, in *Trattato di diritto penale* diretto da GROSSO C. F. - PADOVANI T. – PAGLIARO A., Milano, 2007, pag. 343 ss.; PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, III ed., Torino, 2008, pag. 475 ss.; ID., *Il tentativo: un problema ancora aperto? (Tipicità ed offesa tra passato e futuro)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 38 ss.; PETROCELLI B., *Il delitto tentato*, Padova, 1966; RANIERI S., *Manuale di diritto penale, parte generale vol. I*, III ed., Padova, 1956, pag. 351 ss.; RISICATO, *Tentativo e compartecipazione criminosa nella più recente dottrina tedesca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 283 ss.; ROMANO M., *Commento all'art. 56 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, pag. 585 ss.; SCARANO L., *Origine e sviluppo della nozione di tentativo*, in *Arch. pen.*, 1946, I, 441 ss.; ID., *Il tentativo*, Napoli, 1952; ID., *Punti fermi nella nozione di tentativo*, in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, cit., pag. 679 ss.; SEMINARA S., *Il delitto tentato*, Milano, 2012, pag. 544 ss. e 696 ss.; ID., *Contro una configurabilità causale del tentativo*, in *Leg. pen.*, 2002, n. 1-2, 915 ss.; SINISCALCO M., *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959; VANNINI O., *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, 1952; ID., *"Tentativo di reato" e "reato di tentativo"*, in *Riv. pen.*, 1914 (LXXIX), 606 ss.; ID., *La nozione di "attività esecutiva"*, in *Riv. pen.*, 1921 (XCVI), 510 ss.

²⁵⁷ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 437v ss.

giuridici penalmente rilevanti, senza polverizzare le istanze di garanzia e libertà proprie del diritto penale del fatto²⁵⁸.

In linea generale, il fondamento della punibilità del delitto tentato trova una diversa spiegazione a seconda dell'impostazione teorica accolta²⁵⁹.

La lettura soggettivistica indica la ragione della incriminazione delle condotte di tentativo nella manifestata volontà del soggetto di disobbedire alle leggi²⁶⁰ ovvero nella rilevata pericolosità sociale dell'autore. Si tratta di valutazioni generalmente ancorate a dati empirici, anche se non manca chi pone l'accento sul solo dato volontaristico, escludendo *in toto* qualsiasi valore al fatto materiale²⁶¹.

²⁵⁸ Recentemente, LO MONTE E., *Il delitto tentato: contributo all'individuazione della condotta punibile*, cit., pag. 165 ss.. Vedi anche SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 971., il quale attribuisce al delitto tentato non solo una funzione estensiva. L'Autore afferma: « Occorre dunque prendere atto dell'esigenza che il codice penale contempri una previsione sul delitto tentato, destinata ad operare sulle fattispecie di parte speciale nel senso di dilatarne l'ambito operativo, anticipando il momento iniziale della punibilità. Sul piano della pura tecnica, una siffatta disposizione opera nel senso di estendere la tipicità delle norme incriminatrici e al tempo stesso, in conseguenza della diffusa tendenza a escludere la configurabilità del tentativo per i reati meno gravi (i delitti rispetto ai crimini o le contravvenzioni rispetto ai delitti), funge anche da causa di delimitazione della punibilità ».

²⁵⁹ Il fondamento della punibilità viene rintracciato nella « violazione volontaria d'un precetto penale, qualunque sia il criterio politico-penale accolto nella formazione della legge, e piaccia o non piaccia ai cercatori di astruserie e di paradossi », MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit., pag. 474. Di diverso avviso, MORSELLI E., *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*, cit., 40 che afferma « Orbene, il disvalore della condotta – nel tentativo non meno che nei delitti consumati – in tanto solleva l'esigenza emotiva della punizione, in quanto provoca quell'effetto reattivo nella comunità, o turbamento sociale intrapsichico, che si denomina allarme sociale. Ragion per cui è proprio siffatto allarme sociale a costituire, in definitiva, il fondamento della punibilità del reato tentato; esattamente come avviene per il delitto consumato, esso rappresenta l'espressione immediata, *in termini emozionali*, del contenuto di offensività del tentativo nei confronti dei beni tutelati ». Corsivo dell'Autore.

²⁶⁰ MAGGIORE G., *Principi di diritto penale, parte generale*, cit., pag. 537; SCARANO L., *Origine e sviluppo della nozione di tentativo*, cit., pag. 700.

²⁶¹ Una siffatta lettura dell'istituto ha trovato spazio nella legislazione penale nazionalsocialista

Il coerente sviluppo della teoria in esame conduce ad affermare la deprecabile equiparazione sotto il profilo sanzionatorio tra delitto consumato e tentato²⁶².

La teoria oggettivistica, al contrario, rinviene la giustificazione della punibilità del delitto tentato nel pericolo effettivamente corso dal bene giuridico tutelato dalla norma penale²⁶³.

Per la rilevanza della condotta, in altre parole, è necessaria la messa in pericolo del bene. Ci si accontenta di un grado di offesa dell'interesse inferiore rispetto a quello che si sarebbe determinato in caso di verifica del reato programmato.

In definitiva, la differenza tra delitto e tentativo risiede nel diverso grado di consumazione dell'illecito²⁶⁴.

E' questa l'impostazione accolta dalla dottrina italiana di gran lunga maggioritaria, la quale mette in evidenza come solo tale lettura sia in grado di spiegare la norma di cui all'art. 56 c.p., focalizzata sui requisiti della idoneità e della univocità dell'atto, e costruita nel rispetto del principio di proporzione, come dimostra la dosimetria sanzionatoria prevista nei commi II e IV della norma *de qua*.

Infine, secondo la teoria eclettica o mista, il fondamento della punibilità del conato va rintracciato congiuntamente in fattori oggettivi e soggettivi²⁶⁵.

²⁶² Sul punto, vedi FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., pag. 462.

²⁶³ Per una critica a tale impostazione, anche MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit., pag. 472-473.

²⁶⁴ *Contra*, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., pag. 485 ove si afferma «...se ne deve dedurre che una differenza sostanziale (vale a dire, indipendentemente dalla formulazione legislativa) tra il tentativo e la consumazione non esiste». Corsivo dell'Autore. Di diverso avviso MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit., pag. 473, secondo l'illustre Autore « La sola differenza è che nel reato consumato si è violata la norma causando l'intero evento da questa represso; nel reato tentato, invece, pur essendosi violata la medesima norma, non si è riusciti a produrre in tutto o in parte il detto evento. E' quindi questione soltanto di grado ».

²⁶⁵ Sul punto, VON LISZT F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, cit., pag. 131. Per la dottrina italiana, MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 441.; PALAZZO F., *Corso di diritto*

Il tentativo è rilevante solo se la messa in pericolo del bene giuridico protetto sia supportata dalla volontà dell'agente di realizzare l'evento non consentito dalla legge penale.

Si tratta di un'interpretazione dell'istituto poco valorizzata nel contesto scientifico italiano, e, ciò, principalmente per due ordini di ragioni. Tale impostazione rischia di conferire al requisito volontaristico eccessiva centralità, con possibili derive soggettivistiche ed, inoltre, siffatta lettura non sembra armonizzarsi con il dato testuale, improntato su elementi oggettivistici, come traspare dall'esplicito richiamo ai concetti di idoneità ed univocità.

Una più attenta lettura dell'istituto consente di superare tali obiezioni.

Innanzitutto, non si comprende la ragione per la quale la lettura eclettica del conato sarebbe incompatibile con i principi del diritto penale del fatto.

Qui ci si limita ad osservare che i principi appena richiamati non si pongono in contrasto con un processo di valorizzazione del dato soggettivistico che, a ben vedere, assolve un'insostituibile funzione di calmiera delle istanze repressive proprie del diritto criminale. Emblematico è il caso della responsabilità oggettiva espulsa dal sistema penale focalizzando l'attenzione proprio sul dato volontaristico²⁶⁶.

Neppure il rischio in sede giudiziale di sopravvalutazione del requisito della volontà sembra giustificare i timori avanzati dai sostenitori della impostazione oggettivistica.

In verità, è la lettura in chiave meramente oggettiva del delitto tentato ad apparire contraddittoria.

penale, cit., pag. 475 ss.; RANIERI S., *Manuale di diritto penale, parte generale vol. I*, cit., pag. 396. Da ultimo SEMINARA S., *Contro una configurabilità causale del tentativo*, cit., 919, secondo il quale «...in realtà, l'orientamento oggi dominante in tema di tentativo è attestato su una posizione intermedia tra le concezioni soggettiva ed oggettiva».

²⁶⁶ Sul punto, vedi le note sentenze Corte cost., n. 364 e 1085 del 1988

Da un lato, difatti, si afferma la netta prevalenza del dato materiale-oggettivo, mentre, dall'altro, si accoglie e valorizza un'inversione metodologica in merito all'accertamento del dolo.

L'elemento soggettivo - si sostiene - deve essere rilevato in una fase antecedente rispetto alla valutazione di idoneità e univocità degli atti, e, ciò, al fine di circoscrivere la portata tendenzialmente illimitata di tale giudizio.

Del resto, se non si conosce prima lo scopo criminoso perseguito dall'agente, si rischia di estendere eccessivamente l'oggetto del giudizio richiesto *ex art. 56 co. I c.p.*, poiché ci si troverebbe costretti ad analizzare la idoneità ed univocità di atti rispetto ad indeterminate fattispecie di reato.

Si pensi al caso di chi esplose più colpi di pistola ad altezza d'uomo. Se non si conosce lo scopo perseguito, il giudizio di idoneità ed univocità dovrebbe essere effettuato rispetto a moltissime fattispecie di reato (lesioni, minaccia, omicidio).

Completamente differenti i risultati ai quali si giunge se il proposito criminoso è noto già prima di iniziare il giudizio sugli elementi oggettivo-materiali.

In altre parole, se nel caso in precedenza riportato è espressa la volontà di uccidere, l'esame degli atti sarà finalizzato ad accertarne la natura idonea ed univoca rispetto al solo reato di omicidio, e non, come accadrebbe se il proposito non fosse conosciuto, rispetto ad un numero tendenzialmente infinito di ipotesi criminose.

Nell'impostazione oggettivistica l'elemento soggettivo diviene, così, un vero e proprio criterio filtro, utile a limitare il processo valutativo della condotta posta in essere.

Sussistono ancora due profili che meritano di essere approfonditi. Si tratta, da un lato, del ruolo del requisito soggettivo all'interno della disposizione legislativa e, dall'altro, del rapporto tra la ricostruzione oggettivistica del conato e la colpa.

In merito al primo tema, a noi pare che il dato volontaristico spesso risulti sottovalutato dai sostenitori dell'impostazione oggettivistica.

L'art. 56 c.p. dedica ad esso l'intero comma terzo della norma, ove si disciplina l'istituto della desistenza volontaria. Non a torto si ritiene che questa disposizione integri la struttura del conato attraverso il rinvio all'elemento soggettivo²⁶⁷, consentendo così di affermare la necessità che l'evento non si verifichi per fattori esterni estranei alla volontà dell'autore.

Il riferimento contemplato nell'art. 56 co. III c.p. costituisce la conferma, anche sotto il profilo normativo, della validità della teoria eclettica o mista, in quanto, la disposizione conferisce eguale dignità ad elementi oggettivi e soggettivi, ritenendoli entrambi fattori essenziali per la verifica di un tentativo penalmente rilevante.

In merito al secondo tema, cioè il rapporto tra colpa e teorica oggettivistica, Autorevole dottrina²⁶⁸ ha messo in evidenza come siffatta impostazione non risulti in grado « di spiegare perché costituiscano tentativo le sole esposizioni a pericolo sorrette dalla intenzione di commettere un delitto e non anche quelle dovute a colpa. Da sempre si nega l'assurdo del tentativo reato colposo, benché guardando al solo pericolo non vi sia differenza, ad es., tra lo sfiorare una persona con un colpo di fucile sparato per ucciderla o lasciato partire distrattamente »²⁶⁹.

Infine, è corretto evidenziare, che anche nella teoria eclettica si recuperano le istanze oggettivistiche, in particolare nel momento di commisurazione della pena. In tale fase, difatti, la determinazione della sanzione risulta legata

²⁶⁷ Sul punto MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 441.

²⁶⁸ In particolare MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 441. Vedi anche RANIERI S., *Manuale di diritto penale, parte generale*, vol. I, cit., pag. 396; PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., pag. 475 ss.

²⁶⁹ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 441. Sul punto, anche SEMINARA S., *Contro una configurabilità causale del tentativo*, cit., 920.

principalmente al fattispecie materiale-oggettiva, in accoglimento del principio di proporzione²⁷⁰.

Le considerazioni sin qui svolte consentono di ritenere maggiormente affidabile la teorica eclettica o mista del delitto tentato. In definitiva, solo essa appare coerente con il dato fattuale e normativo, e consente una ricostruzione dell'istituto bilanciando il rapporto tra fattispecie oggettivo-materiale e soggettiva²⁷¹.

Del resto, il diritto penale non può dimenticare che attraverso la norma si criminalizza un fatto umano cosciente, ed, in quanto tale, intrinsecamente connotato dalla presenza di elementi oggettivi e soggettivi. Si punisce il delitto tentato perché un soggetto ha volutamente inserito nella realtà fattuale energie causali idonee ed univoche a realizzare un delitto, determinando così un pericolo di lesione per il bene protetto. Se si punisse solo per questo ultimo fattore, i rischi di irrigidimento del sistema sarebbero davvero eccessivi.

Propendere per questo modello ricostruttivo non costituisce un'opzione neutra sotto il profilo politico-criminale. Anzi, ciò rappresenta il punto di partenza per una lettura del tema più coerente rispetto alla realtà fenomenica e giuridica che consente di contemperare in sede applicativa esigenze di tutela dei beni giuridici e delle garanzie personali²⁷².

²⁷⁰ SEMINARA S., *Contro una configurabilità causale del tentativo*, cit., 919.

²⁷¹ Sul punto, si rinvia a FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., pag. 109 ss.

²⁷² La necessità di bilanciare dati oggettivistici e soggettivistici nell'approfondire la individuazione del momento iniziale del tentativo punibile è particolarmente avvertita in MORSELLI E., *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*, cit., 44 ss.; PETROCELLI B., *Il delitto tentato*, cit., pag., 148 ss.

3. La struttura del delitto di tentato.

La funzione estensiva della tipicità rappresenta, come accennato, la ragione principale che ha indotto il Legislatore del 1930 a prevedere la fattispecie di cui all'art. 56 c.p.²⁷³

La norma consente di qualificare tipiche condotte che, se autonomamente analizzate, non supererebbero il filtro della rilevanza penale in quanto, in tutte le ipotesi di delitto tentato, manca l'evento lesivo del bene giuridico.

L'istituto diviene così luogo di sintesi tra esigenze contrapposte. Si deve offrire una maggiore protezione di interessi giuridici, senza comprimere eccessivamente la libertà e le garanzie individuali graniticamente affermate in sede costituzionale.

Ma la particolare importanza da sempre riconosciuta alla disciplina del tentativo trova una sua giustificazione nel fatto che di essa l'ordinamento si avvale per tracciare una linea di demarcazione tra ciò che è penalmente rilevante e ciò che non lo è valida per l'intera impalcatura ordinamentale.

In altre parole, attraverso la lettura dell'art. 56 c.p. si determina il momento iniziale di rilevanza degli atti per l'intero sistema penale.

Le ragioni del legislatore condizionano fortemente la struttura normativa del delitto tentato per la cui verifica è necessario accertare la contemporanea presenza di elementi oggettivi e soggettivi²⁷⁴.

La fattispecie soggettiva, in forza di quanto si desume dall'art. 56 co. III c.p., è soddisfatta qualora la condotta del soggetto agente risulti colorata dal

²⁷³ VANNINI O., *Il problema giuridico del tentativo*, pag. 4 « Possiamo subito affermare che la norma sul tentativo è tale norma che per essa assurge ad azione penalmente illecita un'azione altrimenti improduttiva di conseguenze penali, *come azione diretta alla consumazione del voluto reato* ». Corsivo dell'Autore. Per la manualistica, MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 442 ss.

²⁷⁴ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 442 ; NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 807- 818.

dolo della consumazione²⁷⁵. L'autore deve, cioè, prevedere e volere quale conseguenza del proprio agire la verifica dell'evento lesivo²⁷⁶.

Per quanto concerne la fattispecie oggettiva, occorre che gli atti siano idonei ed univoci rispetto al piano criminoso perseguito dall'agente. Il profilo oggettivo del delitto tentato, in altre parole, sarà pienamente soddisfatto in presenza di un dato negativo – mancata verifica dell'evento desiderato – e, di due requisiti positivi, e cioè, l'idoneità e l'univocità degli atti²⁷⁷.

Il primo comma dell'art. 56 c.p., inoltre, distingue il tentativo compiuto ed incompiuto, ipotesi delittuose strutturalmente non eguali che vengono del tutto equiparate sotto il profilo della disciplina, anche sanzionatoria²⁷⁸.

E' compiuto il tentativo quando il soggetto ha realizzato per intero la condotta programmata e, nonostante ciò, l'evento desiderato non si verifica. Si pensi a chi esplose più colpi di pistola per provocare la morte di Caio, ma non raggiunge lo scopo per scarsa capacità nell'utilizzazione dell'arma.

²⁷⁵ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 442 ss. Di diverso avviso SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 984.

²⁷⁶ L'incompatibilità tra la struttura dell'art. 56 c.p. e l'elemento soggettivo della colpa e della preterintenzione rappresenta un dato oramai acquisito dalla dottrina e dalla giurisprudenza pressoché unanime. Sul punto, si rinvia a ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., pag. 512; FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, cit., pag. 477 ss.; FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., pag. 480 ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 452 ss.; MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 398 ss.; NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 817 ss.; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., pag. 256; PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., pag. 482 ss.

²⁷⁷ NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 807- 818.

²⁷⁸ Si tratta di una classificazione presente anche nel codice del 1889 in cui, a differenza dell'attuale, si prevedeva una disciplina autonoma delle due figure di reato tentato. In particolare, netta era la differenza sotto il profilo sanzionatorio come testimoniato dalla lettera degli artt. 60 e 61 c.p. Zanardelli. Sul punto, tra l'altro ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., pag.;

Si definisce incompiuto, invece, nel caso in cui la realizzazione della condotta viene interrotta da fattori estranei alla volontà del soggetto agente che inibiscono la consumazione del delitto programmato. L'esempio classico al quale si fa riferimento per spiegare tale ipotesi delittuosa è il caso del ladro scoperto ed immobilizzato dalle forze dell'ordine mentre sta per aprire la cassaforte che si era promesso di svaligiare.

La lettera dell'art. 56 c.p. offre validi spunti anche in merito alla natura dell'istituto.

Il delitto tentato costituisce una fattispecie autonoma rispetto al reato consumato.

Esso non rappresenta una circostanza attenuante « anche perché questa oggettiva o soggettiva che sia, costituisce sempre un *quid* straordinario ed accessorio rispetto alla ipotesi delittuosa tipica, che si *aggiunge*, senza modificarli, all'essenza ed agli elementi obiettivi e subiettivi del reato »²⁷⁹.

Si tratta di una norma accessoria destinata a combinarsi di volta in volta con le singole fattispecie di parte speciale²⁸⁰. Il delitto tentato, in definitiva, costituisce un vero e proprio momento di sintesi tra norma di parte speciale (esempio l'art. 575 c.p. Omicidio) e norma di parte generale, l'art. 56 c.p.

Maggiori perplessità sussistono circa la natura di reato di pericolo del delitto tentato.

Sul punto si registrano differenti letture.

Alcuni, sostengono che « si avrà delitto tentato di danno e di pericolo » ma che « sarebbe erroneo riconoscere nel tentativo, in ogni ipotesi, un reato di pericolo »²⁸¹.

²⁷⁹ MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit., pag. 476. Anche ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., pag. 482; PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., pag. 476.

²⁸⁰ VANNINI O., *Il problema giuridico del tentativo*, cit., pag. 11 « La norma sul tentativo è *norma accessoria che amplia la sfera di applicazione delle norme primarie fondamentali* ».

²⁸¹ MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit., pag. 475.

Altri, invece, traendo spunto dall'« unico testo nel quale la problematica del tentativo è stata inserita nell'ambito della teoria del pericolo »²⁸², definiscono l'istituto in questione « un reato di pericolo *sui generis*, che tuttavia potrebbe anche costituire un modello da utilizzare per gli altri tipi di reato di pericolo, essendo il frutto di una lunga evoluzione normativa, dottrinale e giurisprudenziale »²⁸³.

Questa impostazione è stata da ultimo recepita e valorizzata in un recente contributo, in cui il pericolo assurge a baricentro della struttura del delitto tentato. La natura di reato di pericolo, in tal caso, non è messa in discussione, anzi è ribadita ed il riferimento allo stesso concetto di pericolo diviene il punto di riferimento per risolvere l'annoso dibattito circa la individuazione della condotta punibile²⁸⁴.

Si afferma:« il pericolo per il bene giuridico diventa l'elemento fondamentale che connota la condotta dell'agente e giustifica, appunto, la reazione da parte dell'ordinamento attraverso l'inflizione della sanzione penale. Se così è, non si comprende per quale ragione il pericolo non possa essere, espressamente, richiamato nel tipo criminoso »²⁸⁵.

La complessiva lettura della disposizione di cui all'art. 56 c.p., dunque, orienta l'interprete offrendo non pochi spunti per la ricostruzione dell'istituto ma, ad una attenta analisi, essa non sembra capace di garantire una risposta alle problematiche di fondo che il delitto tentato da sempre solleva.

Il mero rinvio alla formula « atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere un delitto » non rappresenta un criterio affidabile per stabilire il

²⁸² Il riferimento contenuto nel testo di GIACONA I., *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., pag. 18 è al testo di ANGIONI F., *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., *passim*.

²⁸³ GIACONA I., *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., pag. 470.

²⁸⁴ LO MONTE E., *Il delitto tentato: contributo all'individuazione della condotta punibile*, cit., pag. 178 ss.; in particolare, pag. 182

²⁸⁵ LO MONTE E., *Il delitto tentato: contributo all'individuazione della condotta punibile*, cit., pag. 205.

momento dal quale la condotta umana comincia ad essere punibile per il diritto penale e, di conseguenza, non pone fine, bensì alimenta la *querelle* in merito alla rilevanza o meno degli atti preparatori in materia penale²⁸⁶.

Trattasi di un *deficit* di determinatezza che mina seriamente il rispetto del principio di legalità, con conseguenze prevedibili sotto il profilo del rispetto del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e degli altri principi in materia penale solennemente affermati in sede costituzionale²⁸⁷.

4. Il momento iniziale della punibilità del delitto tentato: un tema ancora da scoprire.

« Oggi il problema del delitto tentato è problema di individuazione di un limite, al di là del quale vi sia punibilità, all'interno degli estremi segnati dal momento della prima manifestazione di proposito criminoso e dal momento della realizzazione del delitto cd. consumato »²⁸⁸.

Si tratta, in altri termini, di stabilire i limiti di applicazione della disciplina dell'istituto affinché si possano, con una certa precisione, distinguere le condotte penalmente rilevanti da quelle assolutamente indifferenti per l'ordinamento giuridico.

²⁸⁶ Conferma immediata di queste criticità si riscontra nell'attività della Giurisprudenza in materia caratterizzata da una fortissima oscillazione interpretativa. Sul punto, da ultimo, si rinvia a Cass. pen., sez. II, sentenza 2 aprile 2012, n. 12175 (univocità soggettiva - rilevanza atti preparatori) caso di rapina tentata; Cass. pen., sez. II, sentenza 25 ottobre 2010, n. 37843 (univocità soggettiva - rilevanza atti preparatori), caso di rapina tentata; Cass. pen., sez. I, sentenza 02 febbraio 2007, n. 4359, (univocità soggettiva - rilevanza atti preparatori) caso di omicidio – caso bestie di satana; Cass. pen., sez. I, sentenza 24 settembre 2008, n. 40058, (funzione sistematica art. 115 c.p.- irrilevanza degli atti preparatori).

²⁸⁷ Ovvio il rinvio ai principii di *extrema ratio*, di materialità, di offensività, di colpevolezza, di rieducazione e di effettività del diritto penale.

²⁸⁸ SINISCALCO M., *La struttura del delitto tentato*, cit., pag. 11-12.

Il punto di partenza per definire la portata estensiva dell'art. 56 c.p. consiste nello scomporre l'*iter criminis*. La dottrina maggioritaria fraziona il reato in quattro fasi: la ideazione, la preparazione, la esecuzione e la consumazione²⁸⁹.

La prima fase, in applicazione del principio *cogitationis poenam nemo patitur*, non interessa il diritto penale, poiché trattasi di meri pensieri o semplici manifestazioni di un progetto criminoso privi di materialità e di qualsiasi idoneità offensiva. Essa, come osserva attenta dottrina, riveste un ruolo nella valutazione della intensità del dolo nel caso di realizzazione o tentata realizzazione del reato voluto²⁹⁰.

La preparazione costituisce una fase solo eventuale del delitto compatibile, in linea di principio, con i reati per la cui realizzazione è richiesta un'attività particolarmente complessa. Precede l'inizio di esecuzione e da tempo alimenta un intensissimo dibattito circa la sua eventuale punibilità.

La esecuzione costituisce il momento dell'*iter criminis* durante il quale il soggetto agente inserisce nella realtà fattuale le energie utili a determinare l'evento desiderato. « Rappresenta il mezzo, la via, lo strumento per la produzione del delitto, ossia il conseguimento del fine »²⁹¹.

Infine, il reato si dice consumato quando la fattispecie concreta presenta tutti gli estremi richiesti dalla fattispecie astratta. In altre parole, « reato consumato vale dunque reato perfezionato, reato venuto a compimento,

²⁸⁹ Secondo dottrina minoritaria, è possibile scomporre il reato in cinque fasi: ideazione, preparazione esecuzione, perfezione e consumazione. Chiarisce l'Autore « Mentre la perfezione indica il momento in cui il reato è venuto ad esistere, la consumazione il momento in cui è venuto a cessare, in cui si chiude l'*iter criminis* per aprirsi il post factum. La perfezione – non la consumazione - come in genere si afferma – segna il momento limite alla configurabilità del tentativo, desistenza, recesso, non più possibili tra la fase della perfezione e della consumazione...», MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 431.

²⁹⁰ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 431.

²⁹¹ BRICHETTI G., *Il delitto tentato. Indagini*, cit., pag. 15.

nel sostanziale significato del pieno realizzarsi di quel fatto umano che la norma prende di mira »²⁹².

Ebbene, secondo l'impostazione tradizionale perimetrare lo spazio applicativo del tentativo penalmente rilevante occorre far uso di un procedimento in negativo: sono punibili le sole condotte comprese nello spazio ideale che si estende dalla fine della preparazione al momento di consumazione del reato.

La questione, in realtà, è più complessa di come *prima facie* si presenta. Difatti, l'unanimità di vedute circa l'irrilevanza per il delitto tentato della fase della ideazione e della consumazione, non si ripresenta quando ci si interroga in merito al momento iniziale di punibilità del conato.

In altre parole, è largamente condiviso che esulano dallo spazio del tentativo penalmente rilevante sia la fase della ideazione, sia quella della consumazione. Non sussistono dubbi circa la punibilità della condotta esecutiva, mentre, molteplici perplessità si presentano dinanzi al giurista nel momento in cui occorre esaminare gli atti che rientrano nella fase terminale della preparazione, ad esempio, l'acquisire informazioni utili per la realizzazione del reato, il caricare l'arma per realizzare il delitto²⁹³.

La precisa individuazione del momento dal quale la condotta diviene punibile come delitto tentato rappresenta il vero *punctum dolens* dell'intera teorica del conato.

Si tratta di un quesito tuttora irrisolto che inficia, e non di poco, la stabilità di un istituto che crea forti tensioni con il principio di tipicità e legalità, *sub specie* determinatezza-tassatività²⁹⁴.

²⁹² PETROCELLI B., *Il delitto tentato*, cit., pag. 18. Per un approfondimento del rapporto tra concetto di consumazione e reati permanenti, pag. 19 ss.

²⁹³ Sul punto, MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 438; ROMANO M., *Commento all'art. 56 c.p.*, cit., 590 ss.

²⁹⁴ « Il tentativo...si pone come un banco di prova del principio di legalità e della categoria della fattispecie », PETROCELLI B., *Il delitto tentato*, cit., pag. 111. Sul punto anche LO MONTE E., *Il delitto tentato: contributo all'individuazione della condotta punibile*, cit., pag. 93, il quale afferma «

Il tema merita un approfondimento ed, a tal uopo, corretto appare fin da ora mettere in evidenza che la questione involge due piani differenti e, cioè, la teoria generale del reato e la teoria della interpretazione.

La particolare complessità dell'argomento e la cospicua produzione scientifica in materia consigliano di separare la trattazione dei due "profili", dedicando a ciascuno di essi la necessaria attenzione.

5. La individuazione della condotta punibile nella teoria generale del reato.

Sotto il profilo della teoria generale del reato il tema della individuazione del momento iniziale di rilevanza della condotta ai fini della configurazione del delitto tentato risulta dal 1810 inscidibilmente legato alla formula *commencement d'exécution*, apparsa per la prima volta in maniera esplicita nell'art. 2 del *Code Napoleon*²⁹⁵.

Il riferimento a detto criterio durante la prima metà dell' '800 non è di certo casuale.

Nonostante i diversi approfondimenti, dottrina e giurisprudenza non sono riuscite a dotare, seppure in sede di interpretazione, la fattispecie del delitto tentato di quella necessaria tassatività richiesta dal corretto funzionamento del sistema penale, con la conseguenza che le carenze di tipicità continuano a caratterizzare la figura in esame ed a giustificare qualunque presa di posizione ».

²⁹⁵ In verità, una prima apparizione del concetto di cominciamento di esecuzione simile a quello poi utilizzato dal codice penale francese del 1810 trova spazio, seppur in forma embrionale, nell'art. 178 della Carolina che nel definire il tentativo recita « Se taluno ordisce un misfatto con alcuni atti simulati confacenti alla consumazione del crimine, e nondimeno viene, contro la sua volontà, impedito il perpetrare il crimine con altri mezzi, vuole soltanto quel maleficio e perciò non essendoci un'azione volontaria completa, viene punito penalmente, ma in un caso più gravemente, e nell'altro occorre aver riguardo all'occasione ed alla forma del fatto ». In proposito nota MEZGER E., *Diritto penale (Strafrecht)*, cit., pag. 395 « è qui notevole la distinzione tra atti preparatori ed atti di tentativo ».

La sua elaborazione si inserisce in un processo più generale di sensibilizzazione circa le garanzie di libertà individuali sviluppatosi attraverso una sempre maggiore limitazione dell'alveo applicativo del potere punitivo statale²⁹⁶. Si spiega così anche la particolare attenzione dedicata all'istituto dalla dottrina e dalla giurisprudenza degli inizi dell'ottocento che, nel ricostruirne la struttura, valorizzano l'aspetto materiale-oggettivistico, mediante l'elaborazione di nuovi criteri, quali quello dell'idoneità e dell'univocità²⁹⁷.

A ben vedere, tra le conseguenze immediate e più durature dell'apparizione del *commencement d'exécution* va annoverata la problematica distinzione tra atti preparatori ed esecutivi. La formula cominciamento di esecuzione vincola in via definitiva l'individuazione del momento iniziale di punibilità della condotta proprio alla distinzione atti preparatori-atti esecutivi.

Si tratta di una questione particolarmente controversa come emerse fin dai primi interventi degli Autori del XIX secolo, che si collocarono su posizioni quasi antitetiche. Da un lato, coloro i quali nel cominciamento d'esecuzione intravedevano la chiave di volta, capace di garantire una maggiore certezza nella delimitazione dello spazio riservato al legittimo intervento del diritto penale, con conseguenziale valorizzazione delle garanzie di libertà, mentre, dall'altra, chi riteneva la formula inaffidabile, incapace di offrire una reale rappresentazione del reato, così come si configura nella realtà fattuale. Veniva considerato, in altri termini, solo un modo per aggirare il problema che si ripresentava travestito sotto altre spoglie²⁹⁸.

²⁹⁶ Per un approfondimento sullo sviluppo storico del criterio del *commencement d'exécution* si rinvia a GIACONA I., *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., pag. 377 ss., il quale, tra l'altro, afferma: «In sostanza, fino alla fine del '700 la dottrina ha fatto di regola riferimento alla distinzione atti remoti/prossimi. Solo occasionalmente si parlava di atti preparatori ed esecutivi».

²⁹⁷ Sul punto si rinvia al cap. I, parr. III e IV del presente lavoro.

²⁹⁸ Un atteggiamento fortemente critico si rinviene nel pensiero di CARRARA F. Sul punto si rinvia a quanto già affermato nel capitolo I, par. Iv.

Il dibattito attuale non sembra discostarsi molto rispetto da quello del XX secolo.

Ancora oggi sussistono forti e motivate perplessità in merito alla reale capacità risolutiva della formula utilizzata anche nel codice Zanardelli, e tuttora non emerge unità di vedute circa la legittimità o meno della criminalizzazione degli atti preparatori²⁹⁹.

Volendo schematizzare sono due le questioni di fondo da affrontare.

In via preliminare occorre chiedersi se la classificazione atti preparatori-esecutivi ha una sua giustificazione giuridica, se cioè tale distinzione esiste o quantomeno sia possibile in diritto.

Solo in un secondo momento si analizzeranno i vari criteri elaborati per qualificare la natura dell'atto e si tenterà di comprendere se davvero la dicotomia preparazione-esecuzione può rappresentare un valido punto di riferimento per determinare il momento iniziale di punibilità per il delitto tentato.

5.1 La natura preparatoria o esecutiva dell'atto alla luce dei contributi dottrinali.

Indicare criteri affidabili per definire con certezza la natura esecutiva o preparatoria dell'atto rappresenta un vero e proprio anelito della dottrina penalistica dal XIX secolo in poi.

²⁹⁹ Riportiamo il testo integrale dell'art. 61 codice Zanardelli « I. Colui che, a fine di commettere un delitto, *ne comincia con mezzi idonei l'esecuzione*, ma per circostanze indipendenti dalla sua volontà non compie tutto ciò che è necessario alla consumazione di esso, è punito con la reclusione non inferiore ad anni dieci, ove la pena stabilita per il delitto sia l'ergastolo, e negli altri casi la pena stabilita per il delitto diminuita dalla metà ai due terzi II. Se volontariamente desista dagli atti d'esecuzione del delitto, soggiace soltanto alla pena stabilita per l'atto eseguito, ove questo costituisca di per sé un reato ». Corsivo nostro.

Elaborare una teorica in grado di offrire risposte attendibili in questo ambito significa individuare uno strumento per alimentare o, eventualmente, soffocare le istanze di libertà proprie del diritto penale moderno.

Dalla lettura del rapporto tra atti esecutivi (punibili) ed atti preparatori (irrilevanti), in altre parole, discende la maggiore o minore capacità invasiva dell'ordinamento penale.

Ancora più chiaramente. Se si estende l'area di esecuzione (punibile), con conseguente contrazione della fase della preparazione (irrilevante), si amplia lo spazio della penalità a discapito della libertà individuale. « E' tutt'altro che teorica, infatti, la possibilità che formule generosamente anticipatrici della rilevanza degli atti determinino indebite limitazioni della libertà, consentendo di reprimere comportamenti soltanto «sintomatici», ma in se stessi non criminosi »³⁰⁰.

Le difficoltà del tema impongono un preliminare tentativo di schematizzazione al fine di indicare le questioni principali che dovranno essere affrontate di qui a breve.

La prima questione da analizzare, come anticipato nel paragrafo che precede, concerne la validità sotto il profilo giuridico della distinzione atti preparatori-atti esecutivi. E' necessario, cioè, domandarsi se questa classificazione trovi un'apprezzabile giustificazione scientifica.

Sul punto i contributi susseguiti nel tempo sono davvero moltissimi³⁰¹. In linea generale, si può sostenere che la dottrina si sia collocata su due contrapposte posizioni.

³⁰⁰ ROMANO M., *Commento all'art. 56 c.p.*, cit., 590.

³⁰¹ « Poiché l'argomento si presta assai alle sottigliezze speculative e alle diatribe accademiche, così è naturale che i giuristi filosofeggianti, specialmente tedeschi, lo abbiano prediletto per le loro esercitazioni involutive.....Da codesta babelica confusione appare manifesto che la scienza straniera non ha nulla da insegnare su questo punto, fuori dall'arte non invidiabile di rendere astruse e complicate anche le cose più semplici e piane ». Così si esprime MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit., pag. 484, nota 8.

Alcuni Autori ritengono la distinzione adottata per la prima volta dal legislatore francese del 1810 inadatta a risolvere il problema di fondo, in quanto una reale distinzione tra atti preparatori ed esecutivi non è giuridicamente attendibile. I termini del problema, a ben vedere, non mutano se si utilizza la formula « cominciamento di esecuzione » o si ricorre ad altra formula, poiché ciò che realmente interessa è individuare strumenti che consentano di stabilire la linea di confine tra punibile e penalmente irrilevante, e tale distinzione non può essere subordinata alla dubbia formula preparazione-esecuzione definita, da ultimo, un « falso problema »³⁰².

Non avrà alcun valore qualificare la natura dell'atto neanche per chi, come la scuola positiva, individua il fondamento della punibilità dell'istituto nella pericolosità sociale o chi, come le correnti soggettivistiche più estreme, indica la ragione della criminalizzazione nella semplice manifestazione di disobbedienza della norma di legge³⁰³.

Accogliere tale interpretazione rende inutile qualsiasi indagine circa i criteri distintivi tra condotte preparatorie ed esecutive, poiché qualsiasi attività di

³⁰² LO MONTE E., *Il delitto tentato: contributo all'individuazione della condotta punibile*, cit., pag. 98. Inoltre, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., pag., 490; DELITALA G., *Le dottrine generali del reato nel Progetto Rocco (i titoli III e IV del Progetto)*, in *Osservazioni intorno al Progetto preliminare di un nuovo codice penale*, Milano, 1927, pag. 95 « Se poi la dottrina vorrà seguire a chiamare preparatori gli atti non punibili, libera di farlo: è una questione terminologica che al legislatore non interessa risolvere ».

³⁰³ Simile la ricostruzione di SCARANO L., *Punti fermi nella nozione di tentativo*, in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, cit., pag. 700-701 ove afferma « Se tutto questo è esatto, è evidente che perché possa essere incriminato un atto del tentativo non è necessario un atto esecutivo. E' sufficiente che la volontà abbia ricevuto dal mondo esterno una manifestazione pratica esteriormente apprezzabile. E' necessario che di quest'atto si possa ricostruire l'anima, il volto. Cioè, è necessario determinare con certezza il fine. Questo è tutto ». Del resto, prosegue l'Autore « E' ingiustificato il timore che l'abbandono della vecchia distinzione porti ad una menomazione del principio di libertà ».

indagine sulla natura dell'atto posto in essere non aiuta il giurista nell'esercizio della sua attività.

Di tutt'altro avviso è la gran parte della dottrina, come testimoniano le eloquenti parole di chi ancora oggi ritiene « la distinzione tra atti preparatori ed esecutivi , qualunque sia l'estensione che si voglia attribuire agli uni o agli altri, *immanente* alla nozione di tentativo »³⁰⁴.

Si tratta di una classificazione particolarmente valorizzata per una ragione fondamentale. Subordinare la punibilità alla natura esecutiva dell'atto costituisce uno strumento per alimentare le garanzie di libertà e vincolare l'esercizio della funzione punitiva a parametri tendenzialmente molto rigidi, così da evitare manipolazioni delle norme in sede applicativa.

Tale impostazione impone, tra l'altro, la trattazione della seconda questione indicata in precedenza: esaminare i criteri elaborati nel tempo per determinare la natura preparatoria o esecutiva dell'atto.

Anche in questo caso effettuare occorre un'ulteriore precisazione. Non tutti gli Autori che si interrogano sulla differenza tra atti preparatori ed atti esecutivi considerano il cominciamento di esecuzione un affidabile criterio delimitativo della punibilità del conato, in quanto la dicotomia preparazione-esecuzione non appare affidabile per stabilire il momento iniziale di punibilità del conato.

Analizziamo ora i principali criteri elaborati dalla dottrina per stabilire la natura preparatoria o esecutiva dell'atto posto in essere dal soggetto agente. Sul punto, note sono le prese di posizione di Francesco Carrara. Egli, in un primo periodo, individuò nella univocità la formula di cui avvalersi per distinguere l'atto preparatorio da quello esecutivo.

³⁰⁴ SEMINARA S., *Contro una configurabilità causale del tentativo*, cit., pag. 915. ANGIONI F., *Il tentativo tra esigenze di punibilità e principio di extrema ratio*, pag. 911 « La distinzione tra atti preparatori e atti esecutivi del reato svolge oggi come ieri, e probabilmente domani, la funzione di punto di partenza per il rinvenimento della soglia iniziale di rilevanza penale dell'*iter* criminoso.....SI tratta però soltanto di un punto di partenza e non di arrivo, anzitutto per la ragione che non è affatto indiscusso che cosa deve intendersi e si intende per atti esecutivi ».

I rischi di una ricostruzione in termini marcatamente soggettivistici del criterio, rischi concretizzatesi nell'attività della giurisprudenza dell'epoca, indussero il Maestro toscano ad integrare l'univocità attraverso il richiamo alla sfera del soggetto passivo.

Il ricorso congiunto a queste due formule rappresenta il modo per determinare quando un atto comincia ad essere rilevante per il diritto penale³⁰⁵. Si criminalizza la condotta che esce dalla sfera del soggetto attivo ed invade quella del soggetto passivo creando così un pericolo per la lesione del diritto tutelato dall'ordinamento penale³⁰⁶.

In verità, secondo l'Autore più che soffermarsi sulla natura preparatoria o esecutiva degli atti occorre analizzare il legame tra conato remoto ed atti preparatori, poiché questi ultimi ben possono integrare un tentativo punibile nel caso in cui si accerti la loro univocità.

³⁰⁵ Per un approfondimento della evoluzione dei criteri della univocità e della sfera del soggetto passivo e della classificazione degli atti preparatori in Francesco Carrara si rinvia al paragrafo IV del capitolo I del presente lavoro.

³⁰⁶ CARRARA F., *Prolesione al corso accademico di diritto criminale 1870-1871*, Lucca, 1870, pag. 51. Gli atti preparatori in modo assoluto «sono tutti quelli atti che si svolgono nel soggetto attivo del malefizio: il comprare veleno e prepararlo in sua casa, il munirsi di arme, il fabbricare lo scalpello o la scala, ed altri consimili che non ancora s'incontrano col soggetto passivo né della consumazione né del conato, non costituiscono il rispettivo principio di esecuzione del veneficio, dell'omicidio o del furto; quantunque per avventura si possa avere la certezza che essi erano preordinati a quelle delinquenze. Ma gli *atti che si svolgono sul soggetto passivo del malefizio non sono preparatori in un modo assoluto*, ma possono dirsi tali solo condizionalmente: alla condizione cioè che le circostanza non rendano unica la loro destinazione. Se univoco è il fine al quale s'indirizzano questi atti perché le circostanze materiali che circondano i medesimi li mostrano indubitatamente diretti al delitto, la qualità di atti esecutivi chiarita in loro sotto il punto di vista ideologico non può contrastarsi nei medesimi sotto il punto di vista ontologico perché colui che incominciò ad agire sul soggetto passivo (sia dell'attentato sia della consumazione) ha incominciato ad eseguire la aggressione contro il diritto, e così ha incominciato il tentativo del malefizio». Sul punto vedi anche DEL CORSO S., *Atti preparatori ed atti esecutivi nel pensiero di Francesco Carrara*, cit., pag. 158; SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 82. Nella manualistica, FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, VI ed., cit., pag. 465.

Note sono le principali obiezioni mosse nei confronti di tale lettura. Una ricostruzione rigida della univocità comporta una restrizione eccessiva dell'area del penalmente rilevante. Non convince neppure il ricorso alla sfera del soggetto passivo, concetto che appare assai generico e non compatibile con i reati in cui il soggetto passivo è indeterminato³⁰⁷.

Inoltre, come già accennato nel corso del primo capitolo, il legame tra punibilità del conato ed un concetto di pericolo eccessivamente ampio, consente di ritenere poco affidabile la ricostruzione del Carrara che si rivela inidonea a delimitare lo spazio del tentativo penalmente rilevante³⁰⁸.

Particolare attenzione merita la teoria formale-oggettiva, in forza della quale sono rilevanti i soli atti che danno inizio alla esecuzione della condotta così come descritta nella fattispecie di parte speciale³⁰⁹.

³⁰⁷ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 486-487; FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, VI ed., cit., pag. 465;

³⁰⁸ Sul punto, vedi cap. I, paragrafo IV.

³⁰⁹ BATTAGLINI G., *Diritto penale, parte generale*, cit., pag. 430 « Quel che occorre è che l'azione iniziata entri nel campo del fatto ipotizzato. Non basta la sola efficacia causale e il rivelarsi dell'intenzione, ma l'efficacia causale e il rivelarsi dell'intenzione debbono essere inerenti ad atti che siano entrati nella sfera dell'azione propria del modello legale ». Corsivo dell'Autore. VANNINI O., *Il problema giuridico del tentativo*, cit., pag. 27 ove afferma « Come non è reato un puro pensiero criminoso, come non è reato la intensa meditazione criminosa guidata, organizzata dalla volontà, così non è reato quell'esterna attività che, pure riferendosi al progettato delitto (attività preparatoria), non ancora inizia l'attuazione del fatto che la norma pone ad oggetto del suo divieto ». ALIMENA F., *L'attività esecutiva nel tentativo*, in *Foro it.*, 1936, IV, 99 « Nel tentativo punibile rientrano solo gli atti di esecuzione ». Vedi anche RANIERI S., *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 353 «...attività esecutiva di un determinato processo criminoso non può essere che quella parte di esso che vi corrisponde e che trova considerazione nella norma perché inscindibile da ciò che esprime, come attività penalmente rilevante per la sua fattispecie legale ». Per la dottrina d'oltralpe, in particolare BELING E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906; ID., *Grundzüge des Strafrechts*, cit., pag. 86 ss. Indubbiamente originale il contributo di von Listz il quale, come mette ben in evidenza SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 759, dopo aver per un primo periodo avallato la teoria formale-oggettiva, in una seconda fase la definisce « insostenibile, perché meramente tautologica ». Vedi VON LISZT F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, cit., pag. 186.

Si tratta di un indirizzo dottrinale sviluppatosi in Germania che indica nella c.d. tipicità parziale il criterio per stabilire il momento iniziale del conato penalmente rilevante³¹⁰. Seguendo questa impostazione, è punibile la sola fattispecie concreta che presenta parte delle caratteristiche delineate nella disposizione penale.

Siffatto criterio oltre a dimostrarsi funzionale rispetto alla ricerca del momento iniziale di punibilità dell'atto, assolve un ruolo essenziale anche per qualificare la natura della condotta.

Sicché, tutto l'agire umano che precede l'inizio di esecuzione costituisce attività preparatoria non criminalizzabile, fatte salve le ipotesi eccezionali di parte speciale finalizzate proprio a punire singoli atti prodromici.

Si ravvisa un *Mangel am Tatbestand* ogniqualvolta « la condotta non corrisponde alla relativa fattispecie o si è arrestata ad atti preparatori o difetta di un necessario requisito di tempo, luogo, persona od oggetto o non è pervenuta allo stadio normativamente prescritto »³¹¹.

Come tutta la dottrina riconosce, si tratta di una interpretazione in grado di ancorare la individuazione del momento iniziale del conato punibile ai principi fondamentali del diritto penale.

Esso, in effetti, rappresenta « il criterio più coerente con i principi della teoria generale del reato ed il più ineccepibile dal punto di vista logico-formale »³¹². Valorizzare la tipicità consente la riaffermazione delle istanze sottese al principio di legalità, alimentando così la cultura della tutela della libertà individuale e delle garanzie del diritto penale del fatto.

Nel tempo sono state avanzate nei confronti di tale impostazione non poche obiezioni.

³¹⁰ BELING E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906; ID., *Grundzüge des Strafrechts*, Tübingen, 1912.

³¹¹ SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 721.

³¹² MORSELLI E., *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*, cit., pag. 56.

Secondo una parte della dottrina, la teoria formale-oggettiva appare affidabile nella ricostruzione del tentativo dei reati a forma vincolata, quelli cioè in cui il legislatore descrive con particolare attenzione la condotta criminalizzata (es. il delitto di furto, ex art. 624 c.p.). Le stesse certezze non si ripresentano quando si estende la teoria alle fattispecie a forma aperte³¹³. La verifica di queste ultime è subordinata alla realizzazione dell'evento ed a nulla rilevano le modalità esecutive del reato (es. il delitto di omicidio di cui all'art. 575 c.p.).

In verità, questo difetto non sembra inficiare *in toto* la validità della lettura in esame, poiché può essere seriamente criticata la stessa classificazione tra fattispecie a forma aperta ed a forma vincolata. Si analizzino i reati in precedenza citati quali tipici esempi delle due tipologie di reato.

Il legislatore nel descrivere il delitto di furto incentra la propria attenzione sulla sottrazione di un bene mobile altrui, ma non specifica come la sottrazione debba avvenire. Ne deriva che il reato di furto potrà essere realizzato attraverso il ricorso a moltissime tecniche, come del resto la prassi dimostra, rivelando una strutturale genericità ed astrattezza proprie della norma penale.

A ben vedere, la tanto enfatizzata differenza tra ipotesi criminose vincolate ed a forma libera non appare una critica tale da indurre all'abbandono della teoria formale-oggettiva³¹⁴.

³¹³ ANGIONI F., *Il tentativo tra esigenze di punibilità e principio di extrema ratio*, cit., pag. 911; LO MONTE E., *Il delitto tentato: contributo all'individuazione della condotta punibile*, cit., pag. 93-95; MEZGER E., *Diritto penale (Strafrecht)*, cit., pag. 401; MORSELLI E., *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*, cit., pag. 56; SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 760 e 972 ss.; VIGANÒ F., *Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella vigente legislazione antiterrorismo*, in *Materiale didattico per la Scuola di specializzazione per le professioni legali dell'Università di Catania*, 2010, pag. 172. Nella manualistica, FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, cit., pag. 465.

³¹⁴ PETROCELLI B., *Il delitto tentato*, cit., pag. 108 ove dichiara «...in definitiva, fra questi schemi descrittivi e quelli causali (es. omicidio: chiunque cagiona la morte...), che più comunemente si usa contrapporre ai primi come privi di valore descrittivo, la differenza, in

Nel tempo sono state sollevate anche ulteriori obiezioni.

E' stato messo in evidenza che vincolare la rilevanza penale della condotta alla parziale tipicità comporterebbe una contrazione dello spazio riservato al diritto penale, e non consentirebbe di punire condotte che, seppur non tipiche, risultano pur sempre meritevoli di una punizione³¹⁵.

fondo, è di mera quantità ». Da ultimo PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., pag 112, secondo l'Autore la distinzione tra fattispecie a forma libera o vincolata è relativa in quanto le prime risultano pur sempre vincolate dal riferimento alla rilevanza causale, mentre, quelle a forma vincolata, sono pur sempre relativamente 'libere' in rapporto alla generalità ed astrattezza della determinazione legislativa. Infine, MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 128 il quale ritiene che l'evento possiede una funzione tipizzante in alcuni casi addirittura superiore a quella di alcune fattispecie a forma vincolata.

³¹⁵ Per la manualistica, si rinvia a ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 488. Vedi anche ANGIONI F., *Il tentativo tra esigenze di punibilità e principio di extrema ratio*, cit., 911 ove si afferma: « ...il concetto è sì il più rispettoso di tutti dell'esigenza di determinatezza, ma a molti giuristi appare avere per conseguenza un restringimento eccessivo dell'area di rilevanza del tentativo punibile. A questa stregua non costituirebbe ancora tentativo di rapina la condotta di persone che siano intercettate quando con armi maschere a disposizione fanno il loro ingresso in un ufficio postale, mentre un complice li attende alla guida del veicolo con motore acceso e targa camuffata ». A nostro modesto avviso, la condotta qui riportata non presenta ancora gli estremi della rapina tentata per evidente mancanza di univocità della condotta. L'atto di irruzione nell'ufficio postale con armi e maschere è atto idoneo a realizzare una pluralità di ipotesi criminose e non univoco rispetto al reato di rapina. Gli agenti ben potrebbero essere entrati per realizzare un'attività di intimidazione con scopi politico-sovversivi ovvero per uccidere con scopi terroristici una o più persone presenti in quel determinato luogo scelto per la particolare valenza simbolica. L'unico strumento per qualificare la reale natura dell'atto è la conoscenza del profilo soggettivo. Anticipando quanto si dirà nel corso del presente lavoro, il caso in esame potrebbe trovare diverse soluzioni. Se si conosce lo scopo criminoso perseguito, la idoneità e la univocità, e più in generale la natura preparatoria od esecutiva degli atti, potrà essere valutata con maggiore semplicità. Pertanto, se lo scopo era la realizzazione della rapina, gli atti posti in essere costituiscono certamente attività iniziale della fattispecie anche se per la criminalizzazione, nel pieno rispetto dei principi di *extrema ratio* e di legalità, occorre attendere un qualcosa in più anche per non rendere ineffettiva la disposizione in merito alla desistenza volontaria, secondo noi, ancora possibile.

Se, diversamente, il piano criminoso non è conoscibile ci si dovrà avvalere dei soli dati oggettivistici e di quelli soggettivistici emergenti dagli atti posti in essere. In tal caso, la soluzione

Ancora, la ricostruzione formale-oggettiva non conferirebbe alcun ruolo ad alcuni elementi materiali della fattispecie, come il bene giuridico, deprimendo esigenze primarie del diritto penale³¹⁶.

Infine, in tale elaborazione scarso o addirittura nullo sarebbe il ruolo assolto dal requisito soggettivo. A ben vedere, ciò non sorprende ove si consideri che la teoria formale-obiettiva assumeva quale punto di riferimento il modello belinghiano di reato in cui non era attribuita alcuna funzione all'elemento soggettivo in sede di tipicità³¹⁷.

« L'indispensabile accertamento del fine rende incongruente una teoria incentrata esclusivamente sulla condotta posta in essere, negando ogni rilievo alla sua natura teleologica. In altre parole, il tentativo non può essere ridotto alla sua fattispecie oggettiva e piuttosto rivendica una struttura alla quale è coesistente il dolo » poiché « in ogni caso la realizzazione di un atto tipico non configura ancora il tentativo quando non sia accertata la volontà dell'agente di procedere immediatamente alla consumazione del delitto »³¹⁸.

In definitiva, la impostazione formale-oggettiva garantisce il rispetto dei principii di legalità e di certezza del diritto, anche se non sembra in grado di costituire un valido criterio per individuare con precisione il momento

secondo più consona ai principi costituzionali in materia penale, è applicare, in conformità del *favor rei*, la sanzione prevista per il reato ipotizzabile meno grave.

³¹⁶ SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 973 « Più in generale, deve però rilevarsi l'erroneità della pretesa di attribuire valore fondante ed esclusivo, ai fini della punibilità del tentativo, alla tipizzazione delle fattispecie incriminatrici, che invece trova la sua primaria giustificazione nel principio di frammentarietà, suscettibile di differente concretizzazione alla luce del rango dello specifico bene protetto; con la conseguenza che, tanto più appare il bene meritevole di protezione, tanto meno quella teoria è in grado di trovare applicazione ».

³¹⁷ Sul punto si rinvia a FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., pag. 117 ss.

³¹⁸ SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 973-974. Vedi anche MORSELLI E., *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*, cit., pag. 57 ove afferma « ...non va perso di vista il ruolo fondante nei confronti della tipicità che ha – quale portatore di disvalore specifico dell'illecito – l'elemento soggettivo, e soprattutto il dolo... ».

iniziale della punibilità della condotta nel caso di reati omissivi e di fattispecie a forma libera. Inoltre, non sembra capace di attribuire alcun ruolo al bene giuridico ed all'elemento soggettivo durante il procedimento di valutazione della natura dell'atto.

Non pochi sono stati i correttivi elaborati per far fronte alle critiche sin qui analizzate. Tra essi spiccano il contributo di Mezger, la teoria della causa e della condizione e la teoria materiale-oggettiva.

Secondo l'illustre Autore tedesco, « ciò che costituisce 'principio di esecuzione' – quindi ciò che costituisce l'atto del tentativo punibile (in quanto nel singolo caso il tentativo sia punibile) – deve anzitutto accertare per mezzo della singola particolare *fattispecie* del reato »³¹⁹.

In tale prospettiva, la teoria formale-oggettiva rappresenta un valido punto di partenza per la definizione della natura dell'atto, e per la consequenziale delimitazione dell'area penalmente rilevante del delitto tentato. Ma essa non sempre risulta in grado di offrire risposte soddisfacenti nei casi particolarmente complessi.

Ed è per tali ipotesi che, secondo l'Autore, appare opportuno integrare la teoria della parziale tipicità attraverso il ricorso anche a criteri materiali. « In definitiva questi hanno la loro sintesi nel bene giuridico protetto; ed è da questo – molto più che dalla concezione 'naturale' – che i singoli elementi costitutivi del reato traggono unicamente il loro specifico e rilevante significato di valore »³²⁰.

Del resto, « costituisce azione di tentativo punibile quella che pone in pericolo un bene giuridico, sempre quando l'agente abbia compiuto tutto quanto era necessario secondo la sua opinione per la consumazione del reato (ipotesi del c.d. tentativo perfetto) »³²¹.

³¹⁹ MEZGER E., *Diritto penale (Strafrecht)*, cit., pag. 404.

³²⁰ MEZGER E., *Diritto penale (Strafrecht)*, cit., pag. 404.

³²¹ MEZGER E., *Diritto penale (Strafrecht)*, cit., pag. 405.

Individuare nel bene giuridico il punto di riferimento per la ricerca di una soluzione dei casi più complessi sposta il giudizio in merito alla natura dell'atto su un piano di valore come, tra l'altro, ammette lo stesso Autore. Ciò espone tale criterio a non pochi rischi di arbitrio in sede applicativa: sarà il giudice di volta in volta ad esaminare e stabilire il rapporto tra l'atto ed il valore sotteso al bene giuridico, con pregiudizi in termini di garanzie ed eguaglianza.

Altro contributo fondamentale nella ricerca di un parametro affidabile per scindere atti esecutivi e preparatori e, di conseguenza, determinare il momento iniziale di punibilità per la condotta nel tentativo, proviene da un altro illustre Autore d'oltralpe.

Secondo tale impostazione, riassunta nella nota formula di Frank, sussiste « un principio di esecuzione in tutte le azioni attive che, attraverso la loro necessaria omogeneità coll'azione della fattispecie, appariscono, secondo un'interpretazione naturale, elementi costitutivi di essa »³²².

Pertanto, sono rilevanti anche i c.d. atti pre-tipici, o meglio, condotte dotate di una particolare potenzialità offensiva che si collocano tra la fase terminale della preparazione e l'inizio di esecuzione³²³.

Si tratta di una lettura che estende l'area della tipicità attraverso il ricorso al criterio dell'«omogeneità coll'azione della fattispecie». Quest'ultima formula, a ben vedere, consente di elaborare una nozione giuridica di tentativo in cui risalta « l'esigenza di un vincolo tra il fatto concreto e la fattispecie astratta, dilatata in modo da comprendere gli atti immediatamente precedenti la condotta tipica e naturalisticamente a essa collegati nel senso di un'immediata continuità di azione e scopo. Ripetiamo: è la medesima idea di quanti deducevano l'inizio dell'esecuzione dalla messa in opera dei mezzi,

³²² MEZGER E., *Diritto penale (Strafrecht)*, cit., pag. 405.

³²³ SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 973-974. Vedi anche MORSELLI E., *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*, cit., pag. 57

ora però chiaramente specificata attraverso l'aggancio alla fattispecie normativa »³²⁴.

La formula di Frank, dunque, non estenderebbe l'area della punibilità anche a condotte pre-tipiche, o meglio, preparatorie, ma si limiterebbe ad indicare un criterio affidabile per riconoscere la tipicità di atti che solo *prima facie* appaiono estranei alla fattispecie astratta. In altre parole, tale procedimento consente di enucleare una tipicità solo in apparenza nascosta³²⁵.

La teoria materiale-oggettiva riscuote tutt'ora successo nella dottrina moderna come dimostrano anche i lavori delle commissioni di riforma del codice penale italiano, in cui in varie occasioni è stata recepita questa impostazione nella fase di redazione della disposizione sul tentativo³²⁶.

Non poche le obiezioni avanzate rispetto a siffatta interpretazione.

Innanzitutto, nella formula di Frank « si contiene un momento materiale in quanto che – 'l'interpretazione naturale' porta con sé dei criteri di valutazione che non derivano direttamente dalla legge positiva »³²⁷. Ne deriva, una rottura del legame tra la rilevanza penale e la tipicità, con un deprecabile rischio di violazione del principio di legalità e tutte le garanzie ad esso strettamente connesse.

³²⁴ Così SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 1016. Per quanto concerne l'attività svolta dalle Commissioni Grosso e Pisapia si rinvia a LO MONTE E., *Il delitto tentato*, in *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, a cura di FIORE C., MOCCIA S., CAVALIERE A., Napoli, 2009, pag. 221 ss.

³²⁵ MORSELLI E., *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*, cit., pag. 57 « In realtà, ciò che codesta teoria 'materiale-obiettiva' tenderebbe ad affermare è semplicemente la rilevanza di atti che solo *prima facie* possono apparire non conformi al tipo, mentre, sottoposti ad un più approfondito esame, finiscono per risultare tipici ».

³²⁶ SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 1016.

³²⁷ MEZGER E., *Diritto penale (Strafrecht)*, cit., pag. 402.

Si assiste, cioè, ad « una estensione della fattispecie...operando l'inclusione di ciò che non vi appartiene » ma « in tal modo alla fattispecie verrebbe sottratta la funzione sua propria, che è fissare la tipicità »³²⁸.

Il criterio proposto crea, tra l'altro, un enorme *deficit* di determinatezza nel momento in cui consente di allargare le maglie del tentativo penalmente rilevante attraverso il ricorso a concetti, come « omogeneità » e « coerenza », passibili di una forte oscillazione in sede interpretativa³²⁹.

Inoltre, il problema della individuazione del momento iniziale di punibilità per il delitto tentato non viene più affrontato alla luce del concetto di atto esecutivo, bensì « con un procedimento logico *a contrario* alla luce del concetto di atto preparatorio. Infatti, se atto materialmente esecutivo è quello...non più preparatorio, occorrerebbe definire da vicino il concetto di “preparazione”. Insomma sembra di tornare al punto di partenza...»³³⁰.

Infine, neppure la teoria materiale-oggettiva (la stessa considerazione – lo ricordiamo - vale anche per la teoria formale-oggettiva) sembra riconoscere all'elemento soggettivo un ruolo nel determinare la natura dell'atto³³¹.

L'insieme delle obiezioni sollevate ha indotto Autorevolissima dottrina a riscrivere la formula in esame nei termini che seguono :« l'inizio della

³²⁸ PETROCELLI B., *Il delitto tentato*, cit., pag. 138. Per un approfondito esame della funzione politico-criminale della tipicità, vedi MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, 121 ss.

³²⁹ La crisi di determinatezza viene posta in particolare evidenza in ANGIONI F., *Il tentativo tra esigenze di punibilità e principio di extrema ratio*, cit., 912; DI GIOVINE O., *Commento all'art. 56 c.p.*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Vol. II, tomo II, a cura di LATTANZI G. E LUPO E., cit., 612; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit. pag. 440; DE FRANCESCO G., *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di DE FRANCESCO, cit., pag. 83.

³³⁰ ANGIONI F., *Il tentativo tra esigenze di punibilità e principio di extrema ratio*, cit., pag. 912. Di diverso avviso MORSELLI E., *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*, cit., pag. 57. secondo il quale « Codesta teoria ha insomma il pregio di aver colto la sostanza del problema, ma ha il difetto di non averlo saputo impostare in termini plausibili, in quanto muove da un concetto angusto, ed estremamente formalistico, sia della fattispecie che della tipicità ».

³³¹ MORSELLI E., *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*, cit., 57.

esecuzione è costituito da ogni atto che, presentandosi come parte integrante dell'azione, rientra, perciò, necessariamente nel tipo che essa esprime»³³².

Questa formulazione, in verità, più che una 'rilettura' della formula di Frank appare un'elaborazione autonoma, poiché capace di incidere sul dato più importante della teoria materiale-oggettiva: la rilevanza della condotta viene vincolata ad un accertamento di tipicità dell'azione, escludendo qualsiasi rinvio a concetti generici e poco determinati come « omogeneità » e « coerenza » che, invece, rappresentano elementi strutturali della teoria dell'autore tedesco.

In definitiva, la teoria materiale-oggettiva estende di non poco lo spazio di rilevanza del tentativo penalmente rilevante, attraverso il ricorso a concetti poco determinati - « omogeneità » e « coerenza » - alimentando condivisibili perplessità in ordine al rispetto dei principi di legalità, di determinatezza/tassatività, di *extrema ratio*, di frammentarietà, di offensività, di eguaglianza e di proporzione.

Tra i correttivi della impostazione formale-oggettiva va annoverata anche la teoria della causalità. Si tratta di una lettura che individua nella distinzione tra causa e condizione il criterio per scindere gli atti preparatori da quelli esecutivi³³³.

Siffatta lettura considera atti preparatori le condizioni che rendono possibile il fatto, mentre, esecutivi gli atti che lo producono³³⁴.

Si tratta di un tentativo infelice, come dimostrano le critiche provenienti dalla dottrina maggioritaria. In effetti, « anche gli atti preparatori sono condizioni dell'evento, come gli atti esecutivi, e la condizione ha valore

³³² PETROCELLI B., *Il delitto tentato*, cit., pag. 137.

³³³ IMPALLOMENI G. B., *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1908, pag. 348. Vedi anche PETROCELLI B., *Il delitto tentato*, cit., pag. 121.

³³⁴ PETROCELLI B., *Il delitto tentato*, cit., pag. 121.

causale, di guisa che non è sempre possibile scindere l'atto preparatorio dall'atto esecutivo con riferimento a questo criterio »³³⁵.

Sembra costituire una variante di tale impostazione la formula utilizzata da chi ritiene che « gli atti punibili per tentativo costituiscono *elementi causali effettivi*, nel senso che, se l'azione iniziale fosse proseguita nella stessa direzione, essi avrebbero cagionato o sarebbero concorsi a cagionare la consumazione del delitto. Gli atti, invece, che possono altrimenti riconnettersi ad una intenzione delittuosa, non sono punibili come tentativo »³³⁶.

Nel tempo sono state elaborate altre del tutto autonome rispetto alla teoria formale-oggettiva.

Tra esse spiccano la teoria della volontà e la teoria della messa in opera dei mezzi.

Secondo la prima impostazione, il punto di riferimento per determinare la natura esecutiva o preparatoria dell'atto occorre riferirsi alla volontà del soggetto agente.

Nell'atto preparatorio, si sostiene, l'evento che è nella intenzione dell'agente non è ancora voluto, ma soltanto desiderato. Nella fase di preparazione del veleno al fine di uccidere c'è la volontà di preparare il veleno, ma non quella di uccidere.

Il criterio distintivo viene così indicato nella intensità della volontà di delinquere che si declina in modalità differenti a seconda della fase preparatoria o esecutiva del reato: si presenta allo stadio di desiderio

³³⁵ RANIERI S., *Manuale di diritto penale, parte generale* vol. I, cit., pag. 352. Ancora più diretto MEZGER E., *Diritto penale (Strafrecht)*, cit., pag. 402 « ...non esiste alcuna fondamentale distinzione fra causa e condizione, e pertanto non ci si può servire del concetto di causa per determinare più ampiamente in modo formale la nozione di fattispecie ».

³³⁶ MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, V ed., vol. II, cit., pag. 484-485.

durante la preparazione, mentre, costituisce vera e propria volontà dell'evento durante la esecuzione³³⁷.

Evidenti i difetti di una ricostruzione ancorata principalmente al requisito soggettivo.

Si rischia di focalizzare l'attenzione esclusivamente sulla intensità della volontà del soggetto agente, a discapito di un accertamento congiunto degli elementi soggettivi ed oggettivo-materiali del fatto. Non solo. E' stato correttamente messo in evidenza che sussistono ipotesi in cui un grado particolarmente intenso della volontà criminosa connota già le prime fasi del delitto³³⁸.

Pertanto, anche la teoria della volontà non appare un valido punto di riferimento per la qualificazione degli atti realizzati da parte dell'agente.

Offre sicuramente maggiori spunti d'interesse la teoria che indica nella messa in opera dei mezzi il criterio per desumere la natura dell'atto dell'agente³³⁹.

Sul punto, « fa d'uopo affermare, che il tentativo di un delitto principia ad esser punibile quando l'agente intraprende quelle *azioni, che sono dirette all'applicazione dei mezzi*, destinati ad eseguire il deliberato delitto: mediante le quali egli 1) o, *incomincia* soltanto a servirsi effettivamente de' medesimi, o 2) si colloca in quella posizione, in cui può meglio cavar profitto da essi per terminare il delitto, o per intraprendere l'atto principale che lo costituisce. Tutti i tentativi precedenti, per esempio la provvista dei materiali, le anteriori informazioni raccolte intorno all'occasione ed al modo di eseguire

³³⁷ ALIMENA F., *L'attività esecutiva nel tentativo*, cit., 117 ss. *Contra*, PETROCELLI B., *Il delitto tentato*, cit., pag. 122.

³³⁸ RANIERI S., *Manuale di diritto penale, parte generale* vol. I, cit., pag. 352.

³³⁹ Sul punto, MITTERMAIER C. J. A., *Del punto onde comincia la penalità del conato a delinquere*, cit., pag. 256. PETROCELLI B., *Il delitto tentato*, cit., pag. 128 ss.

il delitto, possono assoggettare l'agente, come pericoloso, alla sorveglianza della polizia, ma non mai sottoporlo ad una punizione criminale »³⁴⁰.

Si tratta di una lettura ripresa ed elaborata anche dalla dottrina italiana più moderna, partendo dal presupposto che « Non si può concepire un'azione che non sia rivolta verso un fine, né un'azione che non spieghi dei mezzi, cioè delle energie causali, verso il conseguimento di questo fine. Comunque semplici ed elementari possano talora presentarsi nella realtà, quei due termini devono necessariamente sussistere. Altrimenti si avrebbe un moto grezzo ed inconscio, non un'azione »³⁴¹.

La messa in opera dei mezzi costituisce il vero spartiacque tra la fase embrionale del reato, pertanto irrilevante sotto il profilo penale, e quella successiva, in grado di creare un pericolo meritevole di una risposta sanzionatoria.

In breve, prima del « momento dell'uso, della messa in opera del mezzo, anteriormente al momento in cui viene dato effettivo impulso alla energia causale del mezzo, gli atti, sebbene compiuti con la intenzione di commettere il delitto, costituiscono soltanto ricerca e predisposizione dei mezzi e delle condizioni per il conseguimento del fine, ma non ancora azione, non ancora esecuzione con quei mezzi, e in base a quelle condizioni, effettivamente intrapresa. In quanto atti anteriori all'azione

³⁴⁰ MITTERMAIER C. J. A., *Del punto onde comincia la penalità del conato a delinquere*, cit., pag. 256. Una rivisitazione della formula è contenuta in un'opera del 1859 in cui si afferma che l'inizio di esecuzione coincide con il momento in cui si « comincia ad utilizzare i mezzi destinati alla realizzazione del reato, rispetto all'oggetto di questo ponendoli in una connessione tale che non si richieda alcuna nuova preparazione per l'esecuzione della condotta principale » in MITTERMAIER C. J. A., *Die rechtliche Bedeutung des Ausdrucks: Anfang der Ausführung, zue Bezeichnung des Anfangsunktes des Versuchs mit Rücksicht auf die Rechtsprechung in den verschiedenen Staaten*, in *GS*, 1859, 212 ss.. Per un esame approfondito delle contraddizioni del pensiero dell'Autore si rinvia a SEMINARA S., *Il delitto tentato*, cit., pag. 268 ss.

³⁴¹ PETROCELLI B., *Il delitto tentato*, cit., pag. 128.

predisposti, rimangono atti meramente preparatori di essa, e come tali non punibili come tentativo»³⁴².

Il rinvio al criterio della messa in opera dei mezzi costituisce secondo l'Autore un momento fondamentale per stabilire la natura esecutiva dell'atto, ma, come si avrà modo di approfondire nel corso del paragrafo successivo, non per questo sussiste un'automatica punibilità di tali condotte.

Per stabilirne la eventuale rilevanza penale, difatti, è necessario integrare il giudizio sull'atto avvalendosi di ulteriori criteri, tra i quali spicca il rapporto di immediatezza da esaminare sotto il profilo oggettivo e soggettivo.

Merita, infine, particolare attenzione la prospettiva « materiale-individuale-obiettiva » promossa da Hans Welzel quale coerente sviluppo della teoria dell'azione finalistica³⁴³.

Secondo tale impostazione sono esecutivi gli atti con cui il soggetto « direttamente si accinge a realizzare la fattispecie secondo il suo piano concreto »³⁴⁴.

Tale opzione avrebbe il merito di escludere la rilevanza degli atti preparatori; è l'inizio di esecuzione il criterio che consente di individuare gli atti da sottoporre ad un esame di rilevanza penale.

Ma, non tutte le condotte che costituiscono inizio di esecuzione del delitto sono di per sé rilevanti. A ben vedere, ve ne sono alcune che si collocano in una “zona grigia”, poiché non risultano, se valutate esclusivamente sotto il profilo materiale-oggettivo, univoche e, pertanto, la loro reale natura non può essere desunta se non ricorrendo ad un attento esame dell'elemento soggettivo.

³⁴² PETROCELLI B., *Il delitto tentato*, cit., pag. 131-132.

³⁴³ Sul punto, FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale*, cit. pag., 131 ss.

³⁴⁴ MORSELLI E., *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*, cit., 58.

In altre parole, esistono atti iniziali la cui punibilità dipende dall'analisi del piano soggettivo dell'agente, l'unico in grado di conferire univocità agli atti posti in essere.

La prospettiva « materiale-individuale-obiettiva », in definitiva, crea una « tipicità per così dire *indotta o anticipata*, nonché *indiretta e relativa*: *indiretta* perché 'accede' (un'accessorietà simile a quella della condotta dei partecipi rispetto a quella degli autori del concorso di persone) agli atti di realizzazione in senso stretto e formale; *relativa*, perché essa è in funzione dello specifico piano che l'agente formula nel caso concreto »³⁴⁵.

Si pensi a Tizio che avvicina alla tempia di Caio una pistola carica. La semplice valutazione del dato oggettivistico della fattispecie concreta si presta ad innumerevoli ed eterogenee interpretazioni. Tizio, difatti, potrebbe voler uccidere, oppure minacciare, oppure realizzare uno scherzo di pessimo gusto.

In tal caso è certa solo l'assoluta impossibilità di qualificare il fatto senza il ricorso ad un attento esame del requisito soggettivo.

Ancora, si esamini il caso di Tizio e Caio che si introducono in una banca con delle armi. Sfoderarle potrebbe rappresentare l'inizio di un'attività finalizzata a realizzare una rapina, ovvero il momento precedente rispetto all'uccisione per scopi terroristicopolitici di uno o più lavoratori dell'istituto di credito. Ma, ancora, la condotta può apparire prodromica anche rispetto ad un reato di minaccia o di sequestro di persona.

I due esempi riportati dimostrano come la corretta definizione della natura dell'atto dipenda dal piano criminoso dell'agente.

Si consideri il primo caso. L'attività di Tizio potrà essere qualificata come irrilevante se si dovesse scoprire che lo scopo era quello di scherzare. Rappresenterà, al contrario, vera e propria consumazione se il fine ultimo era minacciare il soggetto passivo. Infine, costituirà inizio di esecuzione se il piano criminoso era finalizzato all'uccisione di Caio.

³⁴⁵ MORSELLI E., *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*, cit., 58-59.

Simili le considerazioni in merito al secondo caso.

L'entrare in una banca con delle armi e sfoderarle rappresenta un atto in grado di costituire consumazione del reato di minaccia (ovviamente se al mostrare le armi seguano condotte minacciose), ma potrebbe configurare anche l'inizio di esecuzione di una rapina o di un omicidio o di un sequestro di persona.

In altre parole, in tutti gli esempi proposti è necessario accertare il reale piano criminoso dell'agente per stabilire la natura esecutiva, preparatoria o consumativa dell'atto o degli atti posti in essere.

Del resto, quando ci si confronta con il reato non bisogna mai dimenticare che ci si sta relazionando con fatti umani ed, in quanto tali, sempre colorati da una finalità, come messo magistralmente in evidenza da Hans Welzel.

In definitiva, la natura esecutiva dell'atto non può essere desunta, salvo rarissimi casi (generalmente di tentativo consumato), dalla esclusiva valutazione degli elementi materiali-oggettivi.

In una prospettiva di riforma, la teoria « materiale-individuale-obiettiva » si presenta come la base di partenza maggiormente affidabile per risolvere le questioni più complesse in merito alla corretta individuazione del momento iniziale del conato, anche se una più accentuata aderenza alla fattispecie astratta sarebbe auspicabile. Ciò consentirebbe una maggiore attenzione rispetto alle esigenze di determinatezza/tassatività ed *extrema ratio*, con risvolti positivi in merito alla frammentarietà ed alla effettività del diritto penale.

Per dimostrare quanto qui affermato, opportuno appare l'esame di un altro caso particolarmente complesso, generalmente utilizzato in dottrina e giurisprudenza per giustificare una ricostruzione estesa della struttura del tentativo. Ci riferiamo al tentativo di rapina in banca. Ci si domanda quale sia il momento di inizio della esecuzione del reato. In particolare, se sia sufficiente avvicinarsi al luogo prestabilito in auto con a bordo passamontagna, armi e sacchi da riempire con la refurtiva. Ovvero, se

occorra attendere che gli agenti scendano dall'auto e si avvicinino alla porta d'ingresso dell'istituto di credito. Oppure, se sia necessario attendere che si introducano all'interno dei locali. O, ancora, se siano richieste condotte univoche, quali sfoderare le armi, minacciare i presenti e chiedere ai lavoratori di consegnare il denaro.

Ebbene, il rischio di estendere troppo l'area del penalmente rilevante produce non solo una forzatura giuridica in termini di qualificazione della fattispecie ma, anche, un'ingiustificata restrizione della spazio applicativo della desistenza volontaria.

Cerchiamo di essere più chiari. Giungere in auto dinanzi all'entrata della banca con l'occorrente per effettuare una rapina costituisce un atto privo di univocità. Ben si può desistere dal realizzare il piano criminoso. Si pensi al caso in cui tutti i soggetti decidano di rinviare il colpo perché colpiti da un rimorso collettivo.

In tal caso, la rilevanza degli atti è da escludere in quanto non ancora esecutivi di un reato specifico.

Più dubbia la condotta di chi si introduce in banca con armi. In tal caso, occorre scindere due ipotesi.

La prima. I correi entrano nel luogo dove dovranno realizzare il fatto e non estraggono le armi. A noi pare che tale atteggiamento manifesti una volontà di desistenza e, pertanto, denoti irrilevanza penale del fatto sempreché l'esecuzione non sia stata interrotta da fattori esterni in grado di incidere sulla libera determinazione dei soggetti .

La seconda. I soggetti si introducono nell'istituto di credito e sfoderano le armi ma, un attimo dopo, vengono sorpresi dalle forze dell'ordine li presenti.

Ebbene, a nostro modesto avviso, se i gli autori si sono limitati ad estrarre le armi senza avanzare alcuna richiesta, ci si trova dinanzi a condotte non ancora del tutto univoche, in quanto prodromiche rispetto ad una pluralità di reati (omicidio, rapina, sequestro di persona, minaccia..).

Tra l'altro, ben potrebbero i correi o uno solo di essi cambiare repentinamente idea, comportando così un eventuale mutamento del titolo del reato di cui all'art. 116 c.p.

Siamo più chiari. Uno dei due soggetti armati incrocia nella banca un suo vecchio nemico e, prima di essere bloccato dalle forze dell'ordine, decide di procedere alla sua eliminazione per realizzare così un suo vecchio progetto criminoso.

E' evidente che per poter giudicare la reale natura dell'atto è necessario anche in tali casi valutarne il profilo soggettivo e che, come più volte messo in evidenza, il solo ricorso al dato materiale appare insoddisfacente. Sfoderare un'arma in banca è atto polifunzionale, pertanto, non in grado di offrire nessuna certezza in merito alla qualificazione della fattispecie.

Secondo noi, la teoria che garantisce anche in casi del genere maggiore affidabilità è la materiale-individuale-obiettiva ma, come anticipato, sarebbe opportuno limitarne la portata attraverso un più stretto legame con la fattispecie astratta, dando così vita ad una sorta di teoria formale-individuale-oggettiva.

La rilevanza della condotta, in altri termini, verrebbe legata inescindibilmente, da un lato, al dato fattuale nel suo aspetto oggettivistico e soggettivistico e, dall'altro, al rispetto del principio di legalità.

Allo stesso modo riteniamo opportuno indicare qualche altro elemento che potrebbe risultare utile per garantire una maggiore armonizzazione con i valori propri del diritto penale moderno.

E' lo stesso ordinamento che offre principi capaci di costituire il punto di riferimento per affrontare i casi più complessi, ed, in particolare, l'ipotesi in cui il profilo soggettivistico non può essere conosciuto dall'operatore del diritto.

Si pensi al primo esempio. Cosa occorre fare se non siamo in grado di conoscere il piano criminoso dell'agente? Lo stesso quesito involge anche il caso della rapina appena analizzato.

A nostro modesto avviso, se dall'analisi degli elementi oggettivi non emerge lo scopo del soggetto sarà necessario, in applicazione del principio del *favor rei*, applicare la sanzione prevista per il reato meno grave astrattamente possibile come conseguenza della condotta materiale posta in essere.

Attraverso questo meccanismo si bilancino legittime istanze di controllo sociale con esigenze di garanzia della libertà.

6. Il ruolo degli atti preparatori ed esecutivi nel codice Rocco

L'individuazione del momento iniziale di punibilità del tentativo nel nostro ordinamento giuridico è stata inscindibilmente legata alla formula contemplata nell'art. 56 co. I c.p. “ atti diretti in modo non equivoco a commettere un delitto ».

Si tratta di un'espressione letterale volutamente utilizzata da Rocco per soddisfare un insieme di ragioni. Sotto il profilo politico-criminale, si voleva estendere la portata applicativa della disciplina del conato così da criminalizzare anche atti meramente preparatori, mentre, sotto il profilo tecnico-giuridico, si sarebbe dovuta superare in via definitiva la dicotomia preparazione-esecuzione, in modo da soffocare l'ancora acceso dibattito sul tema.

A ben vedere, l'opzione normativa accolta nel codice del 1930 rappresenta una coerente estensione in materia penale delle istanze repressive proprie del sistema politico dell'epoca che, come noto, considerava il diritto

criminale un'infalibile sistema di controllo sociale in grado di alimentare anche il consenso popolare³⁴⁶.

I dichiarati intenti del legislatore non furono però accolti senza critiche da dottrina e giurisprudenza del tempo che, fin da subito, si interrogarono circa la reale portata innovativa dell'art. 56 c.p. rispetto alla vecchia formulazione contenuta nell'art. 61 del codice Zanardelli.

In particolare, ci si domandava se la sostituzione della formula « cominciamento d'esecuzione » con la nuova « atti idonei, diretti in modo non equivoco » fosse realmente in grado di superare in via definitiva la tanto dibattuta distinzione atti preparatori-atti esecutivi.

Ebbene, il tempo non sembra aver favorito la proposizione di risposte univoche a questo interrogativo. Anzi, è tuttora intensissimo il dibattito nella scienza penalistica italiana che sul punto ha elaborato non poche teorie.

Alcuni considerano la disposizione di cui all'art. 56 c.p. in grado di superare la dicotomia preparazione-esecuzione, con consequenziale estensione della disciplina del delitto tentato anche rispetto agli atti preparatori³⁴⁷. Il momento iniziale del conato punibile si determina attraverso il ricorso alla

³⁴⁶ Sul punto, emblematica la complessiva legislazione politica connotata da particolare severità. Per un approfondimento sul tema, per tutti GALLO E.- MUSCO E., *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984, *passim*

³⁴⁷ SCARANO L., *Punti fermi nella nozione di tentativo*, cit., 702 « Ora s'impone il problema veramente essenziale che consiste, non nella distinzione tra atti preparazione ed atti esecuzione, ma nella determinazione quando un atto risulta punibile e quando invece si riveli non punibile ». Secondo l'Autore ingiustificate appaiono le preoccupazioni relative ad una eventuale compressione eccessiva della libertà attraverso il ricorso alla nuova disposizione normativa. Anzi, « la descrizione della fattispecie nell'art. 56 ha caratteri differenziali e contorni così definiti e precisi da non lasciare alcuna perplessità nell'interprete. Nella formula è palese la esigenza di salvaguardare, attraverso il riferimento alla exteriorità dell'atto, la libertà dell'individuo ». Vedi anche CAVALLO V., *Il delitto tentato*, cit., pag. 55; DELOGU, *La struttura del reato tentato*, in *Annali di dir. proc. pen.*, 1937, 951 ss.; MAGGIORE G., *Principi di diritto penale*, cit., pag. 541;

sola valutazione di idoneità ed univocità, qualità che ben possono essere possedute anche da atti antecedenti alla fase dell'esecuzione.

In breve, secondo siffatta lettura il legislatore sarebbe riuscito a realizzare i propri scopi, poiché scompare definitivamente per la individuazione del momento iniziale del tentativo punibile la distinzione atti preparatori-atti esecutivi, ottenendo un allargamento della sfera del penalmente rilevante tale da coinvolgere anche atti meramente preparatori³⁴⁸.

L'orientamento maggioritario, al contrario, mette in luce come la nuova lettera dell'art. 56 c.p. si sia rivelata incapace di soddisfare le pretese dei compilatori del codice del 1930³⁴⁹.

« La differenza tra atti preparatori ed atti esecutivi non è affatto abolita, come è sembrato al legislatore, ma mantenuta e perfezionata »³⁵⁰.

Il rinvio ai concetti di idoneità ed univocità rappresenterebbe semplicemente un'indicazione in merito ai criteri di cui avvalersi per effettuare un giudizio di punibilità degli atti non sganciato dall'accertamento della natura delle condotte realizzate.

In altre parole, idoneità ed univocità rappresentano gli strumenti da utilizzare per valutare la rilevanza penale degli atti esecutivi posti in essere dal soggetto agente.

Tale lettura, se da un lato, mortifica ogni aspettativa del legislatore fascista neutralizzando qualsiasi aspirazione estensiva dell'istituto, dall'altro, consente un'interpretazione del delitto tentato in maggiore armonia con i principi costituzionali in materia penale.

Anche tale impostazione dottrinale è stata sottoposta a non poche critiche.

³⁴⁸ Si tratta della interpretazione tuttora maggioritaria in Giurisprudenza. Sul punto vedi nota 39 del cap. II

³⁴⁹ ALIMENA F., *L'attività esecutiva nel tentativo*, cit., pag. 99; BATTAGLINI G., *Diritto penale*, cit., pag. 429; RANIERI S., *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 362; SABATINI G., *Istituzioni di diritto penale*, cit., pag. 275; VANNINI O., *Il problema giuridico del tentativo*, cit., pag. 19.. Per la manualistica più moderna, FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale*, cit., pag. 466 ss.

³⁵⁰ DE MARSICO A., *Diritto penale*, cit., pag. 228.

Nel tempo, difatti, si sono sviluppati un insieme di orientamenti che, pur condividendo la base di partenza della dottrina maggioritaria circa la validità e l'attualità della dicotomia atti preparatori-atti esecutivi, da essa si discostano e si ritiene la formula dell'art. 56 c.p. da sola non sufficiente ad offrire le risposte alle ipotesi più problematiche³⁵¹. E' necessario secondo tali impostazioni integrare la norma *de qua* con ulteriori elementi che secondo taluni è possibile rintracciare attraverso la lettura sistematica di altre norme presenti nel codice penale³⁵², mentre, secondo altri per trovare una risposta soddisfacente occorre fare riferimento alla teoria generale del reato³⁵³.

Rientra di certo tra i più convinti sostenitori della prima tendenza dottrinale il Maestro Biagio Petrocelli³⁵⁴.

Il pensiero dell'Autore ruota essenzialmente attorno a tre concetti fondamentali: l'azione, la messa in opera dei mezzi e gli atti iniziali.

L'intero ragionamento risulta permeato da un'esigenza di fondo che influenza la lettura dell'istituto in esame: il delitto tentato non deve costituire un'eccezione rispetto ai principi che, anzi, rappresentano un vero e proprio banco di prova per giudicare la legittimità della complessiva disciplina del conato³⁵⁵.

³⁵¹ In particolare GALLO E., *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, cit., pag. 273 ss; PETROCELLI B., *Il delitto tentato*, cit., pag., 128 ss. Di recente ANGIIONI F., *Il tentativo tra esigenze di punibilità e principio di extrema ratio*, cit., 911 ss.; SEMINARA S., *Contro una configurabilità causale del tentativo*, cit., 915 ss.; DE FRANCESCO G., *L'enigma del tentativo: vicende sistematiche ed interrogativi politico-criminali*, cit., 927 ss.

³⁵² PETROCELLI B., *Il delitto tentato*, *passim*.

³⁵³ ANGIIONI F., *Il tentativo tra esigenze di punibilità e principio di extrema ratio*, cit., 911 ss.; DE FRANCESCO G., *L'enigma del tentativo: vicende sistematiche ed interrogativi politico-criminali*, cit., 927 ss.

³⁵⁴ PETROCELLI B., *Il delitto tentato*, *passim*.

³⁵⁵ PETROCELLI B., *Il delitto tentato*, cit., pag. 109 ove trattando del principio di legalità si afferma: « e questo principio, in quanto condiziona inderogabilmente il prodursi della conseguenza giuridica della pena, investe ogni reato, ogni fatto da cui quella conseguenza possa scaturire; e quindi anche in quella particolare forma di illecito che è il delitto tentato, entro lo

Il rispetto del principio di legalità, declinato nella formula della tipicità, diviene, così, un presupposto non barattabile.

Il delitto tentato si configura solo se si realizzi una fattispecie tipica determinata attraverso il ricorso ad un processo di osmosi tra la singola norma di parte speciale e la norma di parte generale.

L'*azione* rilevante, in altri termini, è solo quella tipica, come si desume agevolmente dal riferimento espresso al concetto di « azione » contemplato nell'art. 56 co. I c.p. Esso non rappresenta un mero rinvio a condotte umane in generale (tra le quali rientra, ad esempio, bere un caffè), ma ad *azioni* considerate giuridicamente rilevanti, in quanto espressamente attenzionate dal legislatore in sede di tipizzazione delle fattispecie penali³⁵⁶.

Il vero *punctum dolens* nella ricostruzione degli elementi strutturali del delitto tentato, dunque, è rappresentato dall'individuazione di ciò che è azione secondo il diritto, e dei criteri necessari per stabilire la natura della condotta posta in essere dal soggetto agente.

Occorre tenere ben presente che l'art. 56 c.p. non si 'sbarazza' della distinzione atti preparatori-esecutivi che, anzi, appare rinvigorita alla luce di un'interpretazione sistematica che coinvolge la norma *de qua* e l'art 115 c.p. Quest'ultima disposizione, in particolare, appare dotata di una forza di espansione logica sull'intero ordinamento penale tale da determinare la generale irrilevanza degli atti preparatori, fatte salve le eccezioni previste espressamente dalla legge³⁵⁷.

schema del quale, pertanto, non può entrare (né quindi essere punibile) nessun fatto che on rientri nella previsione della legge ». Vedi anche 111 ss.

³⁵⁶ PETROCELLI B., *Il delitto tentato*, cit., pag. 115. Anche BATTAGLINI G., *Diritto penale*, cit., pag. 301.

³⁵⁷ La reale capacità dell'art. 115 c.p. di escludere la rilevanza degli atti preparatori all'interno dell'intero ordinamento penale è stata seriamente messa in discussione da LATAGLIATA A. R., *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964. La critica dell'Autore parte dalla considerazione che esistono condotte successive all'accordo o all'istigazione che sfuggono alla regola dell'art. 115, ma che, nonostante ciò, sono del tutto irrilevanti per il diritto penale. Si

Un'attenta lettura della norma, inoltre, risulta fondamentale anche per individuare il criterio che consente di scindere la fase della preparazione da quella della esecuzione.

In sintesi, l'azione penalmente rilevante (cioè, tipica) si compone essenzialmente di due elementi: lo scopo e il mezzo³⁵⁸.

Nei casi disciplinati dall'art. 115 c.p. ciò che manca non è lo scopo – presente sia nella istigazione sia nell'accordo -, bensì il mezzo. All'accordo ed alla istigazione non consegue la esecuzione del piano criminoso.

Di conseguenza, il punto di riferimento per poter individuare il momento iniziale della attività esecutiva del reato è rappresentato dal mezzo, o meglio, dalla messa in opera dei mezzi³⁵⁹. « Comincia...l'azione, e si ha un atto esecutivo dell'azione allorché il mezzo per il conseguimento del fine delittuoso è posto in uso, è *posto in opera* secondo la sua natura o

pensi ai comportamenti di « semplice complicità materiale che vengono posti in essere, prima della commissione del reato, ma al di fuori di un preventivo accordo o di una istigazione accolta » [pag. 20-21]. Esemplificativo l'esempio della domestica che, senza alcun accordo ed anzi all'insaputa degli agenti, scorgendo dei ladri avvicinarsi alla casa dove ella presta servizio, per sola animosità verso i padroni, lascia aperta la porta d'ingresso al fine di facilitare l'impresa criminosa. L'incriminazione della cameriera dipende, in tal caso, esclusivamente dall'inizio dell'attività di esecuzione del furto da parte dei ladri; fuori di questa ipotesi, la condotta della domestica è penalmente irrilevante. « Ma questa irrilevanza... può essere considerata un'applicazione della regola, posta nell'art. 115, della non punibilità per il solo fatto dell'accordo o della istigazione? » [pag. 20-21]. « La regola dell'art. 115 non serve alla dimostrazione del limite di punibilità degli atti di tentativo, perché essa stessa non è che l'applicazione di un più vasto principio generale che è appunto quello della tipicità dell'azione punibile. A quest'ultima, pertanto, occorrerà richiamarsi per spiegare la *ratio* della disposizione contenuta nell'art. 115 (che ne è diretta applicazione), quanto per determinare l'inizio dell'azione esecutiva nel tentativo ». Così GALLO E., *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, cit., pag. 268-269.

Nel caso esposto, a ben vedere, l'atto della domestica non costituisce esecuzione né di accordo né di istigazione ma, nonostante ciò, è del tutto irrilevante per il diritto penale, lasciando così trasparire che vi sono atti preparatori non rilevanti che astrattamente sarebbero in grado di superare il filtro dell'art. 115 c.p.

³⁵⁸ PETROCELLI B., *Il delitto tentato*, cit., pag. 128.

³⁵⁹ PETROCELLI B., *Il delitto tentato*, cit., pag. 129 ss.

destinazione, e in genere allorché sono poste in moto le energie destinate a produrre l'offesa che è propria di ciascun delitto »³⁶⁰.

Si tratta di una lettura che, come lo stesso Autore riconosce, non offre una risposta esaustiva anche per le questioni maggiormente problematiche.

Difatti, esistono atti che, seppur esecutivi, non appaiono meritevoli di sanzione. Ci riferiamo ai c.d. atti iniziali che si collocano in una zona c.d. 'grigia' « al confine tra la fase preparatoria e l'inizio di esecuzione »³⁶¹.

Tali attività non sono sempre irrilevanti o sempre passibili di sanzione, e proprio per stabilirne la natura è necessario ricorrere ad un ulteriore criterio, cioè il rapporto di immediatezza³⁶².

L'atto iniziale sarà punibile solo se si accerta sotto il profilo oggettivo e soggettivo un rapporto di immediatezza tra la condotta posta in essere la realizzazione del reato. Sotto il primo profilo, « il rapporto di immediatezza fra i vari atti non può essere stabilito se non in base a un intrinseco, e logicamente unitario, svolgimento della loro connessione causale », mentre, sotto il profilo soggettivo è necessario accertare attraverso un esame del « piano particolare dell'agente »³⁶³ che gli atti siano « diretti immediatamente alla realizzazione dell'evento delittuoso, e non per avventura a una finalità preliminare diversa »³⁶⁴.

³⁶⁰ PETROCELLI B., *Il delitto tentato*, cit., pag. 132.

³⁶¹ PETROCELLI B., *Il delitto tentato*, cit., pag. 141.

³⁶² PETROCELLI B., *Il delitto tentato*, cit., pag. 150 ss.

³⁶³ PETROCELLI B., *Il delitto tentato*, cit., pag. 147 «...la intenzione dell'agente può essere vista e considerata sotto due aspetti. Si può cioè guardare alla intenzione da un punto di vista generale, come finalità da cui in definitiva tutti gli atti dell'*iter criminis* sono guidati, cioè come intenzione di commettere questo o quel delitto; e si può guardare all'intenzione in un suo aspetto o momento particolare, cioè alla intenzione che (sempre sotto la spinta di quella generale) muove singolarmente un dato atto della serie. La prima possiamo denominare, per intenderci, *piano generale*, la seconda *piano particolare* dell'agente »

³⁶⁴ PETROCELLI B., *Il delitto tentato*, cit., pag. 148. Inoltre, si precisa che « L'aspetto soggettivo di questa immediatezza è quello di cui ci siamo occupati...cioè, appunto la intenzione di

In definitiva, si tratta di condotte appartenenti ad una categoria intermedia tra la fine della preparazione e l'inizio di esecuzione che « costituiscono parte integrante dell'azione pur non rientrando nel suo momento terminale; e ne fanno parte sia elementi delle fattispecie semplici che elementi delle fattispecie aggravate »³⁶⁵.

L'elemento soggettivo riveste, pertanto, un ruolo centrale: « La qualità dell'atto e la sua rilevanza giuridica dipenderà dal fine cui l'atto è diretto, e dal rapporto attuale dell'atto stesso con questo fine »³⁶⁶.

In breve, il momento iniziale della condotta penalmente rilevante per il delitto tentato si determina attraverso l'uso congiunto di due criteri: la messa in opera dei mezzi – finalizzata a scindere ciò che è esecuzione da ciò che è preparazione -, e il rapporto di immediatezza, utile per stabilire la rilevanza ovvero la irrilevanza penale degli atti c.d. iniziali.

Alla classica bipartizione si sostituisce così la tripartizione in atti preparatori, iniziali ed esecutivi³⁶⁷.

I primi sempre irrilevanti, gli ultimi sempre sanzionabili, mentre, gli atti iniziali che, nonostante la loro indiscussa appartenenza alla fase dell'esecuzione, saranno punibili solo quando collegati da un rapporto di immediatezza oggettiva e soggettiva rispetto al reato programmato.

Secondo un'altra impostazione, il dato letterale dell'art. 56 c.p. contiene in sé elementi necessari e sufficienti per limitare l'ambito applicativo del tentativo penalmente rilevante, nel pieno rispetto dei principi costituzionali in materia penale.

compiere l'atto per ricollegarlo attualmente e immediatamente a quelli successivi che conducono a realizzare il fine » [pag. 150].

³⁶⁵ PETROCELLI B., *Il delitto tentato*, cit., pag. 143.

³⁶⁶ PETROCELLI B., *Il delitto tentato*, cit., pag. 141 ove si afferma « Occorre subito avvertire, cosa che del resto appare da tutta la esposizione, che, pur con le particolarità che ne suggeriscono una distinta considerazione, **i cosiddetti atti iniziali non sono essi stessi che atti esecutivi**, atti che della esecuzione segnano appunto l'inizio ».

³⁶⁷ PETROCELLI B., *Il delitto tentato*, cit., pag. 141.

In tale prospettiva occorre potenziare il ruolo rivestito dal criterio dell'univocità degli atti « in modo da configurarlo in guisa di requisito destinato comunque a connotare e a qualificare l'esplicazione di una condotta (sia pur) *latu sensu* già “tipica”....In definitiva, non la “prossimità” temporale, bensì l’”attualità” in senso funzionale e teleologica, è destinata a fondare il senso e la portata della limitazione delle condotte rilevanti; ed a tale scopo, la non equivocità degli atti potrebbe rivelarsi tuttora in grado di giocare il proprio ruolo anche in una riforma volta ad agganciare il fenomeno del tentativo al momento dell'esecuzione (in senso lato) del delitto che l'agente si proponeva di realizzare »³⁶⁸.

Inoltre, vi sono altri Autori che considerano il dettato letterale dell'art. 56 c.p. insufficiente ad offrire risposte alle questioni più complesse in tema di delitto tentato e, di conseguenza, spostano la loro attenzione su profili di teoria generale del reato.

Rappresenta Autorevole espressione di tale orientamento chi individua nella categoria generale del pericolo il punto di riferimento per interpretare la disposizione di cui all'art. 56 c.p.³⁶⁹

« La delimitazione doverosa degli atti rilevanti di tentativo, lungi dall'appagarsi con il richiamo al concetto di esecuzione, abbisogna perciò di altro supporto che può rinvenirsi facendo appello a un requisito che è usuale per l'operatività delle scriminanti della difesa e della necessità: il

³⁶⁸ DE FRANCESCO G., *L'enigma del tentativo: vicende sistematiche ed interrogativi politico-criminali*, cit., pag. 929.

³⁶⁹ ANGIONI F., *Il tentativo tra esigenze di punibilità e principio di extrema ratio*, cit., 911 ove si afferma « La distinzione tra atti preparatori e atti esecutivi del reato svolge oggi ieri, e probabilmente domani, la funzione di punto di partenza per il rinvenimento della soglia iniziale di rilevanza penale dell'*iter* criminoso; nel senso che gli atti preparatori (salvo ipotesi eccezionali singolarmente previste dal legislatore per ragioni di più avanzata tutela) risultano al di qua di tale soglia e gli atti esecutivi ormai al di là. Si tratta però soltanto di punto di partenza e non di arrivo, anzitutto per la ragione che non è affatto indiscusso che cosa deve intendersi e di intende per atti esecutivi ».

pericolo attuale. Si è raggiunto il punto iniziale minimo di rilevanza penale del tentativo, allorché la condotta finora compiuta costituisce rischio attuale di consumazione del reato »³⁷⁰.

In definitiva, è l'attualità del pericolo che, insieme alla distinzione tra preparazione ed esecuzione, costituisce « il *quid* veramente tipicizzante del tentativo punibile, sia nei reati a forma vincolata sia in quelli causali, commissivi e omissivi »³⁷¹.

Non manca chi considera il dibattito relativo alla distinzione tra atti preparatori ed atti esecutivi del tutto sterile. L'art. 56 c.p. non effettua più alcun rinvio a tale dicotomia classificatoria e tale omissione legislativa non deve e non può essere sottovalutata.

Importa esclusivamente stabilire i criteri per selezionare le condotte punibili e scinderle da quelle irrilevanti per la legge penale. Sul punto, emblematiche appaiono le considerazioni di Antolisei secondo il quale « data l'incontestabile esistenza di atti preliminari non soggetti a pena, la controversia se nel codice vigente sussista ancora la distinzione fra atti preparatori e atti esecutivi, ha scarsa importanza e, in fondo, un valore puramente terminologico »³⁷².

Da questa considerazione prendono le mosse un insieme di elaborazioni teoriche tra loro del tutto eterogenee.

³⁷⁰ ANGIONI F., *Il tentativo tra esigenze di punibilità e principio di extrema ratio*, cit., 913.

³⁷¹ ANGIONI F., *Il tentativo tra esigenze di punibilità e principio di extrema ratio*, cit., 913 ove si descrive l'attualità come « la caratteristica per cui la completa realizzazione del reato è temporalmente incombente sì da potersi verificare da un momento all'altro ». Parla di un « un reato di pericolo *sui generis*, che tuttavia potrebbe anche costituire un modello da utilizzare per gli altri tipi di reato di pericolo, essendo il frutto di una lunga evoluzione normativa, dottrinale e giurisprudenziale » GIACONA I., *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., pag. 470.

³⁷² ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit. pag. 490. Vedi anche DELITALA G., *Le dottrine generali del reato nel Progetto Rocco (i titoli III e IV del Progetto)*, cit., pag. 95 ss.; LO MONTE E., *Il delitto tentato: contributo all'individuazione della condotta punibile*, cit., pag. 98. Per la manualistica vedi FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, cit., pag. 466-467; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 438 ss.

Alcuni, dopo aver affermato che la « distinzione tra atti preparatori ed atti esecutivi, ai fini dell'individuazione dell'inizio dell'attività punibile, si presenta in termini di falso problema »³⁷³ ed aver descritto e criticato la continua oscillazione interpretativa riservata in sede giurisprudenziale alla formula contemplata nell'art. 56 co. I c.p., ritengono auspicabile riformulare la disposizione codicistica.

Secondo tale impostazione, « è irrilevante sapere se gli atti sono diretti e univoci; né, tanto meno, interessa sapere quando l'azione è stata iniziata e come si è sviluppata, se è terminata oppure è ancora in una fase espletamento. C'è, in altri termini, un filo conduttore che lega l'intera esplicazione dell'attività dell'agente e che la rende punibile: tale momento si verifica quando viene cagionato un pericolo per il bene giuridico; quello che dà rilevanza penale all'intero *iter*, è il fatto di arrecare un pericolo concreto all'oggettività salvaguardata dalla norma »³⁷⁴.

In verità, il riferimento esclusivo al pericolo, seppur nella sua accezione concreta, non appare del tutto convincente.

Il pericolo non è un concetto determinato, come dimostra lo stesso atteggiamento di dottrina e giurisprudenza che di esso si sono avvalsi per giustificare un intervento penale sempre più esteso, in grado di colpire anche fatti scarsamente offensivi.

Inoltre, la valutazione del pericolo concreto, come noto, impone il ricorso ad un giudizio di prognosi postuma, cioè un giudizio di probabilità che, pur essendo formulato *ex post factum*, tuttavia riporta idealmente alla situazione *ex antea* (tenendo quindi conto di tutte le circostanze esistenti al momento del fatto), per dedurre la verosimiglianza di una probabile verifica dell'evento »³⁷⁵.

³⁷³ LO MONTE E., *Il delitto tentato: contributo all'individuazione della condotta punibile*, cit., pag. 98.

³⁷⁴ LO MONTE E., *Il delitto tentato: contributo all'individuazione della condotta punibile*, cit., pag. 219.

³⁷⁵ FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., pag. 168.

Si tratta, in ultima analisi, di un giudizio ipotetico volto ad accertare la idoneità della condotta posta in essere rispetto alla verifica del reato programmato, dove primeggia il ruolo del giudice chiamato ad esprimersi circa la potenzialità offensiva del fatto.

Tra l'altro, a noi pare che sostituire i criteri di idoneità ed univocità attraverso il solo rinvio al pericolo concreto più che offrire una risposta al quesito di fondo, e cioè, da quando una condotta diviene punibile come delitto tentato, si limiti a modificare esclusivamente i termini della questione.

In altre parole, se alla luce dell'art. 56 c.p. il giurista era costretto ad interrogarsi quando l'atto è idoneo ed univoco rispetto al reato, in base a tale ricostruzione, l'operatore del diritto deve domandarsi quando una condotta è pericolosa.

Siffatta lettura dell'istituto non comporta rilevanti modificazioni sotto il profilo strutturale, almeno per quanto concerne l'accertamento di pericolosità della condotta posta in essere, accertamento che, a ben vedere, è stato da sempre richiesto attraverso l'esplicito rinvio al concetto di idoneità contemplato nell'art. 56 co. I c.p.³⁷⁶

In definitiva, sostituire l'idoneità con il concetto di pericolo non serve a modificare in modo incisivo l'istituto, ma esclusivamente a riformulare il quesito di fondo.

Non solo. Ulteriori perplessità sono alimentate dall'esigenza avvertita dall'Autore di omettere qualsiasi rinvio al criterio della univocità.

Vincolare la ricostruzione dell'istituto del delitto tentato al solo elemento del pericolo, prescindendo totalmente da un giudizio di univocità degli atti,

³⁷⁶ Sul punto, in particolare GALLO E., *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, cit., pag. 219.

a nostro modesto avviso, rischia di estendere anziché restringere l'area del penalmente rilevante³⁷⁷.

Così facendo, si corre davvero il pericolo di ridurre la garanzie previste dall'art. 56 c.p., poiché si passa da una valutazione di rilevanza della condotta basata su un doppio criterio-filtro della idoneità ed univocità, ad un giudizio ancorato sulla sola valutazione del pericolo, valutazione già richiesta anche nell'attuale formula del codice attraverso il richiamo al criterio della idoneità.

In breve, il rilevato *deficit* di determinatezza del concetto di pericolo, il ruolo particolarmente incisivo conferito al giudice, la scomparsa di qualsiasi rinvio al criterio dell'univocità, rendono la proposta in esame non del tutto idonea a costituire il punto di partenza per la rilettura di un istituto saldamente ancorata ai principi costituzionali in materia penale.

Altri Autori ancora, ritenendo inutile il dibattito in merito alla natura preparatoria o esecutiva dell'atto, propongono di incentrare l'attenzione sul dato legislativo³⁷⁸.

« Il vero *punctum dolens* della incriminazione del tentativo sta nella preoccupazione di evitare che l'istituto si presti, nella sua applicazione concreta, ad essere manipolato in senso illiberale: conformemente a questa preoccupazione, veramente decisivo deve ritenersi l'impegno diretto a concretizzare i due requisiti di idoneità ed univocità alla luce del criterio sostanziale che fonda la punibilità – e cioè una 'plausibile' esposizione a pericolo del bene protetto »³⁷⁹.

³⁷⁷ Di recente si è espresso in favore di una forte valorizzazione del requisito della univocità DE FRANCESCO G., *L'enigma del tentativo: vicende sistematiche ed interrogativi politico-criminali*, cit., 929. Sul punto anche ANGIONI F., *Il tentativo tra esigenze di punibilità e principio di extrema ratio*, cit., 912.

³⁷⁸ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit. pag. 490; FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, cit., pag. 466-467; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 438 ss.; MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, V ed., vol. II, cit., pag. 484

³⁷⁹ FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, cit., pag. 467.

Si tratta di un'interpretazione accolta in buona parte della manualistica più moderna e dalla giurisprudenza maggioritaria che, non a caso, concentrano la loro attenzione sui requisiti strutturali del delitto tentato espressamente richiesti dall'art. 56 c.p.

7. Il giudizio di idoneità degli atti

Il legislatore del 1930 ha subordinato la configurazione del delitto tentato all'accertamento dell'idoneità e dell'univocità degli atti posti in essere dal soggetto agente.

Si tratta di un duplice giudizio sotto il profilo oggettivistico-materiale che presuppone la conoscenza del piano criminoso dell'autore, al fine di delimitare l'oggetto dell'indagine, altrimenti, esteso rispetto ad un numero indefinito di fattispecie penali.

Analizziamo ora il primo criterio previsto ai sensi dell'art. 56 co. I c.p., cioè l'idoneità dell'atto.

L'espresso rinvio al requisito dell'idoneità assolve un'indiscussa funzione di delimitazione della tipicità penale, garantendo una prima selezione delle condotte penalmente rilevanti. Si tratta di un criterio filtro, la cui reale portata applicativa muta di molto a seconda che il giudizio sia riferito ai mezzi o agli atti, come del resto dimostra l'esperienza codicistica italiana³⁸⁰.

³⁸⁰ L'atto, lo ricordiamo, è la condotta posta in essere dal soggetto agente per la realizzazione del piano criminoso, mentre, il mezzo è lo strumento di cui il soggetto si avvale per realizzare il fatto.

Il riferimento esplicito ai mezzi previsto nel codice Zanardelli all'art. 61 riduceva la capacità delimitativa di siffatto criterio ed apriva la strada alla nota classificazione tra idoneità assoluta e relativa³⁸¹.

Secondo l'impostazione classica, solo l'inidoneità assoluta del mezzo valutata in astratto escludeva la punibilità dell'atto, essendo in tali casi in presenza di un tentativo assolutamente inidoneo. Diversamente, superava il filtro della tipicità la condotta posta in essere con mezzi rilevatisi in concreto inidonei; in tal caso, il tentativo è punibile, poiché solo fattori concomitanti all'atto neutralizzano la potenzialità offensiva dell'agire del soggetto³⁸².

Si tratta di una distinzione oramai superata da dottrina e giurisprudenza che hanno correttamente evidenziato come mezzi in astratto inidonei possano rivelarsi in concreto in grado di determinare un evento. Sul punto basti considerare il caso di chi offre una bevanda a base di zucchero ad un diabetico provocandone così la morte. O, ancora, chi punge con la punta di uno spillo un soggetto emofiliaco. Ebbene, in entrambe le ipotesi un mezzo in astratto inidoneo a comportare la morte di un soggetto (ci riferiamo ovviamente allo zucchero ed allo spillo) si dimostra nel caso concreto pienamente capace di provocare l'evento vietato dalla legge.

Al superamento del dibattito circa la valutazione in astratto o in concreto della idoneità ha contribuito anche la lettera dell'art. 56 co. I c.p. che, come noto, lega il criterio in esame non più al mezzo, bensì agli atti.

Tale innovazione deve essere positivamente salutata in quanto consente al criterio della idoneità di svolgere una funzione delimitativa della tipicità particolarmente incisiva.

³⁸¹ La distinzione tra idoneità assoluta e relativa coincide sostanzialmente con la distinzione tra inidoneità e insufficienza elaborata da MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit., pag., 492 ss.

³⁸² Per un approfondito esame della questione si rinvia al cap. I par. fi V e VII.

Allo stesso modo, occorre precisare che il legislatore si è limitato ad indicare nell'idoneità dell'atto un carattere materiale-oggettivo necessario per la configurazione del delitto tentato, senza precisare il concetto di idoneità, tuttora fonte di un intensissimo dibattito in dottrina.

Un orientamento risalente ed oramai tendenzialmente superato, identificava l'idoneità con la efficienza causale dell'atto di produrre l'evento oggetto del piano criminoso³⁸³.

In tale ottica, la valutazione di idoneità dovrebbe svolgersi utilizzando un giudizio *ex post factum*, in base al quale verificare, attraverso il ricorso ai criteri utilizzati per l'accertamento del rapporto di causalità, se l'atto posto in essere sarebbe stato in grado di produrre l'evento qualora non fossero intervenuti fattori causali esterni estranei alla volontà dell'agente.

Non poche le perplessità suscitate da siffatta interpretazione.

Innanzitutto, non convince l'applicazione di un giudizio di causalità ad una situazione concreta in cui è assente - per definizione - uno dei termini necessari del rapporto causale, cioè, l'evento³⁸⁴.

Inoltre, è stato correttamente messo in evidenza, come il giudizio *ex post factum* di una condotta dimostratasi nella realtà fattuale incapace di produrre l'evento, non potrebbe non condurre che ad una dichiarazione di inidoneità dell'atto³⁸⁵. In altre parole, un giudizio successivo di un fatto inidoneo non

³⁸³ « L'idoneità dell'atto è la sua capacità causale, cioè la suscettività di produrre l'evento che rende consumato il delitto voluto », così si esprime MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit., pag., 490.

³⁸⁴ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 446; FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, cit., pag. 468 ss.

³⁸⁵ Sul punto, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale* XVI ed., cit., pag. 497; DE FRANCESCO G., *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di DE FRANCESCO, cit., pag. 91 ss; GIACONA I., *L'idoneità degli atti di tentativo come "probabilità"? Spunti problematici per un'indagine*, cit., 1447-1351.

può che confermare la inidoneità strutturale dell'atto esaminato rispetto alla realizzazione dell'evento voluto³⁸⁶.

La idoneità intesa quale efficienza causale non sembra neppure in grado di offrire una corretta ricostruzione del delitto tentato nei reati di pura condotta, nei quali a livello strutturale manca l'evento in senso naturalistico³⁸⁷.

In verità, neanche un eventuale giudizio *ex ante* della idoneità intesa come efficienza causale sembra costituire un parametro attendibile, poiché « finirebbe con l'identificarsi o con l'adeguatezza, se si fa riferimento a una prognosi su base parziale, o coi concetti di possibilità e probabilità, qualora si prescindano dal problema della base del giudizio »³⁸⁸.

Secondo un'altra impostazione, il concetto idoneità coincide con l'adeguatezza³⁸⁹.

³⁸⁶ Contra GALLO E., *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, cit., pag. 213 « Che la mancanza del risultato renda più difficile l'accertamento, costringendo l'interprete ad adottare criteri statistici, è un aspetto diverso del problema, ma non è difficoltà del tutto estranea anche all'ipotesi in cui il risultato si è invece verificato. Sotto quest'ultimo aspetto, anzi, è spesso illusoria l'opinione di un'indagine *ex post*, soltanto perché sussiste un risultato naturalistico ».

³⁸⁷ Questa obiezione potrebbe, a nostro modesto avviso, essere facilmente superata ove si accolga la concezione realistica del reato. In tal caso, il punto di riferimento per effettuare il giudizio di idoneità diverrebbe l'evento in senso giuridico, cioè la lesione o la messa in pericolo del bene giuridico, presente anche nei reati di pura condotta.

Medesimo il risultato al quale si giunge qualora si condividano gli spunti sul tema elaborati da una parte della dottrina secondo la quale « ben può affermarsi che *tutti* indistintamente i reati presentano un collegamento con un *evento naturalistico*, sia esso reale, in quanto interno alla fattispecie, ovvero virtuale, come risultato esterno della stessa...e quelli che vengono impropriamente denominati 'reati di pura condotta', sono da intendersi piuttosto come 'reati ad evento *concomitante*' alla condotta, in contrapposizione a quelli ad 'evento *sussequente*' alla stessa, caratterizzati da uno *jatus* temporale, con relativo problema di *nesso* causale », MORSELLI E., *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*, cit., pag. 49.

³⁸⁸ GIACONA I., *L'idoneità degli atti di tentativo come "probabilità"? Spunti problematici per un'indagine*, cit., 1531.

³⁸⁹ In particolare, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale* XVI ed., cit., pag. 497. Vedi anche MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 446 secondo il quale sono «

L'atto è idoneo se, sulla base delle circostanze conosciute o quantomeno conoscibili dal soggetto nel momento di realizzazione della condotta, si presenta adeguato rispetto al risultato al quale era diretto. Un tale modo di procedere rischia di dar luogo ad una sovrapposizione del concetto di idoneità con quello di pericolo, o meglio, con la pericolosità dell'azione posta in essere³⁹⁰.

Il tentativo, in altre parole, sarebbe « punibile, quando si è concretata un'azione pericolosa: e siccome che il pericolo non è altro che probabilità, il requisito stabilito dal codice deve considerarsi sussistente tutte le volte che il piano del reo, al momento in cui fu intrapreso, presentava delle probabilità di successo »³⁹¹.

Anche tale lettura presta il fianco ad alcune obiezioni. In particolare, l'analisi delle formule utilizzate dai sostenitori della teoria dell'adeguatezza lascia trasparire uno strettissimo vincolo con il concetto di probabilità che, in fondo, diviene il vero nucleo della ricostruzione in esame³⁹². A tal punto, non si comprende perché non utilizzare il solo concetto di probabilità abbandonando in via definitiva qualsiasi riferimento alla nozione meno precisa e determinata di adeguatezza³⁹³.

Un altro orientamento identifica l'idoneità con il concetto di pericolo³⁹⁴.

Secondo questa parte della dottrina « atti idonei sono atti pericolosi per l'interesse tutelato nella fattispecie di delitto consumato, proprio perché per

idonei gli atti che si presentano *adeguati* alla realizzazione del delitto perfetto, perché potenzialmente *capaci di causarne* o *favorirne* la verifica ». L'Autore, inoltre, precisa che anche gli atti preparatori possono ben risultare idonei rispetto alla verifica del reato programmato.

³⁹⁰ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale* XVI ed., cit., pag. 497.

³⁹¹ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale* XVI ed., cit., pag. 497.

³⁹² GIACONA I., *L'idoneità degli atti di tentativo come "probabilità"? Spunti problematici per un'indagine*, cit., 1352.

³⁹³ GIACONA I., *L'idoneità degli atti di tentativo come "probabilità"? Spunti problematici per un'indagine*, cit., 1352

³⁹⁴ Sul punto GALLO E., *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, cit., pag. 219. Vedi anche ANGIONI F., *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., *passim*.

essi si determina oggettivamente nella realtà (ma soggettivamente si riverbera nella psiche dell'uomo sociale medio) la probabilità dell'offesa all'interesse protetto »³⁹⁵.

Il pericolo, da intendersi esclusivamente nell'accezione concreta, indica la probabilità che la condotta possiede di produrre l'evento desiderato.

Tutto il dibattito relativo al concetto di idoneità, in estrema sintesi, ruota essenzialmente attorno ai concetti di possibilità, pericolo, efficienza causale, adeguatezza e probabilità, tutte formule che solo *prima facie* appaiono risolutive della questione di fondo legata all'accertamento di idoneità, e cioè, determinare quando un atto è idoneo ai sensi dell'art. 56 co. I c.p.

Un'approfondita analisi dei concetti richiamati lascia trasparire il rischio che ciascuno di essi si traduca in formule vuote, prive di una reale capacità di risoluzione dei problemi che il tema presenta.

Per colmare tale *deficit* occorre spostare la nostra attenzione su un altro profilo, e, cioè, sul giudizio necessario per accertare la idoneità di un atto.

Con ciò non si vuole escludere l'esistenza di uno strettissimo vincolo tra nozione e giudizio di idoneità. Anzi, il momento di accertamento della idoneità dell'atto, a nostro modesto avviso, costituisce il banco di prova per stabilire la maggiore o minore affidabilità della nozione di idoneità elaborata³⁹⁶.

Prima di approfondire quale tipologia di giudizio appare più consona per esaminare la idoneità, bisogna indagare altri profili che, seppur non considerati dal legislatore, appaiono essenziali al fine di procedere ad un corretto esame della natura dell'atto.

³⁹⁵ GALLO E., *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, cit., pag. 219. Sul punto vedi anche PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., pag. 273 in cui si considera l'idoneità come pericolo reale che sussiste ove si accerti la rilevante possibilità del danno per l'interesse tutelato dalla norma.

³⁹⁶ Sul punto, basti pensare come la concezione della idoneità quale efficienza causale si riverbera sul momento di accertamento della idoneità. Quest'ultima deve essere accertata attraverso il ricorso ad un giudizio *ex post factum* di cui si è già dimostrata la totale incapacità a svolgere la funzione filtro propria del criterio in esame.

Ci riferiamo, in particolare, all'oggetto, ai termini di riferimento ed al momento in cui effettuare il giudizio di idoneità.

In merito alla prima questione, la lettera dell'art. 56 co. I c.p. si limita ad indicare nell'atto posto in essere dall'agente il punto di riferimento del giudizio di idoneità, senza precisare null'altro.

Tutt'oggi ci si domanda se l'atto debba essere valutato tenendo conto di tutte le circostanze esistenti, a prescindere dalla effettiva conoscibilità delle stesse da parte dell'autore del fatto, ovvero se sia più opportuno procedere ad un esame delle sole circostanze conosciute o conoscibili dall'agente nel momento di realizzazione della condotta.

Il ricorso ad un giudizio del primo tipo, cioè a base totale, appare certamente più attento al rispetto del principio di offensività, poiché esclude la rilevanza penale di azioni incapaci di provocare un reale pericolo per l'interesse tutelato dalla norma penale. Allo stesso modo, siffatta lettura non sembra essere in sintonia con le esigenze di prevenzione che pure emergono da comportamenti come quello del ladro che introduce la mano nella tasca della giacca della vittima senza riuscire ad impossessarsi del danaro perché la tasca è vuota³⁹⁷.

Al contrario, il giudizio di idoneità a c.d. base parziale sembra valorizzare esigenze di prevenzione, con conseguenziale affievolimento delle istanze di offensività³⁹⁸. Se si accoglie tale impostazione la condotta del ladro di cui sopra costituisce un'ipotesi punibile di tentato furto, in quanto l'assenza del portafogli nella tasca della vittima rappresenta una circostanza non conoscibile da parte del ladro, e, pertanto, estranea rispetto all'oggetto del giudizio di idoneità dell'atto.

³⁹⁷ Sostengono la necessità di un ricorso al giudizio a c.d. base totale, FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, cit., pag. 469; GIACONA I., *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit, pag. 351 ss.

³⁹⁸ FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., pag., 472; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 446.

Unità di vedute non sussiste neppure circa l'individuazione dei termini del giudizio di idoneità.

Sostanzialmente la dottrina si divide tra chi indica nell'evento in senso giuridico il punto di riferimento per valutare la idoneità e chi, al contrario, ritiene opportuno individuarlo nell'evento in senso naturalistico.

Optare per l'uno o l'altro orientamento non è una scelta neutra sotto il profilo politico-criminale e tecnico-giuridico.

Difatti, se si individua nell'evento in senso naturalistico il termine di riferimento del giudizio di idoneità, si esclude che in tale sede possa svolgere qualsiasi ruolo una valutazione di offensività.

Ne consegue una distinzione netta tra giudizio di idoneità e di offensività. Il primo finalizzato ad accertare la capacità dell'atto posto in essere a determinare l'evento voluto, mentre, il secondo necessario per valutare la potenzialità offensiva della condotta³⁹⁹.

Un esempio aiuta di certo a chiarire i termini della questione. Si pensi al caso del ladro che tenta di rubare una mela. Ebbene, se si applica tale procedimento ricostruttivo il giudizio dovrà essere scisso in due fasi. Una prima durante la quale accertare se l'atto (ex. avvicinare la mano alla cassetta di frutta contenente mele) sia in grado di provocare la sottrazione del frutto, ed una seconda durante la quale si analizzerà la capacità offensiva della condotta posta in essere, se, cioè, tentare di rubare una mela è un fatto offensivo.

Tale argomentazione ha l'indiscusso merito di separare il giudizio di idoneità da quello di offensività, ma non appare in sintonia con la concezione realistica del reato.

Il contesto muta radicalmente se il termine di riferimento del giudizio di idoneità è rappresentato dall'evento in senso giuridico. In questo caso l'offesa costituisce un elemento strutturale del reato, divenendo parte

³⁹⁹ GIACONA I., *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., pag. 45 ss.

integrante dello stesso concetto di azione penalmente rilevante di cui all'art. 56 c.p.

Il giudizio di idoneità, in altri termini, non può prescindere da un momento di valutazione della potenzialità offensiva della condotta.

In definitiva, ricostruire l'idoneità dell'atto avendo quale punto di riferimento l'evento in senso giuridico, comporta un assorbimento del giudizio di pericolosità già durante la fase di analisi degli elementi materiali-oggettivi del delitto tentato.

In definitiva, la condotta posta in essere è idonea solo se in grado di determinare un effettivo pericolo per l'interesse tutelato dalla norma penale. Non poche perplessità sono state avanzate anche circa il momento in cui deve essere effettuata la valutazione di idoneità dell'atto.

Il dibattito riguarda principalmente due profili differenti.

Innanzitutto, ci si domanda se il giudizio di idoneità debba precedere ovvero succedere all'accertamento del programma criminoso. Secondo un primo orientamento, la valutazione circa la natura idonea dell'atto dovrebbe essere successiva rispetto al giudizio di univocità⁴⁰⁰. Altri, invece, ritengono necessario ricostruire il piano criminoso⁴⁰¹ o il dolo⁴⁰² prima di esaminare la idoneità della condotta posta in essere dall'agente.

Il secondo quesito da risolvere concerne la corretta individuazione dell'atto da sottoporre ad un esame di idoneità. Ci si interroga, cioè, su quale debba essere l'atto da esaminare.

Secondo una parte della dottrina, « la scelta del momento valido per il giudizio all'interno di una serie di momenti tutti teoricamente assumibili, verrà a cadere su quello fra essi che consenta la prognosi indicante la

⁴⁰⁰ GAMBERINI A., *Il tentativo*, in *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001, 311 ss; MONTANARA G., *Tentativo (diritto vigente)*, cit., 124.

⁴⁰¹ GALLO E., *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, cit., pag. 69.

⁴⁰² PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, III ed., cit., pag. 479.

maggior misura di possibilità di verifica dell'evento lesivo »⁴⁰³. In definitiva, l'atto da analizzare è quello dotato di maggior pericolosità per il bene giuridico.

Altri, diversamente, individuano nell'ultimo atto dell'agire il punto di riferimento per effettuare il giudizio richiesto dall'art. 56 co. I c.p.⁴⁰⁴.

Entrambe le letture non appaiono del tutto convincenti. L'accoglimento della prima impostazione dilaterrebbe fin troppo le maglie del giudizio di idoneità con conseguenti riflessi negativi sull'esercizio della funzione di delimitazione della tipicità propria del criterio in esame.

La seconda interpretazione, invece, non sembra tener conto del fatto che non sempre l'ultimo atto posto in essere è quello dotato di maggior idoneità rispetto all'evento, e sembra prescindere totalmente da una valutazione della natura preparatoria o esecutiva degli atti.

Noi crediamo che un corretto esame della idoneità non possa del tutto prescindere da un preventivo giudizio in merito alla natura dell'atto. Bisognerebbe, cioè, prima valutare la natura preparatoria od esecutiva della condotta posta in essere, e solo in un secondo momento procedere ad un esame della idoneità riservato ai soli atti esecutivi⁴⁰⁵.

In definitiva, un tale modo di procedere esclude che il giudizio di idoneità possa riguardare atti meramente preparatori e lo riserva ai soli atti "iniziali",

⁴⁰³ ANGIONI F., *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., pag. 192. Da ultimo, GIACONA I., *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., pag. 365 «...riteniamo più opportuno riferire il giudizio d'idoneità al momento in cui il grado di probabilità è più alto. In tale momento, infatti, risulta tendenzialmente più ampio lo scarto tra le probabilità ritenute esistenti e quelle esigibili, per cui è più facile superare la soglia minima delle probabilità necessarie e pervenire a conclusioni più rassicuranti in ordine alla sussistenza dell'idoneità ».

⁴⁰⁴ PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., pag. 252 « Per quanto riguarda il momento cui si riferisce l'idoneità, non v'è dubbio ch'esso si collochi *ex antea*, si riporti cioè al tempo in cui il soggetto ha compiuto l'ultimo atto della sua condotta (c.d. prognosi postuma)».

⁴⁰⁵ Sul punto, FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., pag., 472.

cioè, le condotte che costituiscono inizio di esecuzione del reato programmato⁴⁰⁶.

A questo punto rimane da affrontare la questione sicuramente più delicata, cioè, stabilire il grado di idoneità dell'atto necessario per soddisfare il requisito di cui all'art. 56 co. I c.p.

Anche questo tema involge un duplice profilo.

In primis, occorre stabilire il tipo di giudizio da utilizzare per esaminare l'atto, e, solo in un secondo momento, procedere alla determinazione del grado di idoneità necessario per la configurazione del delitto tentato.

Procediamo con ordine.

Per quanto concerne la tipologia di giudizio di cui avvalersi nel corso di questo procedimento, due sono le opzioni elaborate dalla scienza penalistica.

Secondo alcuni, ci si deve avvalere di un giudizio *ex post factum* così da valutare l'efficienza causale dell'atto⁴⁰⁷.

Si tratta di un procedimento poco affidabile e, di conseguenza, appare preferibile optare per una ricostruzione in termini di c.d. prognosi postuma. In base a quest'ultima, l'accertamento di idoneità deve essere effettuato *ex antea* attraverso un giudizio ipotetico. Nel dettaglio, il giudice, postosi idealmente nella situazione *ex antea*, deve esaminare tutti i fattori conosciuti o conoscibili dal soggetto agente nel momento della realizzazione del fatto, e stabilire se la verifica dell'evento desiderato sarebbe stata conseguenza possibile-probabile-altamente probabile dell'atto posto in essere.

La semplice riproposizione della formula del giudizio di prognosi postuma consente di individuare con una certa facilità il vero punto critico di tale procedimento, cioè determinare con precisione il grado di idoneità necessario per soddisfare il criterio di cui all'art. 56 co. I c.p.

⁴⁰⁷ MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit., pag. 490.

Diversi sono stati i contributi elaborati dalla dottrina sul tema.

Alcuni autori nel delineare il grado richiesto per soddisfare il giudizio di idoneità si accontentano della semplice non inidoneità⁴⁰⁸, altri richiamano il concetto di possibilità⁴⁰⁹, altri parlano di adeguatezza⁴¹⁰, altri, infine, indicano la probabilità quale punto di riferimento .

Sono evidenti le ripercussioni che sull'intero delitto tentato si determinano a seconda della opzione ricostruttiva accolta.

In effetti, richiedere un grado maggiore o minore di idoneità dell'atto incide direttamente sulla capacità delimitativa del criterio di cui al primo comma dell'art. 56 c.p.: quanto più ampie sono le maglie del giudizio di idoneità, tanto minore sarà la efficacia selettiva delle condotte.

Evidenti le ripercussioni anche sul piano del rispetto dei principi.

Una lettura eccessivamente ampia del concetto di idoneità, oltre a determinare un deprecabile *vulnus* di determinatezza/tassatività, rischia di aprire le porte alla rilevanza penale di atti del tutto inoffensivi, incapaci di creare un pericolo per il bene giuridico tutelato dalla norma penale. Ovvie le conseguenze negative anche sul piano della colpevolezza, della funzione rieducativa della pena e dell'eguaglianza.

Non rimane che analizzare i diversi contributi dottrinali sul tema.

Per alcuni il grado di idoneità richiesto per soddisfare il criterio di cui all'art. 56 co. I c.p. si identifica con la non inidoneità dell'atto posto in essere dal soggetto agente⁴¹¹.

Siffatta impostazione sarebbe l'unica in grado di ristabilire un corretto equilibrio tra la disciplina di cui all'art. 56 c.p. e all'art. 49 co. II c.p. poiché consente « finalmente di ricondurre ad un piano di valutazione unitario

⁴⁰⁸ DE FRANCESCO G., *L'enigma del tentativo: vicende sistematiche ed interrogativi politico-criminali*, cit., 930 ss.

⁴⁰⁹ Sul punto vedi FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, cit., pag. 469.

⁴¹⁰ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 446.

⁴¹¹ DE FRANCESCO G., *L'enigma del tentativo: vicende sistematiche ed interrogativi politico-criminali*, cit., 930 ss.

l'istituto del tentativo e quello del reato impossibile, facendo sì ch'essi vengano ad incarnare la medesima esigenza di fondo – l'unica che veramente conti in questa materia – di escludere comunque la punizione del tentativo “inidoneo” (tale essendo, per l'appunto, quello commesso in presenza di circostanze incompatibili con la concreta possibilità di consumazione dell'illecito) »⁴¹².

Il grado di idoneità sufficiente secondo tale prospettiva viene a coincidere con l'accertamento della mera possibilità che l'atto cagioni l'evento.

Lo stesso Autore avverte il rischio di una eccessiva dilatazione del concetto di idoneità che tale lettura comporta, e, per limitare questo ‘difetto’, propone come correttivo il ricorso ad un giudizio a base totale che consenta di esaminare tutte le circostanze presenti nel momento di realizzazione del fatto.

A nostro modesto avviso, siffatta lettura amplia davvero troppo lo spazio applicativo del delitto tentato, mortificando la funzione delimitativa della tipicità che l'idoneità è chiamata ad assolvere.

Accogliere tale impostazione significherebbe annullare esigenze di determinatezza/tassatività e, contrariamente a quanto sostenuto dall'illustre Autore, deprimere le istanze di offensività poste alla base della concezione realistica del reato.

Secondo altra parte della dottrina, il grado di idoneità dell'atto dovrebbe essere determinato facendo riferimento al concetto di probabilità logica⁴¹³

⁴¹² DE FRANCESCO G., *L'enigma del tentativo: vicende sistematiche ed interrogativi politico-criminali*, cit., 930 ss.

⁴¹³ GIACONA I., *L'idoneità degli atti di tentativo come “probabilità”? Spunti problematici per un'indagine*, cit., 1394 «...il concetto di probabilità logica risulta particolarmente idoneo a salvaguardare le specifiche esigenze del sistema giuridico: non ultima quella della motivazione delle sentenze. In tal senso, il giudice, nell'accertare l'elemento dell'idoneità degli atti nel tentativo, dovrebbe analizzare le varie circostanze, inferirne (secondo una valutazione ex ante) il significato più logico, e quindi calcolare positivamente (e nonostante la mancata realizzazione dell'offesa) il livello di probabilità di verificaione dell'evento lesivo (e cioè di pericolosità oggettiva),

da accertare attraverso il ricorso ad un giudizio bifasico che presuppone la conoscenza del piano criminoso dell'agente⁴¹⁴.

Durante la prima fase si deve compiere uno sforzo di individuazione a livello normativo del grado di probabilità necessario al fine di integrare il requisito della idoneità rispetto alla fattispecie criminosa presa in considerazione⁴¹⁵.

In un secondo momento, invece, si dovrà valutare se il grado di probabilità determinato in astratto sussista nel caso concreto avvalendosi dell'analisi dei vari fattori che ostacolano o agevolano la verifica del reato ed, in particolare, alle « situazioni attinenti ai soggetti del reato » ed alle « situazioni aventi carattere oggettivo » nel cui ambito un ruolo privilegiato viene rivestito dalle circostanze relative allo stato dei luoghi⁴¹⁶.

Si indica con estrema lucidità il punto maggiormente critico dell'accertamento di idoneità e si tenta di ancorare tale giudizio al più generale principio di tipicità ove si chiarisce che per probabilità « non potrà in alcun caso ritenersi sufficiente una soglia di punibilità che si collochi ai

avvalendosi di leggi scientifiche, precedenti giurisprudenziali, tavole statistiche, ecc...» Giacona Secondo l'Autore si tratta di un criterio affidabile come dimostrato dal fatto che ad esso già si ricorre nel sistema penale in vari ambiti ed, in particolare nell'accertamento del nesso di causalità, nei reati di pericolo concreto e nella valutazione della pericolosità sociale. GIACONA I., *L'idoneità degli atti di tentativo come "probabilità"? Spunti problematici per un'indagine*, cit., 1395.

⁴¹⁴ Sul punto, GIACONA I., *L'idoneità degli atti di tentativo come "probabilità"? Spunti problematici per un'indagine*, cit., 1397.

⁴¹⁵ Ad avviso dell'Autore, un utile metodo di affrontare il problema potrebbe essere quello di « graduare il tasso di possibilità in misura inversamente proporzionale al rango del bene giuridico tutelato, secondo quanto viene operato da parte della prevalente teoria del pericolo », GIACONA I., *L'idoneità degli atti di tentativo come "probabilità"? Spunti problematici per un'indagine*, cit., 1401.

⁴¹⁶ GIACONA I., *L'idoneità degli atti di tentativo come "probabilità"? Spunti problematici per un'indagine*, cit., 1398.

più bassi gradini della scala » alla cui base si colloca la impossibilità ed al cui vertice si rinviene la certezza⁴¹⁷.

Nonostante ciò, il rinvio a concetti come il “ rango del bene tutelato” rischia di comportare una « relativizzazione fondata su comprensibili esigenze di difesa sociale, estranea alla natura meramente logica della valutazione » con conseguente tensione rispetto alle esigenze di determinatezza/tassatività, offensività, colpevolezza, proporzionalità ed eguaglianza⁴¹⁸.

In definitiva, il giudizio di accertamento di idoneità dell'atto costituisce tutt'ora un profilo particolarmente critico nella ricostruzione del delitto tentato. Il solo ricorso alla c.d. prognosi postuma, difatti, non si è dimostrato da solo uno strumento sufficiente a conferire la necessaria stabilità al procedimento in esame che trova ancora oggi il suo vero momento di crisi nella determinazione del grado di idoneità.

Infine, occorre precisare che il giudizio di idoneità si differenzia a seconda che si tratta di tentativo compiuto ovvero incompiuto⁴¹⁹.

Nel primo caso, avendo il soggetto inserito nella realtà fattuale tutte le energie causali necessarie per la realizzazione dell'evento, attraverso la valutazione di idoneità si dovrà stabilire se l'atto, qualora non fossero intervenuti fattori esterni estranei alla volontà dell'agente, sarebbe stato in grado di comportare la verifica del reato programmato.

Diversamente, nel caso del tentativo incompiuto la condotta non è stata completata, e , pertanto, l'accertamento di idoneità è finalizzato a stabilire se l'atto posto in essere sarebbe stato in grado di consentire il passaggio alla fase immediatamente successiva di esecuzione del reato.

⁴¹⁷ GIACONA I., *L'idoneità degli atti di tentativo come "probabilità"? Spunti problematici per un'indagine*, cit., 1400-1401.

⁴¹⁸ DI GIOVINE O., *Commento all'art. 56 c.p.*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Vol. II, tomo II, cit., 622.

⁴¹⁹ Sul punto FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, III ed., cit., pag. 473

8. L'univocità degli atti

La direzione non univoca costituisce il secondo requisito necessario che l'atto deve possedere per soddisfare l'art. 56 co. I c.p.

La scelta del legislatore di affiancare all'idoneità il criterio della univocità trova la sua principale ragione nella volontà di superare in via definitiva il vecchio dibattito relativo alla natura preparatoria o esecutiva delle condotte poste in essere ed offrire così un 'nuovo' strumento per determinare il momento iniziale di punibilità del delitto tentato⁴²⁰.

Si tratta, pertanto, di un criterio-filtro la cui maggiore o minore capacità selettiva dipende dall'accezione di univocità che si accoglie. Diversissimi, in effetti, sono i risvolti pratici a seconda della ricostruzione in termini soggettivi od oggettivi del criterio.

Secondo la accezione soggettiva, l'univocità degli atti rappresenta una vera e propria « esigenza processuale »⁴²¹ di provare l'intenzione criminosa del soggetto agente.

⁴²⁰ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale XVI ed.*, cit., pag. 492 ss.; MORSELLI E., *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*, cit., 54 ss

⁴²¹ ANGIONI F., *Il tentativo tra esigenze di punibilità e principio di extrema ratio*, cit., 912 ss; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale XVI ed.*, cit., pag. 492 ss.; DE FRANCESCO G., *Brevi spunti sulla riforma del tentativo*, cit., 929; DI GIOVINE O., *Commento all'art. 56 c.p.*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina, Vol. II, tomo II*, cit., 623 ss.; GAMBERINI A., *Il tentativo*, in *Introduzione al sistema penale*, cit., pag. 311 ss.; GIACONA I., *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., pag. 438 ss.; LO MONTE E., *Il delitto tentato: contributo all'individuazione della condotta punibile*, cit., pag. 111 ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 448 ss.; MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit., pag. 480 ss.; MONTANARA G., *Tentativo (diritto vigente)*, cit., 124; MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale, III ed.*, cit., pag. 253 ss.; MORSELLI E., *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*, cit., 54 ss; PETROCELLI B., *Il delitto tentato*, cit., pag. 65 ss.; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., pag. 255 ss.; ROMANO M., *Commento all'art. 56 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 592 ss.

Essa, cioè, impone di esaminare l'univoca direzione dell'atto in sede probatoria, avvalendosi di tutti gli strumenti processuali a disposizione tra i quali, ad esempio, rientra la confessione.

Non poche le perplessità suscitate.

Siffatta lettura individua nella univocità un elemento di prova da ricostruire attraverso un'analisi di elementi estranei alla fattispecie oggettivo-materiale del fatto. Così facendo, si considera di ordine processuale un elemento inserito, non a caso, all'interno di una disposizione di diritto sostanziale⁴²².

Inoltre, comporta una abrogazione della formula codicistica ove si consideri che l'esigenza di provare l'elemento soggettivo discende da regole giuridiche valide per l'intero sistema penale⁴²³.

Ulteriori insuperabili obiezioni rispetto all'accezione soggettiva della univocità derivano da un esame del rapporto con i principi costituzionali in materia penale.

In effetti, immediati appaiono i risvolti negativi in termini di offensività, *extrema ratio*, frammentarietà, colpevolezza, funzione rieducativa della pena ove si consideri che tale modo di procedere consentirebbe una dilatazione dell'area di rilevanza del tentativo tale da assorbire anche atti meramente preparatori come il semplice acquisto dell'arma⁴²⁴.

Appare certamente più rispettosa dei valori costituzionali la c.d. univocità oggettiva, intesa come criterio di essenza dell'atto. Di tale teoria sono state elaborate due diverse versioni: univocità assoluta e relativa.

⁴²² FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, cit., pag. 472 ss; FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., pag. 475; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 448 ss.

⁴²³ In particolare, FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, cit., pag. 473.

⁴²⁴ FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, cit., pag. 472 ss; FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., pag. 475; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 448 ss.;

Secondo la prima impostazione, l'univocità dell'atto deve essere desunta attraverso il ricorso alla sola analisi della condotta, senza che nessun ruolo possa essere rivestito dall'elemento soggettivo.

Parte della dottrina precisa che univoci possono essere esclusivamente gli atti tipici, cioè quelli che costituiscono un inizio di esecuzione della fattispecie così come descritta dal legislatore⁴²⁵.

Solo siffatta tipologia di condotte consente di « uscire dall'equivoco »⁴²⁶ come, tra l'altro, sembra confermare la Corte costituzionale che nella sentenza n. 177 del 1980 ove afferma che « atti diretti in modo non equivoco a commettere un delitto possono essere esclusivamente atti esecutivi, in quanto...soltanto dall'inizio di esecuzione di una fattispecie delittuosa può dedursi la direzione univoca dell'atto stesso a provocare proprio il risultato criminoso voluto dall'agente ».

L'intenzione criminosa del soggetto agente deve trapelare esclusivamente dagli atti.

Si tratta di un'elaborazione particolarmente rigorosa sotto il profilo del rispetto delle garanzie, non in grado di rappresentare un valido metro di giudizio dell'univocità delle condotte, poiché determina un'eccessiva restrizione dello spazio di rilevanza del tentativo. Sono davvero rarissime le ipotesi in cui l'atto consente di determinare lo scopo del soggetto agente.

A ben vedere, neppure puntare una pistola alla tempia della vittima tenendo il dito sul grilletto costituisce di per sé atto univoco, in quanto trattasi di un elemento in natura polifunzionale, cioè astrattamente prodromico rispetto ad una serie di reati.

⁴²⁵ MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, III ed., cit., pag. 253 ss.

⁴²⁶ MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, III ed., cit., pag. 253.

Secondo la tesi relativa, invece, la natura univoca dell'atto deve essere desunta a seguito di un esame degli elementi oggettivo-materiali supportato da una analisi anche del piano criminoso dell'agente⁴²⁷.

Neppure questa lettura della univocità appare soddisfacente. Essa, difatti, comporta un'eccessiva dilatazione dello spazio riservato al tentativo punibile, come sembra dimostrare la rilevanza di condotte meramente iniziali, quali il semplice acquisto dell'arma per realizzare un omicidio.

Le perplessità suscitate dall'accezione soggettiva e da quella oggettiva hanno indotto Autorevole dottrina a rileggere il requisito di cui all'art. 56 co. I c.p. in modo da valorizzare le istanze di offensività che, di fatto, influenzano l'intero contesto ordinamentale⁴²⁸.

Gli atti sono « diretti in modo non equivoco a commettere un delitto quando, per il grado di sviluppo raggiunto, lasciano prevedere come verosimile la realizzazione del delitto voluto. Univocità di direzione degli atti significa la loro attitudine a fondare un giudizio probabilistico sulla realizzazione del delitto perfetto e, quindi, anche sulla verosimile intenzione dell'agente di portare a termine il proposito criminoso »⁴²⁹.

Così concepito il giudizio di univocità diviene accertamento in termini di probabilità di successo della verifica dello scopo. E' evidente come il grado di probabilità dipenda dalle diverse fattispecie concrete esaminate. Esso sarà massimo nel caso del tentativo compiuto, intermedio quando il soggetto ha solo iniziato l'azione tipica ed, infine, sarà minimo nel caso di realizzazione di atti pre-tipici.

Al grado di probabilità di successo del piano criminoso corrisponde, a sua volta, una diversa intensità del pericolo che la condotta crea. In particolare,

⁴²⁷ FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, cit., pag. 472 ss; FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, cit., pag. 475 ss.

⁴²⁸ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 448 ss.

⁴²⁹ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 449.

l'offesa sarà maggiore nel primo caso, media nel secondo e minima nel caso degli atti pre-tipici.

Il riferimento a tali ultimi atti, da intendersi quali condotte che precedono l'inizio dell'azione tipica, merita qualche ulteriore precisazione.

La loro rilevanza è subordinata all'accertamento della reale capacità di creare il pericolo per il bene giuridico protetto dalla norma, pericolo che sussiste ogniqualvolta il soggetto pur non avendo iniziato l'azione tipica a) si accinge ad iniziarla (es. l'estrarre e puntare la pistola col colpo in canna da parte del bandito, sorpreso dalla polizia), b) si accinge ad accedere nel luogo specifico dove commettere il delitto (es. rapinatori fermati con pistole cariche mentre scendono dinanzi alla banca), c) pone in essere l'agguato d) ha provveduto o sta provvedendo ad eliminare i mezzi di difesa o a superare gli ostacoli materiali (es. ladro che scavalca il muro di cinta ovvero si attiva per eliminare gli strumenti di difesa per la proprietà privata)⁴³⁰.

Quest'ultima interpretazione appare viziata un'intrinseca insuperabile contraddizione: si elabora una nuova teoria per valorizzare il criterio di offensività attraverso il riconoscimento di un ruolo centrale al pericolo, e, contemporaneamente, si conferisce rilevanza penale agli atti pre-tipici ricorrendo a formule eccessivamente ampie ed indeterminate. A nostro modesto avviso, siffatto modo di procedere conduce proprio all'effetto che nelle intenzioni dell'Autore si voleva scongiurare, cioè dilatare oltremodo lo spazio applicativo dell'art. 56 c.p.

Secondo un'ulteriore prospettiva per determinare l'univocità degli atti occorre fare riferimento alla teoria materiale-individuale-oggettiva⁴³¹.

Di quest'ultima si è già parlato quando è stata affrontata la problematica questione relativa alla determinazione dei criteri utili per qualificare la

⁴³⁰ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 451.

⁴³¹ MORSELLI E., *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*, cit., 60; ROMANO M., *Commento all'art. 56 c.p.*, cit., 594.

natura preparatoria o esecutiva dell'atto, e si è già avuto modo di evidenziare il ruolo centrale rivestito dal piano soggettivo criminoso dell'agente.

« Questo non significa che l'univocità degli atti debba acquisire una dimensione soggettiva. L'oggettività della direzione è dimostrata anzitutto dal fatto che l'intenzione dell'agente può essere provata “al cento per cento” e gli atti essere nondimeno equivoci. Quanto al riferimento al piano concreto dell'agente, esso vale a fornire al giudice il punto di aggancio di una valutazione che, pur procedendo da un lato individuale, non per questo cessa di essere obiettiva, in quanto detto piano vale solo a dare “significatività” all'atto materiale ed estrinseco »⁴³².

In definitiva, sono univoci solo gli atti che secondo il piano dell'agente possono essere considerati prossimi o contigui all'azione esecutiva del reato programmato⁴³³.

Altri considerano l'univocità quale sinonimo di probabilità di realizzazione del piano criminoso da valutarsi su base parziale⁴³⁴.

Il procedimento per accertare tale caratteristica dell'atto è il medesimo illustrato dall'Autore in tema di idoneità. Pertanto, occorre stabilire a livello normativo quale grado di probabilità sia necessario per la singola fattispecie astratta e, solo in una seconda fase, valutare se il grado richiesto all'interno della norma sia stato del tutto soddisfatto dalla fattispecie concreta esaminata⁴³⁵.

L'univocità consiste nella « riconoscibilità esteriore da parte di un terzo, di una condotta come diretta alla consumazione del delitto »⁴³⁶.

⁴³² MORSELLI E., *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*, cit., 60.

⁴³³ FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, cit., pag. 477; ROMANO M., *Commento all'art. 56 c.p.*, cit., 594.

⁴³⁴ GIACONA I., *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., pag. 437ss.

⁴³⁵ Sul punto, GIACONA I., *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., pag. 439.

⁴³⁶ GIACONA I., *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., pag. 447.

Si tratta di un giudizio del tutto autonomo rispetto a quello di idoneità dal quale si differenzia in maniera marcata anche perché in tale sede non svolge alcun ruolo l'offensività. Anzi, precisa l'Autore, la direzione non equivoca degli atti è « correlata al concetto di prevenzione generale » e, di conseguenza, non appare capace di delimitare lo spazio di rilevanza delle condotte per il tentativo.

In definitiva, è l'idoneità che serve a stabilire quando inizia il delitto tentato ed « a tale scopo deve essere intesa come probabilità su base totale di realizzazione del fatto tipico »⁴³⁷.

Non manca chi, infine, considera l'univocità un criterio superfluo ai fini della ricostruzione del delitto tentato poiché « La direzione non equivoca del fatto criminoso è percepibile...soltanto quando si tratti di atti ormai idonei a conseguire l'intento verso cui si dirigono »⁴³⁸.

In altre parole, il giudizio di idoneità lascia già trapelare la capacità della condotta posta in essere a creare il pericolo per un determinato bene giuridico così da rendere ultronea un'ulteriore valutazione in termini di univocità.

Gli spunti fin qui esaminati sono fonte di innumerevoli quesiti ai quali in questa sede non riteniamo possibile offrire una risposta. Si tratta, in fondo, di interrogativi che la formula « atti diretti in modo non equivoco » ha da sempre suscitato che non giustificano, secondo noi, una sottovalutazione o addirittura una dichiarazione di inutilità del giudizio di univocità.

In altre parole, ci stiamo relazionando con un giudizio che arricchisce la già complessa struttura del delitto tentato che può, se se ne valorizza la sua valenza in termini oggettivistici, costituire un ulteriore valido criterio per delimitare la punibilità del conato e, contemporaneamente, soffocare le istanze repressive che all'istituto in esame sono da sempre correlate.

⁴³⁷ GIACONA I., *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., pag. 441.

⁴³⁸ GALLO E., *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, 147-192 ss.; ID., *Attentato (delitto di)*, cit., 348.

9. Considerazioni critiche

La 'nuova' definizione del delitto tentato contenuta nell'art. 56 c.p. non è riuscita a soddisfare completamente le pretese del legislatore del 1930. Nonostante siano trascorsi più di ottanta anni dall'entrata in vigore del codice Rocco, il dibattito relativo alla struttura del tentativo appare ancora oggi strettamente legato alla distinzione atti preparatori-atti esecutivi.

Insoddisfatte anche le aspirazioni circa l'estensione dello spazio applicativo della disciplina in esame. L'analisi delle pronunce emesse durante la vigenza del codice Zanardelli e del codice del '30 sembra dimostrare addirittura una maggiore capacità delimitativa della tipicità del'art 56 c.p. rispetto all'art. 61 c.p.Z.

Non basta la mera dichiarazione giurisprudenziale di rilevanza degli atti preparatori a dimostrare una più incisiva potenzialità repressiva della disposizione attuale rispetto a quella precedente.

Un dato appare certo. Si tratta di una fattispecie indeterminata che crea forti tensioni con il principio di legalità di cui all'art. 25 co. II Cost.. Del resto, la disposizione rinvia a concetti tra i quali l'atto, l'idoneità, l'univocità, senza specificarne il significato. Riprova di questo *deficit* di chiarezza normativa è costituito dall'atteggiamento altalenante della Giurisprudenza di legittimità.

Tutt'oggi si contrappongono due orientamenti. Secondo l'interpretazione maggioritaria, l'art. 56 c.p. estende la punibilità anche agli atti preparatori, purché essi siano idonei ed univoci. Si tratta di una lettura che accoglie « la c.d. tesi soggettiva in base alla quale, appunto, la prova del requisito di univocità dell'atto può essere raggiunta non solo sulla base dell'atto in se

considerato ma anche *aliunde* e, quindi, anche sulla base di semplici atti preparatori qualora rivelino la finalità che l'agente intendeva perseguire »⁴³⁹.

Di tutt'altro avviso quella parte della Giurisprudenza che, focalizzando l'attenzione sulla funzione sistematica esercitata dall'art. 115 c.p., afferma la totale irrilevanza degli atti preparatori. « Gli atti diretti in modo non equivoco a commettere un delitto possono, infatti, essere esclusivamente gli atti esecutivi, ossia gli atti tipici corrispondenti, anche solo in minima parte – come inizio dell'esecuzione – alla descrizione legale di una fattispecie delittuosa a forma libera o a forma vincolata.....Sono, pertanto, irrilevanti, a titolo di tentativo, gli atti preparatori ossia le manifestazioni esterne del proposito delittuoso che abbiano carattere strumentale rispetto alla realizzazione non ancora iniziata di una figura delittuosa. Essi non sono puniti come tentativo per la loro “lontananza” dal risultato lesivo e, dunque, per la loro bassa pericolosità rispetto al bene giuridico »⁴⁴⁰.

Di tale questione è stata investita, seppur incidentalmente, anche la Corte Costituzionale che, nella sentenza n. 177 del 16/12/1980, ha chiaramente affermato che « atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere un delitto possono essere esclusivamente atti esecutivi, in quanto se l'idoneità di un atto può denotare al più la potenzialità dell'atto a conseguire una pluralità di risultati, soltanto dall'inizio di esecuzione di una fattispecie delittuosa può dedursi la direzione univoca dell'atto stesso a provocare proprio il risultato criminoso voluto dall'agente.....Si può dunque dire che la distinzione tra tentativo punibile ed atto preparatorio è certamente percepibile e che l'atto preparatorio consiste in una manifestazione esterna del proposito delittuoso che abbia un carattere strumentale rispetto alla realizzazione, non ancora iniziata, di una figura di reato »⁴⁴¹.

⁴³⁹ Cass. pen., sez. II, 25 Ottobre 2010, n. 37843. Di recente Cass. pen., sez. II, 2 Aprile 2013, n. 12175.

⁴⁴⁰ Cass. pen., sez. I, 28 ottobre 2008, n. 40058.

⁴⁴¹ Cort. Cost., sent. n. 177 del 16/12/1980

Neppure l'intervento del supremo organo costituzionale è stato in grado di indicare un punto fermo nel dibattito relativo alla rilevanza degli atti preparatori in materia penale.

Anche il contesto dottrinale appare diviso. Come messo in risalto, vi sono Autori che considerano pienamente soddisfatti tutti gli scopi del legislatore del 1930, altri che, al contrario, ritengono la disposizione codicistica di cui all'art. 56 c.p. incapace di apportare una reale modifica della disciplina del delitto tentato rispetto a quella contemplata nell'art. 61 del codice Zanardelli.

I risvolti di siffatto dibattito si estendono anche rispetto al tema della rilevanza degli atti preparatori. In sintesi, alcuni continuano a considerarli rilevanti e meritevoli di sanzione, mentre altri ne escludono la criminalizzazione, salvo che ciò sia espressamente stabilito dal legislatore in singole fattispecie di reato.

Si tratta di un tema dagli innumerevoli risvolti sotto il profilo applicativo che, a nostro modesto avviso, può trovare una reale soluzione solo attraverso una rilettura della questione in chiave costituzionale.

Un valore fondamentale in questa opera di interpretazione teleologicamente orientata ai valori costituzionali deve essere riconosciuto al principio di legalità, di offensività, di ragionevolezza, di eguaglianza e di rieducazione del condannato.

Il giudizio in termini di capacità lesiva dell'atto consente di escludere la rilevanza penale di condotte incapaci di creare un reale pericolo per il bene giuridico. Si tratta di una valutazione che, del resto, sembra imposta dal riferimento alla idoneità contenuto nello stesso art. 56 co. I c.p.

Punire atti preparatori o meramente preparatori comporterebbe, altresì, una palese crisi dei principi di ragionevolezza ed eguaglianza. Manifestamente irragionevole sarebbe applicare la medesima sanzione punitiva ad atti dotati di intensità lesiva differente. Superfluo precisare che una pena eguale per fatti diversi soffoca una qualsiasi applicazione del principio di eguaglianza.

Non meno preoccupanti gli effetti che la criminalizzazione degli atti preparatori produce in relazione alla funzione della pena di cui all'art 27 co. III Cost.

Non si possono nutrire speranze di integrazione sociale dinanzi ad un intervento limitativo della libertà personale così scollato dal concetto di pericolo per l'interesse giuridico tutelato dalla norma.

Conferma la validità di siffatta lettura anche lo stesso testo legislativo ove all'art. 56 co. III c.p. disciplina l'istituto della desistenza volontaria. In breve, se si dilata troppo lo spazio applicativo del tentativo punibile si rischia di dar luogo ad una vera e propria interpretazione abrogatrice della disposizione *de qua*.

Infine, ma non per importanza, non pochi sono rischi di una rottura che un'applicazione così estesa dell'art. 56 c.p. può comportare in termini di rispetto del principio di legalità.

Legittimare la punizione degli atti preparatori non espressamente tipizzati rappresenta una devoluzione al giudice di un potere di normazione complementare al codice, potere che, viola il divieto di analogia in materia penale, e che rischia di creare una rottura dei delicati equilibri che regolano i rapporti tra potere legislativo e giudiziario.

In definitiva, il punto di riferimento per l'operatore del diritto deve rimanere esclusivamente la norma anche nei casi in cui appare più difficile decifrare la condotta di reato.

Sul punto, abbiamo più volte evidenziato la necessità di interpretare il delitto tentato non come un'eccezione, bensì come un istituto 'ordinario' attraverso un bilanciamento del rapporto tra elementi oggettivi e soggettivi del delitto.

In altre parole, per sussumere correttamente la fattispecie concreta è opportuno conoscere dettagliatamente il piano criminoso dell'agente ed esaminare la idoneità e l'univocità degli atti posti in essere.

Ma, cosa accade se dall'analisi della fattispecie concreta emerge il solo dato oggettivistico-materiale?

Una soluzione per i casi in cui non è dato conoscere il piano del soggetto agente va ricercata attraverso un'applicazione dei principi costituzionali in materia penale, in particolare il *favor rei*.

Sicché, ove fosse noto esclusivamente il profilo oggettivo-materiale dell'atto si dovrà applicare la sanzione prevista per il reato meno grave astrattamente configurabile come conseguenza degli atti realizzati.

Si tratta di una soluzione che, a nostro modesto avviso, in grado di bilanciare contrapposte esigenze di tutela della libertà ed esigenze di prevenzione che comunque emergono dalla condotta posta in essere dall'agente.

In applicazione di questo procedimento ricostruttivo, ad esempio, si dovrà punire con la sola pena prevista per il reato di minaccia, e non con quella dettata per la ipotesi di tentata rapina, la condotta di chi si introduca in un istituto di credito e si limiti esclusivamente a sfoderare l'arma senza proseguire ulteriormente la condotta.

Capitolo terzo

La criminalizzazione degli atti preparatori nel codice penale Rocco: l'esempio del delitto politico

1. La nozione di atto preparatorio nella parte speciale del codice penale.

La criminalizzazione di meri atti preparatori rappresenta un collaudato strumento di controllo sociale di cui nel tempo si sono avvalse tutte le legislazioni europee, nonostante le forti tensioni che il ricorso a tale tecnica crea con i principi del diritto penale classico,⁴⁴² ed, in particolare, con il canone dell'offensività.

La *ratio* sottesa a siffatte ipotesi di incriminazione viene comunemente rintracciata nell'esigenza di garantire una più intensa protezione a beni giuridici particolarmente rilevanti⁴⁴³. Non solo. Legittimare un intervento penale così anticipato consente alle forze dell'ordine ed agli operatori del diritto di avvalersi di forme di privazione della libertà personali in una fase del reato embrionale, in modo da evitare l'eventuale commissione di future condotte realmente offensive di interessi giuridici⁴⁴⁴.

Tuttora discussa risulta la stessa nozione di atto preparatorio.

⁴⁴² Sul punto MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 206 ss.; MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, III ed., cit., pag. 560; VIGANÒ F., *Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella vigente legislazione antiterrorismo*, cit., 171 ss.

⁴⁴³ Sul punto VIGANÒ F., *Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella vigente legislazione antiterrorismo*, cit., 171 ss.

⁴⁴⁴ VIGANÒ F., *Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella vigente legislazione antiterrorismo*, cit., 173.

Una parte della dottrina ritiene possibile avvalersi anche in questo ambito dei risultati conseguiti dalla scienza penalistica in materia di delitto tentato e, in particolare, dei criteri elaborati dalle teorie formale-oggettiva e materiale-oggettiva⁴⁴⁵.

Di conseguenza, per atti preparatori « si intendono le manifestazioni esterne del proposito criminoso, che abbiano un carattere strumentale rispetto alla realizzazione non ancora iniziata di una figura di reato »⁴⁴⁶.

Tuttavia, si tratta di un'opinione non del tutto condivisa. Alcuni considerano il concetto di attività preparatoria cui rinvia l'art. 56 c.p. non adattabile alla nozione di atto preparatorio accolta dal legislatore nella parte speciale del codice. Attraverso la previsione di fattispecie *ad hoc* si assisterebbe ad un'anticipazione dell'intervento penale più marcato rispetto a quello astrattamente possibile applicando la sola disposizione di parte generale, quand'anche di essa fosse accolta l'interpretazione più estensiva⁴⁴⁷. La differenza tra la disciplina di cui all'art. 56 c.p. e le singole ipotesi di reato deriverebbe proprio dalla diversa relazione con il pericolo: mentre la norma generale punisce condotte che creano un pericolo "diretto" rispetto al bene giuridico tutelato (si pensi al tentativo di omicidio), nel caso delle singole ipotesi di parte speciale si interviene rispetto ad attività che

⁴⁴⁵ Per un approfondimento del tema si rinvia al cap. II, par. 4 e ss. del presente lavoro.

⁴⁴⁶ MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, III ed., cit., pag. 598.

⁴⁴⁷ VIGANÒ F., *Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella vigente legislazione antiterrorismo*, cit., 173 ove afferma « Anche ad accogliere la lettura più estensiva del requisito dell'univocità oggi proposte dalla dottrina (come quella che amplia la rilevanza del tentativo anche agli atti immediatamente precedenti l'esecuzione, o come quella che addirittura si accontenta di una univoca riconoscibilità esterna dell'intenzione criminosa sulla base degli atti già compiuti) la punibilità a titolo di tentativo – e la conseguente possibilità, per le agenzie di *law enforcement*, di intervenire con misure restrittive delle libertà personale – risulta confinata ad una fase *cronologicamente prossima* alla effettiva lesione del bene giuridico tutelato: ad una fase, dunque, in cui il pericolo di lesione risulti oramai *imminente*. L'autonoma incriminazione di atti preparatori invece consente di intervenire anche in una fase cronologicamente distante dalla lesione, in un'ottica di più efficace prevenzione della lesione medesima ».

generano un pericolo del pericolo (si pensi al reato di cui all'art. 414 c.p.). Tra reati di pericolo ed atti preparatori autonomamente criminalizzati si instaura un rapporto di *genus ad speciem*⁴⁴⁸.

In altre parole, il legislatore incrimina « atti non connotati da una diretta lesività per uno o più beni giuridici “finali”, ma che – secondo l'*id quod plerumque accidit* – sono *funzionali* al compimento di successive condotte da parte dello stesso agente o di terzi, esse stesse direttamente lesive di beni giuridici che il legislatore intende tutelare »⁴⁴⁹.

Si tratta di atti strumentali alla futura esecuzione di condotte realmente lesive del bene giuridico tutelato.

Certamente rientra nello schema descritto il delitto di cui all'art. 414 c.p. ove si sanziona per il solo fatto dell'istigazione « chiunque pubblicamente istiga a commettere uno o più reati »⁴⁵⁰.

In tal caso, la sola condotta istigativa non crea alcuna lesione diretta al bene o ai beni giuridici tutelati⁴⁵¹. Emerge, dunque, la volontà del legislatore di legittimare un intervento penale che ha di mira un'attività la cui pericolosità discende dall'eventuale realizzazione della condotta istigata da parte di un terzo.

⁴⁴⁸ VIGANÒ F., *Incriminação di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella vigente legislazione antiterrorismo*, cit., 174.

⁴⁴⁹ VIGANÒ F., *Incriminação di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella vigente legislazione antiterrorismo*, cit., 172.

⁴⁵⁰ Per una approfondita analisi del delitto di istigazione si rinvia a SCHIAFFO F., *Istigazione e ordine pubblico*, Napoli, 2004, *passim*.

⁴⁵¹ L'individuazione del bene giuridico effettivamente tutelato dalla norma costituisce ancora oggi oggetto di un acceso dibattito in dottrina. Secondo Alcuni, gli interessi protetti dal delitto di istigazione di cui all'art. 414 c.p. « restano, dunque, i beni giuridici tutelati dalle norme che vietano i reati, alla cui commissione sono finalizzate le attività preparatorie autonomamente incriminate » VIGANÒ F., *Incriminação di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella vigente legislazione antiterrorismo*, cit., 176. Secondo Altri, invece, il bene giuridico va rintracciato nell'ordine pubblico da intendersi nella sua accezione materiale comprensiva della sicurezza delle persone, della proprietà e della libertà individuale, SCHIAFFO F., *Istigazione e ordine pubblico*, cit., pag. 264.

In definitiva, si criminalizza un'attività prodromica, fonte di un pericolo del pericolo.

Tra l'altro, tra l'attività preparatoria criminalizzata ed il delitto effettivamente offensivo del bene giuridico si apre uno spazio ideale per la configurazione anche del tentativo del delitto 'scopo'.

Si pensi nuovamente al reato di istigazione a commettere un delitto di omicidio. La norma di cui all'art. 414 c.p., in fondo, è finalizzata ad evitare che il soggetto istigato si attivi per realizzare l'evento morte della vittima designata. Ma nulla esclude che, tra la condotta di istigazione e la consumazione del reato di omicidio, possa essere realizzata una condotta di tentato omicidio da parte del terzo istigato. In tal caso, la punizione prevista dall'art. 414 c.p. costituisce la sanzione del pericolo (istigazione) di un reato di pericolo concreto (il delitto tentato).

In altre parole, con la condotta di tentato omicidio si crea un pericolo effettivo per la lesione del bene vita del soggetto passivo, mentre, attraverso la criminalizzazione della istigazione, si sanziona il pericolo del pericolo che un terzo possa realizzare la condotta omicidiaria.

L'impostazione da ultimo analizzata ha di certo il merito di indicare con precisione il rapporto tra condotta preparatoria ed atto esecutivo costituente autonomo delitto, ma, a nostro modesto avviso, non appare ancora del tutto sufficiente a descrivere la struttura dell'atto prodromico.

Un'attenta analisi delle categorie dei reati e delle singole ipotesi che incriminano atti preparatori, lascia emergere una caratteristica comune del tutto sottovalutata dalla scienza penalistica moderna. Ci riferiamo al vistoso sbilanciamento del rapporto tra elementi soggettivi ed oggettivi che connota la struttura delle tante fattispecie di parte speciale, attraverso le quali si ottiene una marcata anticipazione dell'intervento penale.

La tipicità di siffatte ipotesi di reato, in altre parole, sembrerebbe essere sempre costruita privilegiando o il momento oggettivo (si pensi ai c.d. reati di sospetto, *sub specie* di possesso) ovvero il requisito soggettivo (si

pensi ai delitti con dolo specifico, ai reati associativi, alle ipotesi di istigazione ed apologia, al reato di cospirazione ed ai delitti di attentato).

Una parziale conferma di queste considerazioni proviene dalla congiunta lettura dei contributi elaborati in materia dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Analizziamo due fattispecie: l'una in cui è marcato il ruolo rivestito dal dato oggettivo, e l'altra in cui si esalta prevalentemente il dato volitivo.

Classico esempio di fattispecie del primo tipo è la contravvenzione prevista ai sensi dell'art. 707 c.p. che punisce « Chiunque, essendo stato condannato per delitti determinati da motivi di lucro, o per contravvenzioni concernenti la prevenzione dei delitti contro il patrimonio, o per mendicizia, o essendo sottoposto ad una misura di sicurezza personale o a cauzione di buona condotta, è colto in possesso di chiavi alterate o contraffatte, ovvero di chiavi genuine o di strumenti atti ad aprire o a sforzare serrature, dei quali non giustifichi l'attuale destinazione...».

A prescindere dai dubbi di legittimità costituzionale che la disposizione alimenta per la violazione del principio di presunzione di non colpevolezza *ex art. 27 co. II Cost.*, di offensività e di ragionevolezza⁴⁵², ciò che qui preme mettere in luce è l'assoluta disarmonia tra dati soggettivi ed oggettivi. L'esistenza del solo dato materiale del possesso di chiavi alterate o contraffatte, ovvero di chiavi genuine o di strumenti atti ad aprire o a sforzare serrature legittima la restrizione della libertà personale dell'agente, fatta salva la residuale possibilità da parte di quest'ultimo di provare la non colpevolezza.

Conferma di questo vistoso sbilanciamento si ricava anche dalla lettura della giurisprudenza che si concentra sull'interpretazione dell'elemento oggettivo da intendersi non « nel significato restrittivo che l'agente venga colto “in flagranza” di possesso, bensì nel senso che egli abbia la

⁴⁵² Sul punto, MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, III ed., cit., pag. 602.

disponibilità degli strumenti, e con, la possibilità di un utilizzo immediato ed attuale »⁴⁵³.

Antitetici i risultati cui si perviene ove si esamini un'ipotesi delittuosa appartenente al secondo gruppo di reati, ove primeggia, cioè, il dato soggettivistico. E' questo il caso, ad esempio, del delitto associativo politico di cui all'art. 270-*bis* c.p. « associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico ».

La norma focalizza l'attenzione sul fine perseguito dalla struttura plurisoggettiva, dedicando scarsa attenzione al profilo oggettivistico-materiale che, non a caso, è stato nel tempo integrato grazie al congiunto contributo di dottrina e giurisprudenza. Quest'ultima, in particolare, dopo aver ribadito la natura di reato di pericolo presunto o a consumazione anticipata della norma *de qua*, avverte l'esigenza di analizzare il rapporto non facile tra la fattispecie ed i principi costituzionali.

E' chiaro, difatti, che la disposizione punitiva « ha ad oggetto attività meramente prodromiche e preparatorie antecedenti all'inizio di esecuzione delle programmate condotte violente » e che « la norma punisce il solo fatto della costituzione dell'associazione, indipendentemente dal compimento degli atti criminosi rientranti nel programma e strumentali alla particolare finalità perseguita »⁴⁵⁴; ma ciò non basta.

Ai fini della configurazione del reato di cui all'art. 270-*bis* c.p. è richiesta una struttura organizzativa dotata di « un grado di effettività tale da rendere almeno possibile l'attuazione del progetto criminoso e da giustificare perciò, la valutazione legale di pericolosità, correlata alla idoneità della struttura al compimento della serie di reati per la cui realizzazione l'associazione è stata istituita »⁴⁵⁵.

⁴⁵³ Cass. pen., sez. I, 08 agosto 2001, n. 30930.

⁴⁵⁴ Cass. pen., sez. I, 17 gennaio 2007, n. 1072.

⁴⁵⁵ Cass. pen., sez. I, 17 gennaio 2007, n. 1072.

Si osserva, inoltre, che « In caso contrario, ossia se la struttura associativa fosse concepita in termini generici, labili ed evanescenti, l'anticipazione della repressione penale finirebbe per colpire, attraverso lo schermo del delitto associativo, il solo fatto dell'adesione ad un'astratta ideologia, che, pur risultando aberrante per l'esaltazione della indiscriminata violenza e per la diffusione del terrore, non è accompagnata, tuttavia, dalla possibilità di attuazione del programma: si finirebbe, insomma, per reprimere idee, non fatti, potendo configurarsi tutt'al più – nelle ipotesi di accordo non concretizzatosi in un'organizzazione adeguata al piano terroristico – la fattispecie della cospirazione politica mediante accordo prefigurata dall'art. 304 c.p. - che richiama, attraverso l'art. 302 c.p. anche l'art. 270-bis c.p. »⁴⁵⁶. La giurisprudenza, in effetti, dimostra piena consapevolezza del rischio che il reato in esame ha di incidere negativamente sulla libertà di associazione e quella di manifestazione del pensiero solennemente affermate in sede costituzionale, rispettivamente negli artt. 18 e 21 Cost.

Ciò spiega, tra l'altro, la particolare attenzione mostrata dai giudici di legittimità circa l'interpretazione del requisito della idoneità della struttura organizzativa, requisito che, a ben vedere, rappresenta un modo per riempire il dato materiale-oggettivo di un'ipotesi criminosa che *prima facie* ne appare priva.

L'analisi della struttura delle fattispecie che criminalizzano gli atti preparatori in apposite disposizioni di parte speciale consente, così, di avanzare una prima proposta di definizione di siffatti atti. Per atto preparatorio si intende l'atto caratterizzato da un forte sbilanciamento tra elemento oggettivo e soggettivo non connotato da una diretta lesività per uno o più beni giuridici "finali", ma che – secondo l'*id quod plerumque accidit* – risulta *funzionale* al compimento di successive condotte da parte dello stesso agente o di terzi, esse stesse direttamente lesive di beni giuridici che il legislatore intende tutelare.

⁴⁵⁶ Cass. pen., sez. I, 17 gennaio 2007, n. 1072.

Le definizione proposta, a nostro modesto avviso, non si limita più a descrivere il solo rapporto tra attività prodromiche penalmente rilevanti ed attività esecutive costituenti autonome figure delittuose; essa, difatti, individua i requisiti strutturali propri dell'atto preparatorio e si candida a rappresentare un valido criterio classificatorio delle tante ipotesi di anticipazione dell'intervento penale in materia penale.

Sarebbe così possibile procedere ad una classificazione delle ipotesi punitive degli atti preparatori legata ad un giudizio sulla struttura della fattispecie e non più ancorata all'analisi della relazione tra il reato e l'offesa, concetto quest'ultimo non sempre condiviso.

Non pochi i risvolti positivi di siffatto modo di procedere in termini di chiarezza sistematica: sostituire ad un giudizio di relazione – quello tra l'atto e l'offesa, o meglio tra l'atto ed il grado del pericolo generato – un giudizio sulla struttura dell'atto offre la possibilità di individuare con maggiore precisione quando una fattispecie criminalizza atti preparatori, agevolando di non poco anche l'opera dell'interprete.

2. Un tentativo di classificazione.

La scarsa determinatezza della nozione di atto preparatorio si ripercuote anche sulla non semplice opera di individuazione e classificazione delle fattispecie penali che puniscono attività prodromiche rispetto ad un'ulteriore ipotesi delittuosa.

Un primo tentativo di riordino della materia è stato elaborato individuando il punto di riferimento nell'offesa⁴⁵⁷.

⁴⁵⁷ Sul punto, MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, III ed., cit., pag. 457 ss..

Secondo tale interpretazione, creano una forte tensione con il principio di offensività tre gruppi di reato: i reati di pericolo, i reati a dolo specifico, i delitti di attentato ed i reati omissivi propri.⁴⁵⁸

Non tutte queste ipotesi, però, rappresentano forme di criminalizzazione di atti preparatori, e, in ogni caso, non sarebbe legittimo affermarne la loro incostituzionalità, poiché ben possono sussistere ragioni in grado di legittimare la presenza nel nostro ordinamento di siffatte forme di anticipazione dell'intervento penale⁴⁵⁹.

Di certo, costituiscono ipotesi di criminalizzazione degli atti preparatori i c.d. reati di pericolo indiretto.

Essi « incriminano...comportamenti che solo indirettamente espongono a pericolo l'integrità del bene, perché creano il pericolo del verificarsi non già di una lesione, bensì di una situazione pericolosa per il bene »⁴⁶⁰.

Si tratta di ipotesi delittuose dislocate all'interno del codice penale di cui il legislatore si avvale per offrire una più intensa tutela a beni giuridici eterogenei. Reati di pericolo indiretti sono utilizzati per garantire « l'incolumità pubblica » (ex. art. 423 c.p. incendio, art. 430 c.p. disastro ferroviario, art. 426 c.p. inondazione, frana e valanga, ecc...), la fede pubblica (ex. art. 460 contraffazione di filigrana, art. 461 c.p. fabbricazione di filigrana⁴⁶¹) e la personalità dello stato (ex. art. 270 c.p. associazione sovversiva, art. 270-*bis* c.p. associazione con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico, art. 304 cospirazione

⁴⁵⁸ MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, III ed., cit., pag. 560.

⁴⁵⁹ MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, III ed., cit., pag. 560.

⁴⁶⁰ MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, III ed., cit., pag. 593.

⁴⁶¹ Il reato di fabbricazione di filigrana sembra addirittura punire il pericolo del pericolo del pericolo. Si criminalizza la condotta di chi fabbricando la filigrana crea il pericolo di un suo successivo utilizzo per contraffare la carta filigranata, condotta che, a sua volta, rappresenta un pericolo per la falsificazione della moneta, attività, ancora una volta prodromica rispetto alla messa in circolazione delle banconote contraffatte. Sul punto, vedi MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, III ed., cit., pag. 595.

politica mediante accordo, art. 302 c.p. istigazione privata a commettere un delitto non colposo contro la personalità dello stato, ecc..).

Rappresentano ipotesi particolarmente problematiche di reati di pericolo indiretto i c.d. reati di possesso, ipotesi delittuose pienamente soddisfatte in presenza del mero possesso o della detenzione di una cosa⁴⁶².

I reati di possesso si distinguono a seconda che creino un pericolo “eventualmente” o “necessariamente” indiretto⁴⁶³.

All'interno della sottocategoria dei reati di possesso assumono particolare importanza a causa del loro critico rapporto con i principi costituzionali, i c.d. reati di sospetto nei quali « si incrimina il possesso di una cosa muovendo dal sospetto che possa servire a commettere un reato » ovvero che sia già servita a commettere un reato⁴⁶⁴.

La natura preparatoria dell'atto, a ben vedere, costituisce un indizio, non un vizio di legittimità costituzionale⁴⁶⁵.

Sicché, occorre valutare di volta in volta la struttura della norma per stabilire se il conflitto tra la fattispecie e l'impalcatura costituzionale sia effettivamente insanabile⁴⁶⁶.

In questo procedimento valutativo un ruolo determinante viene svolto dal principio di ragionevolezza e proporzione⁴⁶⁷. L'anticipazione dell'intervento

⁴⁶² MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, III ed., cit., pag. 597 ss.

⁴⁶³ MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, III ed., cit., pag. 598

⁴⁶⁴ MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, III ed., cit., pag. 601 ss.

⁴⁶⁵ MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, III ed., cit., pag. 602. Vedi anche VIGANÒ F., *Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella vigente legislazione antiterrorismo*, cit., 181.

⁴⁶⁶ MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, III ed., cit., pag. 602. Vedi anche VIGANÒ F., *Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella vigente legislazione antiterrorismo*, cit., 181.. Anche MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 206 ss.

⁴⁶⁷ Contra, CAVALIERE A., *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in AA. VV. *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di GIOSTRA G. ed INSOLERA G., Milano, 1983, 165 ove si afferma: « Pure l'uso, in chiave di legittimazione dell'intervento penale, del principio di proporzione, appare, come si è già avuto modo di evidenziare, da un lato,

penale, in definitiva, può considerarsi legittima se il bene giuridico da tutelare sia particolarmente rilevante, e se viene garantito un equilibrio tra gravità del fatto e previsione della pena⁴⁶⁸.

Siffatta impostazione sarebbe, altresì in grado di offrire non poche garanzie anche in merito al rispetto del principio di *extrema ratio* e frammentarietà del diritto penale, con consequenziale equilibrio tra esigenze di prevenzione e di libertà.

In definitiva, il principio di offensività diviene un punto fondamentale nel procedimento ricostruttivo in esame, tanto da svolgere una duplice insostituibile funzione: costituisce da un lato, un criterio classificatorio delle forme di anticipazione del diritto penale, e, dall'altro, un valido criterio ermeneutico.

Così facendo si corre il rischio di svilire la portata contenutistica del canone di offensività, e di considerarlo esclusivamente quale strumento di interpretazione del quale il giudice deve avvalersi per tentare una lettura della norma conforme ai principi costituzionali in materia penale⁴⁶⁹.

Ed, in effetti, secondo gli Autori, la gran parte delle ipotesi che criminalizzano gli atti preparatori risultano pienamente conformi al sistema penale perché espressivi di una necessità di tutelare interessi fondamentali della comunità⁴⁷⁰.

carente, nella misura in cui si delinea un bilanciamento che non coinvolge il bene leso dalla sanzione penale; dall'altro, singolare, quando i fattori di tale giudizio vengono individuati correttamente nel rango del bene tutelato e nella soglia del pericolo, ma al punto tale da rendere possibile la tutela penale dei beni fondamentali, anche quando essi non sono stati realmente in pericolo, cioè quando non necessitano di alcuna tutela (e ciò al prezzo della lesione rappresentata dalla pena, artificialmente estromessa dal giudizio di proporzione) ».

⁴⁶⁸ MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, III ed., cit., pag. 602 ss.

⁴⁶⁹ CAVALIERE A., *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, cit., pag. 156 ss.

⁴⁷⁰ MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, III ed., cit., pag. 602 ss.

In sintesi, si giustifica la presenza nel sistema dei reati associativi, dei delitti di attentato, dei reati a dolo specifico, dei reati omissivi propri e della gran parte dei reati di pericolo, fatte salve le ipotesi di reato di pericolo indiretto. Quest'ultima categoria di reato, in particolare, viene aspramente criticata per la marcata anticipazione dell'intervento penale che comporta. Ma, secondo la dottrina in esame, anche in questo caso occorre procedere con cautela e non dichiarare un'incompatibilità *tout court* tra queste fattispecie e la Carta costituzionale.

Seguendo tale impostazione, però, si giunge a legittimare addirittura il delitto di apologia. Quest'ultimo se riletto alla luce delle parole espresse dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 65 del 1970 acquisisce una sua reale portata offensiva ove viene richiesto al giudice di merito di accertare l'idoneità lesiva dello "atto"⁴⁷¹.

Diverse le considerazioni svolte in merito ai c.d. reati di sospetto. Si tratta di ipotesi criminose che puniscono una mera condotta materiale prescindendo da un qualsiasi esame dell'elemento soggettivo. Si pensi al reato di detenzione abusiva di armi, ovvero alla detenzione abusiva di strumenti per la produzione di filigrane, ecc...

In tutti questi casi, rilevano gli Autori, l'arretramento dell'intervento penale appare davvero eccessivo, in grado, cioè, di comportare illegittime interferenze in un ambito che, in applicazione dei principii di *extrema ratio*, frammentarietà, offensività, ragionevolezza e proporzione, dovrebbe esulare dal diritto criminale.

Le considerazioni sin qui svolte vengono sostanzialmente condivise da altra parte della dottrina che utilizza formule descrittive in parte differenti.

Anche secondo questa impostazione, non sarebbe corretto affermare la illegittimità costituzionale di modelli di incriminazione solo perché

⁴⁷¹MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, III ed., cit., pag. 603. *Contra*, VIGANÒ F., *Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella vigente legislazione antiterrorismo*, cit.,185.

caratterizzati da una scarsa attenzione nei confronti del principio di offensività⁴⁷². Quest'ultimo assolve una funzione classificatoria insostituibile; in base al rapporto con l'offesa, appunto, si distinguono i reati con offesa, i reati eventualmente senza offesa ed i reati senza offesa⁴⁷³.

Ai fini del presente lavoro, occorre concentrare la nostra attenzione esclusivamente i reati senza offesa, cioè quelli attraverso i quali « si incrimina...la realizzazione di certe situazioni che lo stato ha interesse a che non si realizzino »⁴⁷⁴.

Si tratta di ipotesi delittuose prive della lesione dell'interesse tutelato, o perché manca il bene giuridico, o perché si anticipa l'intervento penale tanto da coinvolgere anche attività meramente prodromiche.

All'interno della categoria dei reati senza offesa rientrano i reati con dolo specifico⁴⁷⁵, i delitti di attentato, i reati di sospetto ed i reati ostativi⁴⁷⁶.

⁴⁷² MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 206 ss.

⁴⁷³ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 210 ss Per una serrata critica nei confronti della configurazione dei reati senza offesa o eventualmente senza offesa, CAVALIERE A., *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, cit., pag. 156 ove si afferma: « ammettere che il principio di offensività possa essere derogato in relazione ad intere categorie di reati, e per di più in ambiti parzialmente indefiniti, ovvero ogni volta che esigenze generalpreventive lo richiedano, equivale a disattendere il carattere vincolante del principio ».

⁴⁷⁴ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 213.

⁴⁷⁵ Sul punto occorre precisare che secondo l'Autore non tutte le ipotesi delittuose costruite facendo leva sul dolo specifico comportano automaticamente una anticipazione della tutela. Il ricorso a siffatta tipologia di dolo, a ben vedere, può assolvere tre funzioni eterogenee: comportare una marcata anticipazione dell'intervento penale (reati a dolo specifico d'offesa), limitare lo spazio applicativo della norma (reati a dolo specifico d'ulteriore offesa) e, infine, una funzione differenziatrice tra fattispecie di reato (reati a dolo specifico differenziale). MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 217.

⁴⁷⁶ Si tratta di una terminologia utilizzata dalla letteratura francese e mutuata in Italia da una parte della dottrina (anche Fiore e Fiandaca-Musco) per indicare « incriminazioni, lontanamente arretrate, che non colpiscono comportamenti offensivi di un bene, ma tendono a prevenire il realizzarsi di azioni effettivamente lesive o pericolose, mediante la punizione di atti che sono la premessa idonea per la commissione di altri reati. Essi coprono una sfera di atti anteriori allo stesso tentativo punibile, poiché in sé equivoci, potendo sfociare in vari delitti ma anche in fatti

La classificazione in parte diversa e le premesse parzialmente differenti di questa impostazione non conducono a risultati difformi rispetto a quelli della dottrina già esaminata.

Anche secondo questa lettura, difatti, è possibile giustificare forme di criminalizzazione degli atti preparatori, purché sussistano talune condizioni. Occorre, cioè, accertare che il rango del bene sia particolarmente elevato, che sia necessaria una forma di tutela preventiva e che la fattispecie sia “adeguatamente tipizzata”⁴⁷⁷.

La dottrina più moderna continua ad interrogarsi sul rapporto tra tali ipotesi criminose ed i principi del diritto penale, e diverse sono state le soluzioni avanzate.

Secondo una prima impostazione, oltre al principio di ragionevolezza e proporzione la giustificazione per l’anticipazione dell’intervento penale andrebbe ricercata affidandosi al criterio di precauzione⁴⁷⁸.

Altri, invece, ritengono utile per valutare la compatibilità costituzionale di norme criminalizzatrici di atti preparatori sottoporre dette disposizioni ad cinque test: a) bene giuridico di particolare rilevanza; b) funzionalità della disposizione penale rispetto allo scopo preventivo; c) la scelta penale deve costituire *extrema ratio*; d) proporzione tra gravità del fatto e sanzione prevista; e) bilanciamento tra ragioni di incriminazione e compressione dei diritti e delle libertà costituzionalmente riconosciute⁴⁷⁹.

del tutto irrilevanti » MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 222. Si tratta, in definitiva, di quelli che altra dottrina definisce reati di pericolo indiretto; sul punto, MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, III ed., cit., pag. 593

⁴⁷⁷ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 226.

⁴⁷⁸ NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 78, ove l’Autore dichiara: «...in questi casi il principio di precauzione può giustificare la previsione di reati di pericolo astratto, che anticipano la tutela di interessi la cui lesione sarebbe difficile da considerare in concreto come conseguenza delle condotte vietate»

⁴⁷⁹ VIGANÒ F., *Incriminação di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella vigente legislazione antiterrorismo*, cit., 181-182.

A ben vedere, attraverso la legittimazione della criminalizzazione di attività meramente preparatorie si va ad incidere sulla stessa funzione che il diritto penale è chiamato ad assolvere. Si assiste, in altri termini, ad un passaggio da un diritto penale “reattivo” ad un diritto penale “preventivo”⁴⁸⁰.

Questo atteggiamento è condiviso da chi, di recente, afferma la necessità di fare proprie le istanze del diritto ‘preventivo’, in quanto ultimo baluardo per poter riconoscere ancora oggi un ruolo di prim’ordine alla scienza penalistica ed al diritto penale⁴⁸¹.

A nostro modesto avviso, si tratta di un approccio troppo disinvolto che sottovaluta il rischio di uno ‘scivolamento’ dal diritto penale classico al diritto di polizia⁴⁸². Questa preoccupazione, al contrario, deve essere attentamente esaminata, anche perché tanti sono gli effetti che questo mutamento comporta a livello di teoria generale del reato. Sul punto, basti pensare al diverso ruolo che l’offesa rivestirebbe. Nel sistema classico (reattivo) l’intervento penale trova la sua legittimazione nell’accertamento di una lesione o messa in pericolo già realizzata, mentre, il diritto penale preventivo si basa sulla ‘probabilità-possibilità’ di commissione di un futuro fatto di reato.

⁴⁸⁰ Sul punto MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 226; VIGANÒ F., *Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella vigente legislazione antiterrorismo*, cit., 188.

⁴⁸¹ VIGANÒ F., *Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella vigente legislazione antiterrorismo*, cit., 188 ove si afferma « Il consueto argomento secondo cui il compito della prevenzione...spetterebbe al solo diritto di polizia, è a mio giudizio, drammaticamente inadeguato rispetto alla realtà contemporanea, in cui il problema più urgente non è quello di ridurre il ruolo del diritto penale, bensì quello – innanzitutto di difendere il ruolo del diritto penale quale strumento fondamentale di contrasto al terrorismo internazionale ».

⁴⁸² Ancora attuali sul punto le considerazioni di MITTERMAIER C. J. A., *Del punto onde comincia la penalità del conato a delinquere*, cit., pag. 256.

In altre parole, nel diritto penale classico l'offesa è il presupposto di legittimità della reazione penale, nel diritto penale della prevenzione l'intervento penale risulta del tutto autonomo rispetto alla messa in pericolo del bene protetto.

Barattare i principi del diritto penale del fatto con quelli 'moderni' del diritto penale preventivo, rappresenta un'operazione particolarmente rischiosa in termini di tutela delle garanzie e delle libertà individuali. Con questo, non si vuole affermare l'inutilità di attività preventive volte al contrasto della realizzazione di fattispecie criminali, ma, semplicemente, attribuire tale funzione agli organi di polizia e non al diritto penale.

Sicché, appare opportuno affrontare la tematica dell'anticipazione dell'intervento penale senza discostarsi dal diritto penale 'classico', ma, anzi, tentando un corretto inquadramento sistematico del tema.

Le ipotesi di criminalizzazione degli atti preparatori costituiscono, in effetti, *species* del più ampio *genus* del pericolo. Ci troviamo, dunque, dinanzi ad un problema di teoria generale che concerne la compatibilità tra i reati di pericolo – in particolare astratto e/o presunto – ed i principi costituzionali in materia penale.

In definitiva, siamo in presenza di un tema particolarmente delicato e ciò impone di trattare il tema avvalendoci di un'interpretazione teleologicamente orientata ai valori costituzionali, l'unica in grado di bilanciare esigenze di prevenzione e libertà. Condividiamo, di conseguenza, l'idea di non degradare il ruolo del principio di offensività a mero canone interpretativo e facciamo nostre le parole di una parte della dottrina che afferma: « ...è stato agevole per una dottrina rispettosa della Costituzione, derivare, con una, cogente, interpretazione sistematica dei principi costituzionali, il principio secondo cui può essere reato solo un fatto che effettivamente offenda un bene giuridico (costituzionalmente significativo): non può costituire presupposto di una rieducazione ai sensi dell'art. 27 comma 3 Cost. la restrizione della libertà per un fatto che non ha creato un

concreto, reale pericolo; altrimenti, la pena inflitta finisce per servire a scopi meramente generalpreventivi, con una strumentalizzazione del singolo notoriamente contrastante con i principi di dignità della persona (art. 2 Cost.), personalità della responsabilità penale (art. 27 comma 1) e finalismo rieducativo (art. 27 comma 3); è assolutamente irragionevole, in contrasto con l'art. 3 e con l'art. 13 Cost., il sacrificio del bene inviolabile della libertà personale per un fatto inoffensivo; la Costituzione impone la punizione per un « fatto » (art. 25 comma 2), e non, quindi, sulla base di un atteggiamento interiore o della pericolosità dell'autore, oppure dell'oggettiva trasgressione che non comporti, però, una concreta lesione effettivamente offenda un bene giuridico »⁴⁸³.

La continua espansione del diritto penale moderno, ovvero di un diritto penale della prevenzione o, più banalmente, del pericolo, alimenta di per sé un rischio da non sottovalutare, cioè, sfaldare i delicati equilibri tra potere legislativo e giudiziario. In altre parole, un siffatto modello di diritto penale impone un giudice “forte” a fronte di un legislatore “debole”, con tutte le ripercussioni del caso.

Chi è pronto ad affrontare questo “passaggio” si incammini pure, ma sappia che incontrerà fino all'ultimo la resistenza di una parte della dottrina non propensa a barattare le garanzie dell'individuo per un riconoscimento di una presunta centralità del diritto criminale all'interno dell'impalcatura ordinamentale.

⁴⁸³ CAVALIERE A., *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, cit., pag. 155.

3. Un utile banco di prova: il diritto penale politico.

Un utile banco di prova per la materia fin qui trattata è rappresentato dalla disciplina della criminalità politica nel nostro codice penale.

Il diritto penale politico rappresenta uno dei punti più controversi e delicati dell'intera materia penale, come dimostra la posizione assunta dal Carrara, il quale rifiutò di proporre dei principi assoluti ad esso applicabili poiché pervaso da una profonda convinzione: « A qual pro sudare per costruire una tela giuridica che sempre sarà rotta o dalla spada o dal cannone? »⁴⁸⁵.

Invero, le difficoltà concernenti la ricostruzione del diritto penale politico si acquiscono qualora si proceda ad un esame delle fattispecie associative. Esse, infatti, rappresentano il luogo ove si acutizza la tensione tra potere statale e libertà, in quanto proprio nelle strutture associative viene generalmente individuato lo strumento necessario per il perseguimento di finalità di carattere politico⁴⁸⁶.

Appare, allora, indispensabile definire preliminarmente il criterio o i criteri attraverso i quali qualificare la politicità di un reato, per poter così procedere nell'opera di ricostruzione di una categoria unitaria di reato politico⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale*, VII, Lucca, 1889, pag. 667

⁴⁸⁶ DE FRANCESCO G. A., *I reati di associazione politica*, Milano, 1985, pag. 10-11 in cui l'autore afferma: « La tensione tra potere e libertà, se appare proprio sul terreno dei reati politici particolarmente acuta, raggiunge il suo diapason nell'ambito dei reati di associazione politica... ». Dello stesso parere MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit. pag. 241 ss.

⁴⁸⁷ DE FRANCESCO G. A., *Reato politico*, voce in *Enc. dir.* XXXVIII, Milano, 1987, pag. 897 ss.; DEL TUFO, *Delitto politico*, voce in *Enc. giur.* X, Roma, 1988; PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, Napoli, 2000, pag. 27 ss.; PULITANO', *Delitto politico*, voce in *Dig. it. disc. Pen.*, III, Torino, 1989 pag. 358 ss.

A tal fine, il punto di partenza privilegiato è rappresentato dall'esame dei dati normativi del nostro ordinamento⁴⁸⁸, e cioè dall'art. 8 co. 4 c.p. e dagli artt. 10 co. 4 e 26 co. 2 della Carta costituzionale.

Essi, come pacifico in dottrina, sono espressione delle antitetiche finalità che vennero attribuite al diritto penale politico all'interno del codice Rocco e della Costituzione repubblicana. Infatti, mentre alla norma codicistica venne assegnata una funzione marcatamente repressiva, attraverso la quale – in piena coerenza con la politica criminale fascista - « instaurare l'autorità dello Stato »⁴⁸⁹, alle norme costituzionali venne conferita una funzione di garanzia e tutela nei confronti sia del cittadino (art. 26 II comma Cost.), sia dello straniero (art. 10 IV comma Cost.), attraverso la formalizzazione del divieto di estradizione⁴⁹⁰.

La stessa unicità di vedute non è possibile intravedere ove si tenti di estrapolare un unitario concetto di reato politico, e di relazionarlo con l'intero sistema costituzionale. Sul punto, la dottrina propone soluzioni diversificate che necessitano di un approfondimento.

Secondo una prima parte della dottrina, l'art. 8 co. III c.p., con l'entrata in vigore del divieto costituzionale di estradizione, si svuota della funzione autoritaria-repressiva attribuitagli originariamente dal legislatore, e

⁴⁸⁸ PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, cit., pag. 28 ss., in cui l'Autore dimostra l'impraticabilità dell'approccio storico o sociologico per l'individuazione di criteri utili alla determinazione del reato politico.

⁴⁸⁹ DEL TUFO, *Delitto politico*, cit., pag. 1-2 in cui l'Autrice sottolinea come nel codice Rocco si fosse provveduto a costruire un sistema - sia sotto il profilo del diritto sostanziale sia sotto il profilo processuale - idoneo a facilitare una serie di operazioni repressive. In particolare evidenzia: a) competenza del Tribunale speciale per la difesa dello Stato istituito con legge n. 2008 del 25-11-1926 per il diritto penale politico; b) l'estensione della giurisdizione dell'A.G. italiana rispetto ai delitti soggettivamente politici c) l'applicazione alla criminalità politica di un regime sanzionatorio più severo rispetto alla criminalità comune.

⁴⁹⁰ DE FRANCESCO G. A., *Reato politico*, cit., pag. 897 ss.; DEL TUFO, *Delitto politico*, cit., pag. 1 ss.; PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, cit., pag. 38 ss. ; PULITANO', *Delitto politico*, cit., pag. 358 ss.

conseguentemente si armonizza con l'intero contesto ordinamentale repubblicano⁴⁹¹. La nozione codicistica, dunque, costituisce l'idoneo punto di riferimento per l'interpretazione del concetto di reato politico utilizzabile anche con riferimento all'estradizione, la cui applicazione è subordinata all'accertamento dell'effettivo pericolo di un processo persecutorio nei confronti dell'estradando⁴⁹².

Un'altra parte della dottrina, invece, riconosce che la formula utilizzata dal legislatore del 1930 è eccessivamente ampia, e dunque idonea ad ottenere risultati repressivo-deterrenti incompatibili con il dato costituzionale⁴⁹³. La smisurata malleabilità del concetto in esame - si rileva - è il frutto della mancanza di confini reali del delitto politico, confini che vengono allargati e spostati dall'oggettivo al soggettivo, come dimostra la stessa lettura della norma⁴⁹⁴.

L'art. 8 co. 3, infatti, annovera due diverse figure di delitto politico: il c.d. delitto oggettivamente politico ed il c.d. delitto soggettivamente politico. In merito alla prima tipologia, la dottrina è concorde nel riconoscerne una adeguata determinatezza normativa, in quanto il legislatore fa esplicito riferimento ai beni offendibili, e cioè « un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino. »⁴⁹⁵.

⁴⁹¹DEL TUFO, *Delitto politico*, cit., pag. 2

⁴⁹²DE FRANCESCO G. A., *Reato politico*, cit., pag. 906 ss. ; DEL TUFO, *Delitto politico*, cit., pag. 2

⁴⁹³ PULITANO', *Delitto politico*, cit., pag. 358 ss.

⁴⁹⁴ PULITANO', *Delitto politico*, cit., pag. 360

⁴⁹⁵ DEL TUFO, *Delitto politico*, cit., pag. 3; secondo l'Autrice la qualificazione di un fatto quale delitto oggettivamente politico è subordinata unicamente alla avvenuta lesione del bene giuridico tutelato, senza che vi sia spazio alcuno per una valutazione del motivo che abbia determinato il colpevole ad agire. Diversa la posizione assunta da PANAGIA, *Il delitto penale politico nel sistema penale italiano*, Milano, 1980, pag. 109-110, il quale dichiara «... se il movente di natura politica deve essere tale, ai sensi dell'art. 8 c.p., da 'determinare' il soggetto a commettere un reato comune, a maggior ragione tale determinazione deve configurarsi in quei reati che, per loro natura sono politici: non si può commettere un delitto di particolare rilevanza e gravità, come

Diverse le considerazioni relative al delitto soggettivamente politico, definito dal legislatore come « il delitto comune determinato, in tutto o in parte, da motivi politici». Contrariamente a quanto sostenuto da minoritaria dottrina⁴⁹⁶, dobbiamo rilevare la distorsione che si produce in sede applicativa ove si ricorra a tale figura di reato⁴⁹⁷. Il procedimento di sussunzione è, infatti, connotato dalla focalizzazione sul « motivo » del soggetto agente, con un'evidente sottovalutazione dell'esame dell'elemento oggettivo del reato, che comporta un eccessivo ed intollerabile ampliamento della sfera del diritto penale politico⁴⁹⁸. Si pensi che, qualora fosse accolta la proposta minoritaria, si potrebbe considerare politico addirittura un reato contro il patrimonio ispirato prevalentemente da finalità di lucro⁴⁹⁹.

appunto quello politico, che del resto per sua natura trova fondamento nella stessa formazione ideologica del soggetto agente, senza che in questo si configuri una precisa determinazione consistente nel fatto che la volontà sia diretta a realizzare l'offesa di un interesse politico. In questo senso, come abbiamo già precisato, il motivo politico finisce, in questi casi, con l'identificarsi con il fine che si vuole realizzare e con il caratterizzarlo. Da tutto ciò deriva che ove, pur sussistendo una fattispecie oggettivamente politica, non sia possibile, invece, individuare un fine politico – cosa che a noi sembra piuttosto rara – dovrà escludersi l'esistenza, almeno sotto il profilo soggettivo, di un reato politico a nulla rilevando, in tal senso, che il solo fatto sia sussumibile nell'ambito dei reati di cui al titolo I libro II c.p.».

⁴⁹⁶DEL TUFO, *Delitto politico*, cit., pag. 4-5

⁴⁹⁷DE FRANCESCO G. A., *Reato politico*, cit., pag. 897 ss.; PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, cit., pag. 27 ss. ; PULITANO', *Delitto politico*, cit., pag. 358 ss.

⁴⁹⁸ DE FRANCESCO G. A., *Reato politico*, cit., pag. 899, secondo l'Autore la categoria del reato soggettivamente politico sembra aver ricevuto una sorta di legittimazione normativa ulteriore grazie all'ingresso nel sistema penale con l'art. 1 d.l. n. 625 del 15 dicembre 1979, convertito in l. 6 febbraio 1980, n. 15 dell'aggravante della «finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine costituzionale ».

⁴⁹⁹ In passato la Cassazione, intervenuta sul tema, ha rilevato l'inopportunità di una qualificazione basata esclusivamente sul « motivo » ed ha richiesto che « i motivi politici devono risultare dagli elementi positivi che accompagnano l'azione o la determinano »; cfr., Cass. pen. 8-6-1955, in *Giust. pen.*, 1956, II, pag. 967 ss.

Quanto finora rilevato ha condotto la dottrina in esame a ritenere necessaria un'attività di interpretazione attraverso la quale desumere un concetto di delitto politico ancorato ai principi costituzionali, e dunque scevro da reminiscenze di stampo autoritario⁵⁰⁰. Partendo dal combinato disposto degli artt. 18 e 49 Cost., tale dottrina afferma l'incompatibilità fra i valori che si pongono alla base dello stato liberaldemocratico e le norme che legittimano una criminalizzazione del mero dissenso. In particolare, si ritiene che « la fenomenologia del delitto politico non può che risolversi nella rottura violenta delle regole del confronto democratico, o delle condizioni della civile convivenza, per finalità politiche »⁵⁰¹. Dunque, essendo individuati quali criteri qualificanti la materia politica la rottura del metodo democratico ed il ricorso alla violenza, è possibile restringere la categoria dei delitti politici ai soli « delitti di terrorismo o di violenza politicamente motivata »⁵⁰².

Una più recente dottrina ha evidenziato l'inidoneità anche del parametro normativo a consentire di pervenire ad una nozione unitaria di reato politico⁵⁰³. Essa, infatti, sottolinea la distorsione metodologica che si verifica qualora si ricorra alla deduzione dei principi costituzionali in virtù di una norma redatta dal legislatore ordinario⁵⁰⁴, focalizzando l'attenzione sugli effetti negativi che un tale procedimento produce. Ci si riferisce alla espansione ingiustificata dell'applicazione del divieto di estradizione, del quale beneficiarono addirittura i colpevoli del delitto di genocidio⁵⁰⁵, e che

⁵⁰⁰PULITANO', *Delitto politico*, cit., pag. 361 ss.

⁵⁰¹PULITANO', *Delitto politico*, cit., pag. 364

⁵⁰²PULITANO', *Delitto politico*, cit., pag. 364

⁵⁰³PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, cit., pag. 44 ss.

⁵⁰⁴PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, cit., pag. 40 ss. Sul punto si consulti anche DE FRANCESCO G. A., *Reato politico*, cit., pag. 903 ; QUADRI, *Estradizione (diritto internazionale)*, voce in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, pag. 42 ss.

⁵⁰⁵E' quanto accaduto nel caso Kroger, ved. Corte Appello Bologna, Sezione Istruttoria, 11 Gennaio 1963, in *Giust. Pen.* 1964, II, pag. 64 ss.

rese necessario l'intervento riparatore della legge costituzionale 21 giugno 1967, n. 1. Ma non solo. Un secondo problema riguarda direttamente la nozione di terrorismo da utilizzare ai fini dell'applicazione dell'estradizione. Infatti, una volta constatata la natura politica che connota le attività terroristiche, è stato necessario ricercare le modalità attraverso le quali rendere inapplicabili i principi costituzionali; si è fatto così ricorso alle c.d. clausole di depoliticizzazione, ossia l'impegno assunto dalle parti stipulanti il trattato internazionale a non considerare - ai fini dell'applicazione dell'estradizione - politici gli atti terroristici⁵⁰⁶.

Secondo l'Autore, inoltre, sarebbe erroneo pensare di risolvere il problema della qualificazione del reato politico attraverso il ricorso alla sola nozione di delitto oggettivamente politico delineata all'interno del codice⁵⁰⁷. L'art. 8 III comma c.p. infatti, quando afferma che « è delitto politico il delitto che *offende* un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino », sembra armonizzarsi con i principi penali costituzionali attraverso l'esplicito rinvio al principio di offensività. A ben vedere, il solo rinvio al principio di idoneità lesiva effettuato nella norma non appare però sufficiente a costruire quella maglia di limiti necessaria ad escludere dal nostro ordinamento il possibile ricorso alla criminalizzazione della mera disobbedienza, poiché, come opportunamente rilevato, la valutazione di offensività non è un concetto assoluto⁵⁰⁸. Esso, invero, è il risultato di un giudizio di relazione in cui l'idoneità lesiva di un fatto a ledere un determinato interesse è subordinata al concetto di bene giuridico a cui fa riferimento la norma penale.

Quest'ultimo, dunque, costituisce il termine di relazione in base al quale effettuare di volta in volta il giudizio di offensività della condotta.

⁵⁰⁶ PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, cit., pag. 43.

⁵⁰⁷ PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, cit., pag. 54 ss.

⁵⁰⁸ PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, cit., pag. 55-56.

La riconosciuta centralità del bene giuridico nella ricostruzione del delitto comporta una doverosa modificazione nello studio del reato politico; il nucleo di riferimento si sposta così dal dato letterale al concetto di bene giuridico, il quale, come ricordiamo, risulta essere espressione di una scelta di valore effettuata dal legislatore in sede di redazione normativa⁵⁰⁹.

La nostra attenzione, dunque, dovrà focalizzarsi sulla corretta individuazione del bene giuridico di riferimento della materia del diritto penale politico, riconoscendo, al fine di evitare distorsioni interpretative, quale parametro di legittimità il contesto costituzionale.

4. Le fattispecie associative politiche.

Il riferimento al bene “ Personalità dello Stato “ effettuato nel Titolo I del Libro II del codice penale suscita giustificate preoccupazioni in merito al suo utilizzo nel contesto di uno stato sociale di diritto⁵¹⁰.

⁵⁰⁹ Si esclude l'approccio tecnicistico e si riconosce che il diritto penale è la formalizzazione di scelte politico-criminali espressive dei valori di una data società in un dato momento storico. Sul punto si rinvia a MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pag. 17 ss. e 173 ss.; ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., *Presentazione* a cura di MOCCIA, pag. 9 ss., in cui l'Autore afferma « Il diritto penale, infatti, nasce da esigenze di politica criminale: esso rappresenta la formalizzazione di ben precise opzioni di politica criminale. Negare questa relazione significa negare la stessa realtà del diritto penale ».

⁵¹⁰ FERRANONI, *Sintesi di diritto penale II ed.*, Milano, 1940, pag. 12 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, cit., pag. 1 ss.; GAMBERINI, *Delitti contro la Personalità dello Stato*, in *Diritto penale lineamenti di parte speciale, II ed.*, a cura di CANESTRARI-GAMBERINI-INSOLERA-MAZZACUVA-SGUBBI-STORTONI-TAGLIARINI, Bologna, pag. 1 ss.; GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984, pag. 36 ss.; MARCONI, *Codice penale e regime autoritario*, in *La questione criminale*, 1981, pag. 129 ss.; MOCCIA, *La perenne emergenza, tendenze autoritarie nel sistema penale, II ed.*, Napoli, 1997, pag. 64 ss.; PANAGIA, *Il delitto politico nel sistema penale italiano*, Padova, 1980, pag. 27 ss.; PADOVANI T., *Bene giuridico e delitti politici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pag. 3 ss.; PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, cit., pag. 48 ss.; PULITANO', *La teoria del fra codice e Costituzione*, in *La questione*

Costituisce un primo dato problematico la separazione tra la “ personalità interna ed internazionale dello stato “, poiché, come opportunamente rilevato dalla dottrina, « la soggettività dello Stato è sostanzialmente unitaria »⁵¹¹.

Inoltre, il bene in questione è espressivo di una concezione autoritaria dello stato, in cui quest’ultimo è inteso come entità autonoma di cui occorre preservare identità etica ed ideologica⁵¹². Si sosteneva, infatti, che « poiché lo Stato Fascista vuole essere lo stato sovrano per antonomasia di tutte le forze della nazione, è logico che anche nel codice penale esso mantenga tale posizione di preminenza, tutelando vigorosamente da ogni attacco la propria personalità e interna e internazionale, elevando il prestigio e l’autorità delle pubbliche amministrazioni e di quella della giustizia in particolare...»⁵¹³.

In realtà ciò che si tutela non è l’intero apparato istituzionale, bensì il solo governo, la cui volontà diviene insegnamento incontestabile per l’intera popolazione.

Per realizzare tale progetto, risultò utile l’adozione di bene giuridico elastico, malleabile tanto da farvi rientrare di volta in volta, a seconda della necessità politiche, le condotte classificate del “ nemico “.

La “ personalità dello Stato “ è, dunque, un bene che non consente il rispetto degli elementari principi del diritto penale del fatto, non essendo ipotizzabile l’armonizzazione con il principio di *extrema ratio*, di materialità, offensività e determinatezza/tassatività. Si consideri, inoltre, l’assoluta

criminale, 1981, pag. 111 ss.; ROMANO, *Il codice Rocco e i lineamenti di una riforma del diritto penale politico*, *La questione criminale*, 1981, pag. 145 ss.

⁵¹¹ PADOVANI T., *Bene giuridico e delitti politici*, cit., pag. 9. Condivide la critica ROMANO, *Il codice Rocco e i lineamenti di una riforma del diritto penale politico*, cit., pag. 157

⁵¹² GAMBERINI, *Delitti contro la Personalità dello Stato*, cit., pag. 3

⁵¹³ FERRANONI, *Sintesi di diritto penale II ed.*, cit., pag. 12

mancanza di un riferimento in sede costituzionale al concetto di “personalità dello Stato” e la difficile distinguibilità dall’ordine pubblico⁵¹⁴.

Sembra dunque che l’assunzione di un tale bene quale oggetto di tutela risponda alle esigenze proprie dei regimi tirannici riducendo i cittadini a membri di una entità istituzionale non compatibile con la struttura statale emergente dalla Costituzione del 1948⁵¹⁵.

La relazione tra il Titolo I Libro II del codice penale ed i principi della Norma fondamentale è stata da sempre contrassegnata da forti tensioni.

In un primo periodo, si ritenne abrogata tutta la materia del diritto penale politico in applicazione del D. lgs. 27 luglio 1944, n. 159, il quale disponeva che « tutte le disposizioni penali emanate a tutela delle istituzioni e degli organi politici creati dal fascismo fossero abrogate ».

Era presente, fin dall’immediato dopoguerra, anche una corrente di pensiero a cui la storia dà ragione, secondo la quale sarebbe stato opportuno iniziare un’opera di defascistizzazione, senza dover necessariamente ricorrere ad un totale rinnovamento dell’intero impianto di norme finalizzato alla tutela del fantomatico bene in esame⁵¹⁶.

I risultati di questo tentativo non furono certo quelli sperati, come dimostra l’eccessiva divaricazione del rapporto tra bene giuridico e fattispecie, che impose al legislatore di intervenire inserendo il riferimento ad un nuovo bene: l’ordine democratico⁵¹⁷.

Esso fece ingresso nell’ambito della c.d. legislazione d’emergenza, contrassegnata da un recupero delle vecchie fattispecie politiche e dall’inserimento di nuove norme, redatte secondo le collaudate tecniche

⁵¹⁴ Sul punto ROMANO, *Il codice Rocco e i lineamenti di una riforma del diritto penale politico*, cit., pag. 160

⁵¹⁵ PANAGIA, *Il delitto politico nel sistema penale italiano*, cit., pag. 99

⁵¹⁶ PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, cit., pag. 63 ss..

⁵¹⁷ L’ordine democratico trovò spazio grazie al d.l. 15 dicembre 1979, n. 625, convertito con modificazioni in l. 6 febbraio 1980, n. 15

utilizzate dal legislatore fascista⁵¹⁸. L'ordine democratico fu successivamente oggetto di interpretazione autentica, con la quale venne equiparato al concetto di ordinamento costituzionale, risultando quest'ultimo espressivo dell'insieme dei « principi fondamentali che nella Carta costituzionale servono a definire la struttura e la natura dello stato »⁵¹⁹.

Ora, secondo la dottrina prevalente il nuovo bene può costituire l'idoneo punto di riferimento per la costruzione di un " nuovo " diritto penale politico vincolato al dato costituzionale⁵²⁰, poiché esso consentirebbe un recupero dell'effettività dei principi del diritto penale costituzionale.

Non appaiono, invece, del tutto soddisfacenti le garanzie offerte dal nuovo bene giuridico ad altra parte della dottrina che rinviene nella definizione di ordine democratico un concetto eccessivamente evanescente, tanto da ledere proprio i principi che si intendono realizzare⁵²¹. Si mette in luce, infatti, come il rinvio all'ordine costituzionale non abbia risolto i problemi relativi al difficile rapporto con l'ordine pubblico, come dimostra la possibile criminalizzazione di un'associazione composta da sole tre persone non dotate di armi che si propongono il fine di eversione dell'ordine democratico. E' evidente come l'incongruità dei mezzi rispetto allo scopo escluda un'effettiva lesione dell'assetto istituzionale, e metta a repentaglio la " sola " tranquillità e pace pubblica, cioè l'ordine pubblico.

Non solo. L'ingresso nel sistema penale della nuova formulazione dell'art. 270-*bis* c.p. nel 2001 e della definizione delle « condotte con la finalità di terrorismo » di cui all'art. 270-*sexies* c.p., alimenta i tanti dubbi sull'unitarietà

⁵¹⁸ GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pag. 36

⁵¹⁹ GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pag. 42

⁵²⁰ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, cit., pag. 4; PADOVANI T., *Bene giuridico e delitti politici*, cit., pag. 25 ss.; PANAGIA, *Il delitto politico nel sistema penale italiano*, cit., pag. 188; PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, cit., pag. 81 ss.; PULITANO', *La teoria del fra codice e Costituzione*, in *La questione criminale*, 1981, pag. 111 ss.

⁵²¹ MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., pag. 66

del bene giuridico di riferimento dell'intera categoria delle fattispecie associative politiche.

A ben vedere, le condotte di terrorismo, più che offendere l'ordine costituzionale, offendono di volta in volta dei singoli beni, andando a colpire il solo ordine pubblico⁵²².

Dunque, la “ personalità dello Stato “, l'ordine democratico e l'ordine pubblico, non appaiono idonei a costituire il bene di categoria dell'intera materia del diritto penale politico. Quest'ultimo è uno strumento attraverso il quale si esprime « l'idea di una volontà politica superiore contraddetta da comportamenti essenzialmente concepiti come sintomi di disobbedienza: si perpetua così il modello strutturale della lesa maestà, che è in effetti lesa come volontà *superiorem non recognoscens* »⁵²³.

Appare opportuno, allora, escludere il ricorso ad un unico concetto cui ancorare l'intera materia politica, e provvedere alla tutela delle istituzioni repubblicane attraverso la previsione di singole fattispecie che indichino singoli beni giuridici dai limiti facilmente ricostruibili, in modo da rispettare i principi di un diritto penale da stato sociale di diritto.

5. L'associazione sovversiva (art. 270 c.p.).

La nuova formulazione dell'art. 270 co. I e II c.p. introdotta con l' art. 2 , l. 24-2-2006, n. 85 recita: « Chiunque nel territorio dello Stato promuove, costituisce, organizza o dirige associazioni dirette e idonee a sovvertire violentemente gli ordinamenti economici o sociali nello Stato ovvero a sopprimere violentemente l'ordinamento politico e giuridico dello Stato, è punito con la reclusione da cinque a dieci anni. Chiunque partecipa alle

⁵²² Per un esame delle implicazioni dell'ingresso dell'art. 270-*sexies* sull'applicazione dell'art. 270-*bis* c.p. si rinvia al par. 8 Cap.III

⁵²³ PADOVANI T., *Bene giuridico e delitti politici*, cit., pag. 11

associazioni di cui al primo comma è punito con la reclusione da uno a tre anni »⁵²⁴.

La modifica normativa del 2006 ha escluso l'implicito riferimento contenuto nel vecchio art. 270⁵²⁵ c.p. al partito socialista e al partito comunista che non pochi problemi aveva destato in ordine al rispetto del principio costituzionale di eguaglianza (art.3)⁵²⁶, il quale si riteneva violato

⁵²⁴ Le “*modifiche al codice penale in materia dei reati di opinione*” realizzate con l. 24 febbraio 2006, n. 85 hanno ad oggetto norme di un certo rilievo simbolico, ma di applicazione molto rara. Il tentativo di armonizzare con il dato costituzionale alcune delle figure di reato contro la Personalità dello Stato ricorrendo all'inserimento dei criteri di idoneità e violenza, non ha comunque prodotto il risultato sperato, poiché, « siamo ben lontani non solo da una riforma organica dei reati d'opinione, ma anche dalla indicazione di plausibili linee di sviluppo in tale delicato e discusso campo di problemi...Il problema dei reati di opinione resta dunque aperto ». PULITANO', *Riforma dei reati di opinione?*, cit., pag. 745 ss.

⁵²⁵ BERNARDI-CASELLI-PERDUCA, *I delitti contro la personalità dello stato*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, a cura di BRICOLA-Zagrebelsky V., vol. IV, pag. 47 ss.; CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., pag. 115 ss.; CRESPI-STELLA-ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale*, V ed., pag. 904 ss.; DE FRANCESCO G., *I reati associativi politici nel codice Rocco: nessi sistematici ed implicazioni interpretative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1984, pag. 679 ss.; ID, *I reati di associazione politica*, cit., pag. 61 ss.; DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, II ed., cit., pag. 1538 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, cit., pag. 39 ss.; GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pag. 26; MARCONI G., *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 311 ss.; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano vol. IV*, cit., pag. 361 ss.; PADOVANI T., *Bene giuridico e delitti politici*, cit., pag. 3 ss.; PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, cit., pag. 200 ss.; PETTA, *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, in *Giur. cost.* 1973, pag. 686 ss.; PULITANO', *Riforma dei reati di opinione?*, in *Corr. Giur.* 2006, pag. 745 ss.; SPAGNOLO G., *Reati associativi*, cit., pag. 1 ss.

⁵²⁶ La vecchia formulazione dell'art. 270 c.p. contemplava un rinvio anche alle « associazioni dirette a stabilire violentemente la dittatura di una classe sociale sulle altre, ovvero a sopprimere una classe sociale...»; il riferimento diretto a criminalizzare il partito comunista ed il partito socialista era stato tra l'altro confermato da una testimonianza del Vassalli, il quale riporta il pensiero di Arturo Rocco: « diceva che con il riferimento alle associazioni dirette a stabilire violentemente la dittatura di una classe sociale sulle altre, il legislatore aveva inteso riferirsi al partito comunista, con il riferimento alle associazioni dirette a sopprimere violentemente una classe sociale aveva inteso riferirsi più specificatamente al fenomeno del bolscevismo, con le associazioni dirette a sovvertire violentemente gli ordinamenti economici e sociali costituiti nello

per la discriminazione che l'abrogata norma operava tra organizzazioni marxiste ed organizzazioni che « pur proponendosi un rovesciamento violento del sistema costituzionale non si propongono una trasformazione sostanziale dei rapporti sociali »⁵²⁷.

Immutato resta invece, nonostante le perplessità che accompagnano anche tale disposizione, il riferimento alle associazioni anarchiche laddove il legislatore conferma la criminalizzazione delle associazioni finalizzate alla soppressione violenta dell'ordinamento politico e giuridico dello Stato.

Il reato di associazione sovversiva era stato inserito nel codice penale con il chiaro intento di tutelare il partito unico fascista dalla possibile delegittimazione sociale che altre forze politiche avrebbero potuto produrre attraverso un'opera di diffusione del proprio pensiero. Lo stesso Rocco spiegava, all'interno della Relazione del ministro Guardasigilli al progetto definitivo del codice penale, che le associazioni politiche che si intendevano colpire erano « soltanto quelle che limitano la loro attività alla diffusione delle idee, cioè alla affermazione teorica degli obiettivi politici, che costituiscono il loro programma »⁵²⁸, poiché, qualora le stesse avessero intrapreso un'opera di attuazione del programma attraverso la previsione di specifici reati da realizzare, bisognava intervenire con altre fattispecie appositamente inserite nel codice, e cioè la cospirazione politica mediante associazione (art. 305 c.p.) o la banda armata (art. 306 c.p.)⁵²⁹.

L'incompatibilità tra i contenuti della norma ed i principi costituzionali ha indotto a pensare, almeno in un primo momento, che l'art. 270 c.p. fosse

Stato aveva inteso riferirsi al partito socialista...» cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, cit., pag. 39; GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pag. 26

⁵²⁷ PETTA, *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, cit., pag. 700.

⁵²⁸ V. sul punto FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, cit., pag. 39; PETTA, *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, cit., pag. 688

⁵²⁹ PETTA, *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, cit., pag. 688, in cui l'Autore affronta il tema delle associazioni sovversive ricorrendo ad un esame congiunto delle fattispecie previste negli artt. 270-bis (vecchia formulazione), 272, 305 c.p.

caducato in virtù del d.lgs. lt. 27-7-1944, n. 159, che stabiliva l'abrogazione di « tutte le disposizioni emanate a tutela delle istituzioni e degli organi politici fascisti »⁵³⁰.

In realtà, tale indirizzo mutò del tutto durante la fine degli anni Settanta, quando il contesto socio-politico, caratterizzato da un'intensificarsi delle attività di matrice terroristica, costituì l'*input* per una nuova valorizzazione della fattispecie prevista nell'art. 270c.p.

La giurisprudenza, in effetti, ritenne la norma dotata di una particolare forza espansiva in grado di includere tutte quelle associazioni dirette a sovvertire violentemente l'assetto costituzionale dello Stato⁵³¹, e dunque individuò nell'associazione sovversiva una figura di reato compatibile con il dato costituzionale, nonostante si avvertisse la necessità di modificare il bene giuridico tutelato: dalla personalità dello Stato all'ordinamento costituzionale⁵³².

In realtà, l'interpretazione proposta all'interno di un numero cospicuo di sentenze non sembra capace di sciogliere i tanti dubbi che da più parti sono stati sollevati in merito alla compatibilità del delitto di associazione sovversiva con il contenuto degli artt. 18, 21, 25, 27, 49 della Costituzione, dubbi che trovano ulteriore conferma dall'esame della struttura dell'art. 270 c.p. e dal confronto della norma con l'art. 270-*bis* e l'art. 305 c. p.⁵³³.

⁵³⁰ Per tutti BERNARDI-CASELLI-PERDUCA, *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 47

⁵³¹ Per la giurisprudenza si rinvia a DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, cit., pag. 1539; MARCONI G., *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 311 ss.

⁵³² PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, cit., pag. 58 ss. in cui l'Autore propone un'attenta analisi del passaggio dal bene giuridico personalità dello Stato al bene giuridico ordinamento costituzionale.

⁵³³ Particolare attenzione viene riservata alle questioni di legittimità costituzionale in GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pag. 28 ss.; PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, cit., pag. 207 ss.; PETTA, *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, cit., pag. 695 ss.

L'associazione sovversiva, infatti, viene in essere solo quando esiste « una struttura organizzata che realizzi un'entità formalmente distinta dai singoli partecipanti e che sia in concreto idonea a perseguire uno specifico programma di azioni violente, non necessariamente terroristiche, al fine di sovvertire l'ordinamento costituzionale. E' richiesto, quindi, il solo vincolo associativo riferito ad un programma indefinito di reati avente come scopo il sovvertimento e non si esige né un numero determinato di adepti, né la consistenza di mezzi idonei alla realizzazione dei fini, né un concreto pericolo per lo Stato essendo tale pericolo presunto dalle legge in via assoluta proprio per il fatto stesso della costituzione, anche se l'organizzazione può essere rudimentale »⁵³⁴.

Dunque, gli elementi necessari affinché si possa costituire l'associazione sono tre: l'accordo stabile, il programma sociale e l'organizzazione.

L'accordo stabile, inteso quale « manifestazione esteriore della volontà criminosa »⁵³⁵, è rilevante ai fini della costituzione dell'associazione sovversiva anche se stipulato « tra due sole persone »⁵³⁶, non essendo stato attribuito alcun rilievo alle dimensioni che la struttura sociale deve raggiungere per la rilevanza penale. Esso avrà ad oggetto la previsione di un programma di sovversione dello Stato e la cooperazione stabile degli associati, cui si deve aggiungere la caratteristica della idoneità, intesa come la tendenziale sopravvivenza dell'associazione alla realizzazione del programma⁵³⁷.

La ricostruzione dell'accordo in tali termini consente di esprimere seri dubbi circa la compatibilità con il principio di materialità e con quello di offensività; quest'ultimo, in particolare, non sembra assolutamente

⁵³⁴ Cass., sez. I, 2 giugno 1988

⁵³⁵ CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., pag. 115

⁵³⁶ Cass., sez. I, 4 Novembre 1987

⁵³⁷ CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., pag. 115

considerato ove si riconosce che l'accordo tra sole due persone possa essere una condotta idonea a ledere l'intero ordinamento costituzionale.

Il programma di violenza dell'associazione, invece, deve avere ad oggetto un numero indefinito di condotte violente miranti allo scopo della sovversione degli ordinamenti economici o sociali ovvero della soppressione degli ordinamenti politico e giuridico⁵³⁸. Il programma, dunque, costituisce la fusione delle idee di coloro i quali partecipano all'associazione, ed è il mezzo attraverso il quale individuiamo lo scopo della struttura associativa; quest'ultimo, a sua volta, costituirà il referente privilegiato per effettuare la valutazione di idoneità dell'associazione, pretesa dalla nuova formulazione dell'art.270 c.p.⁵³⁹

Infine, per quanto attiene al grado di organizzazione richiesto per integrare l'associazione di cui all'art. 270 c.p., nel silenzio del legislatore, la giurisprudenza precedente alla riforma riteneva sufficiente un'organizzazione rudimentale, senza che si dovesse procedere ad un'effettiva valutazione di idoneità mezzi-scopo, oggi richiesta esplicitamente dalla norma, del numero degli associati e del pericolo

⁵³⁸BERNARDI-CASELLI-PERDUCA, *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 49; CRESPI-STELLA-ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale*, V ed., cit., pag. 906; DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, II ed.,cit.,pag. 1542.;GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*,cit., pag. 26; MARCONI G., *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 312; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano vol. IV*, cit., pag. 364; PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, cit., pag. 97-200 ss. in cui l'Autore propone una classificazione dei reati a seconda che la politicità ricada sulla condotta, sull'evento o sull'elemento soggettivo; l'associazione sovversiva in applicazione di tali criteri viene qualificata come una fattispecie a soggettivizzazione politica, poiché la politicità del reato dipende dallo scopo dell'associazione.

⁵³⁹ Chiara in merito la posizione assunta dalla giurisprudenza precedente alla riforma, la quale sostiene che la norma appresta la sua tutela « contro il programma di violenza e non contro l'idea, anche se questa è collocata in un'area ideologica in contrasto con l'assetto costituzionale dello Stato. L'idea, infatti, anche se di natura eversiva, ma non accompagnata da programmi e comportamenti violenti, riceve tutela proprio da tale assetto, che ha consacrato il metodo democratico e pluralistico e che essa, contraddittoriamente mira a travolgere ».Cass. sez. I, 7 Aprile 1987

concreto che l'associazione potrebbe arrecare all'ordinamento costituzionale⁵⁴⁰.

Per quanto riguarda la fattispecie soggettiva, la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria sono concordi nel richiedere la presenza di un dolo generico consistente nella volontà di ogni singolo associato di partecipare all'associazione sovversiva⁵⁴¹. Altri, invece, ai fini della completa integrazione dell'elemento soggettivo, richiedono la necessaria presenza sia di un dolo generico, sia di un dolo specifico, individuando il primo nella « volontà cosciente e libera e nell'intenzione di commettere il fatto in sé », mentre il secondo « nel fine violentemente sovversivo, che si desume dalla scienza che l'associazione è diretta a stabilire...»⁵⁴².

In merito alla natura del reato, la dottrina dominante prima della riforma conveniva nel definire l'art. 270 c.p. reato di pericolo presunto: il legislatore ricorreva ad una presunzione di pericolosità della condotta prescindendo da qualsiasi valutazione concreta⁵⁴³.

Invero, una valutazione attenta dell'associazione sovversiva consente di individuare nella norma non una fattispecie di pericolo presunto, bensì un

⁵⁴⁰ BERNARDI-CASELLI-PERDUCA, *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 49; CRESPI-STELLA-ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale, V ed.*, cit., pag. 905; DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1543-1544; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, cit., pag. 41; GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pag. 26-27

⁵⁴¹ CRESPI-STELLA-ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale, V ed.*, cit., pag. 906; DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1542.; GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pag. 26; MARCONI G., *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 312

⁵⁴² MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano vol. IV*, cit., pag. 370

⁵⁴³ BERNARDI-CASELLI-PERDUCA, *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag.52; CRESPI-STELLA-ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale, V ed.*, pag. 906; DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1542.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, cit., pag. 40; GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pag. 27; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano vol. IV*, cit., pag. 363; PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, cit., pag. 209

reato c.d. meramente associativo⁵⁴⁴, ed in quanto tale fattispecie a c.d. consumazione anticipata. L'art. 270 c.p., infatti, « considera come delitti consumati condotte meramente preparatorie volte ad un fine criminoso, indipendentemente dal raggiungimento di tale fine »⁵⁴⁵.

Ora, l'esame della fattispecie associativa politica finora condotto non soppesce, bensì alimenta i dubbi di costituzionalità che generalmente vengono rilevati dalla gran parte della dottrina.

Innanzitutto l'art. 270 c.p., nel criminalizzare l'associazione in virtù delle idee di violenza espresse all'interno del programma sovversivo, si pone in netto contrasto rispetto ai principi che il Costituente ha espresso in tema di libertà di associazione. Dall'art. 49 Cost. l'unico limite previsto, oltre a quelli generalmente dettati dall'art. 18, è il rispetto del metodo democratico, dal quale non si può desumere l'obbligo di avere finalità democratiche, perché « nessuna interpretazione estensiva della parola “ metodo “ porterà mai ad intendere: programma »⁵⁴⁶.

A ben vedere, la criminalizzazione dell'associazione basata sulla mera valutazione del programma, inteso quale formalizzazione delle idee degli associati, non solo produce la violazione degli artt. 18 e 49 Cost., bensì comporta una macroscopica rottura della libertà di pensiero riconosciuta dall'art. 21 Cost. : ciò che il legislatore punisce effettivamente è l'idea politica dell'avversario. Risulta quindi plausibile indicare nella fattispecie associativa dell'art. 270 c.p. il corrispettivo della fattispecie monosoggettiva dell'art. 272 c.p. che criminalizzava, prima dell'opportuna abrogazione avvenuta con la l. 24-2-2006 n. 85, l'espressione del pensiero attraverso il ricorso al reato di propaganda e apologia sovversiva⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ SPAGNOLO G., *Reati associativi*, cit., pag. 2

⁵⁴⁵ CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., pag. 91 ove l'Autore rimarca l'incompatibilità tra il diritto penale del fatto e tali figure di reato.

⁵⁴⁶ PETTA, *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, cit., pag. 674

⁵⁴⁷ PETTA, *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, cit., pag. 700 ss.

Dunque, il legislatore ha incentrato la costruzione della fattispecie dell'associazione sovversiva sul concetto di programma, focalizzando la propria attenzione sul dato finalistico in contrasto con il principio di materialità, di offensività, di determinatezza/tassatività e di effettività⁵⁴⁸.

Infine, quanto finora rilevato conduce ad individuare nella formula dell'art. 270 c.p. una obsoleta reminiscenza della figura del *crimen laesae maiestatis*, poiché, ciò che si viola con la previsione di un programma politico « sovversivo » è semplicemente il dovere di fedeltà politica⁵⁴⁹.

6. La cospirazione politica mediante associazione (art. 305 c. p.).

L'art. 305 c.p. punisce chiunque promuove, costituisce, organizza, dirige un'associazione – nonché chi partecipa - composta da almeno tre persone volta a « commettere uno dei delitti, non colposi, preveduti nei capi primo e secondo di questo titolo, per i quali la legge stabilisce l'ergastolo o la reclusione »⁵⁵⁰.

⁵⁴⁸ GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pag. 28ss.; MARCONI G., *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 310 in cui l'Autore denuncia una indeterminatezza strutturale che coinvolge l'intera materia associativa politica

⁵⁴⁹ PADOVANI T., *Bene giuridico e delitti politici*, cit., pag 5; PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, cit., pag. 204 in cui l'Autore, oltre a qualificare il reato come strumento di criminalizzazione del mero dissenso, riconosce che « ciò che infatti la norma intende sanzionare è un ben determinato tipo di autore, portatore di una determinata ideologia».

⁵⁵⁰ BERNARDI-CASELLI-PERDUCA, *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 109 ss.; BRICOLA, *Cospirazione politica mediante accordo o associazione*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, pag. 121 ss.; CRESPI-STELLA-ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale*, cit., pag. 930 ss.; DE FRANCESCO G., *I reati associativi politici nel codice Rocco: nessi sistematici ed implicazioni interpretative*, cit., pag. 685 ss.; ID, *I reati di associazione politica*, cit., pag. 69 ss.; DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1649 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, cit., pag. 49 ss.; GAMBERINI, *Delitti contro la Personalità dello Stato*, in *Diritto penale lineamenti di parte speciale, II ed.*, a cura di CANESTRARI-GAMBERINI-INSOLERA-MAZZACUVA-SGUBBI-STORTONI-TAGLIARINI, Bologna, pag. 42 ss. GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine*

La tecnica normativa adottata dal legislatore nello stilare l'art. 305 c.p. consente di individuare in essa una figura speciale rispetto alla fattispecie base di reato associativo, cioè l'associazione per delinquere.⁵⁵¹ Rispetto a quest'ultima l'elemento specializzante risiede nella la natura politica del delitto scopo dell'associazione, natura di per sé idonea, secondo la legge attuale, a produrre due effetti di dubbia legittimità. Da un lato, si assiste ad un aumento del carico sanzionatorio non basato sulla maggiore offensività della condotta; dall'altro si prevede l'applicazione della fattispecie della cospirazione anche se il programma ha ad oggetto un solo reato, il che rende ancora più evidente rispetto all'art. 416⁵⁵²c. p., la deroga alla disciplina del concorso di persone, ed in particolare all'art. 115 c.p. La maggiore rigidità dell'art. 305 c. p., invero, è semplicemente l'espressione di una politica criminale che abbandona i principi cardine del diritto penale del fatto, e propende verso una criminalizzazione basata non sul dato materiale, bensì sulle idee politiche che nel programma dell'associazione trovano la loro formalizzazione.

La *ratio* del delitto di cospirazione politica mediante associazione, dunque, consiste nell'evitare che strutture associative possano creare le condizioni

costituzionale, cit., pag. 48 ss.; MARCONI G., *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 316 ss.; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano vol. IV*, cit., pag. 361 ss.; PADOVANI T., *Bene giuridico e delitti politici*, cit., pag. 3 ss.; PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, cit., pag. 193 ss.; PETTA, *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, cit., pag. 686 ss.

⁵⁵¹ BERNARDI-CASELLI-PERDUCA, *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 111; CRESPI-STELLA-ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale*, cit., pag. 930; DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1651; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, cit., pag. 49; GAMBERINI, *Delitti contro la Personalità dello Stato*, in *Diritto penale lineamenti di parte speciale, II ed.*, cit., pag. 43; GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pag. 49; PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, cit., pag. 193. Per la giurisprudenza, Cass. sez. I, 26 giugno 1981

⁵⁵² L'art. 416 c.p. indica quale uno dei presupposti necessari per la propria applicazione lo scopo di commettere più delitti, lasciando spazio alla disciplina del concorso di persone per ipotesi in cui il programma sia delimitato a singoli reati. Per un approfondimento CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., pag. 17 ss.

favorevoli per una futura realizzazione di delitti in grado di offendere i « valori peculiari della sicurezza dello Stato e della sua Costituzione »⁵⁵³. Tale preoccupazione ha indotto il legislatore a ricorrere - come consuetudine nel diritto penale politico - a fattispecie di pericolo presunto⁵⁵⁴, o, come sostenuto da autorevole dottrina, a fattispecie di pericolo indiretto⁵⁵⁵, o ancora, come altra dottrina evidenzia, a c.d. reati a consumazione anticipata⁵⁵⁶, attraverso i quali anticipare la soglia del legittimo intervento penale.

I dubbi di legittimità costituzionale, del resto, hanno prodotto un acceso dibattito in merito agli elementi necessari richiesti per la realizzazione della cospirazione. Tre sono le posizioni assunte.

Secondo un primo indirizzo giurisprudenziale, la realizzazione delle condotte tipizzate nell'art. 305 c.p. prescinde totalmente dal fattore organizzativo dell'associazione, che dunque si completa con la presenza di più associati e di un programma avente ad oggetto un delitto politico indicato nell'art. 302 c.p.⁵⁵⁷

Altri, invece, ritiene che il delitto di cui all'art. 305 c.p. ricorra allorché tre o più persone si uniscano in gruppo sulla base di un apparato organizzativo anche rudimentale, purché a carattere stabile⁵⁵⁸.

⁵⁵³ Cass., sez. I, 24 giugno 1983

⁵⁵⁴ BERNARDI-CASELLI-PERDUCA, *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 113; CRESPI-STELLA-ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale*, cit., pag. 931

⁵⁵⁵ DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1649

⁵⁵⁶ In merito CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., pag. 91; SPAGNOLO G., *Reati associativi*, cit., pag. 2

⁵⁵⁷ Per un completo riferimento alla giurisprudenza sul tema si rinvia a BERNARDI-CASELLI-PERDUCA, *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 112; DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1650

⁵⁵⁸ BRICOLA, *Cospirazione politica mediante accordo o associazione*, cit., pag. 125. Per la giurisprudenza si rinvia a BERNARDI-CASELLI-PERDUCA, *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 112; DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1650

Infine, la maggioritaria dottrina e la più recente giurisprudenza ritengono che per realizzare il reato di cospirazione sia « necessaria la costituzione di una struttura organizzativa di uomini e mezzi »⁵⁵⁹.

Il tentativo di armonizzare la fattispecie di cospirazione politica mediante associazione con il principio di offensività ricorrendo, sia in dottrina che in giurisprudenza, al fattore organizzativo non è, però, sufficiente a sopire i tanti problemi che tale fattispecie suscita.

Innanzitutto, l'accentuata indeterminatezza della norma in merito agli elementi necessari per la costituzione dell'associazione ha comportato un difetto di tassatività⁵⁶⁰. Ciò si evince dalle oscillazioni che caratterizzano gli interventi della giurisprudenza sul tema, la quale a volte riconosce la necessità dell'elemento organizzativo connotato dalla stabilità, altre volte ne disconosce il ruolo, altre volte ancora ritiene sufficiente ai fini della costituzione dell'associazione una struttura organizzativa rudimentale⁵⁶¹.

Dunque, la violazione del principio di determinatezza /tassatività comporta una deprecabile instabilità della giurisprudenza e rende manifesto il pericolo che più di ogni altro è necessario scongiurare in un sistema teleologicamente orientato ai valori costituzionali: la possibile strumentalizzazione politica⁵⁶².

⁵⁵⁹Cass. sez. I, 9 maggio 2002, n. 17662. La stessa giurisprudenza in precedenza aveva affermato che la cospirazione « s'identifica con la *societas sceleris*, avente come elemento essenziale e caratterizzante l'organizzazione della impresa criminosa, separata, come entità delittuosa, dai singoli delitti che ne formano il programma e integrante, di per se stessa, un così grave pericolo per l'ordine pubblico da essere considerata reato di per sé stante, sia che i delitti fine vengano effettivamente commessi, sia che, invece, gli stessi rimangano allo stato di progetto ». Cass. sez. I 26 giugno 1981

⁵⁶⁰MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pag. 180 e 237 ss. ; MARCONI G., *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 310

⁵⁶¹Si leggano le sentenze Cass. pen. sez. Un. 18 marzo 1970, Cass. sez. I, 24 giugno 1983; Cass. sez. I, 10 dicembre 1971; Cass. sez. I, 27 ottobre 1988, Cass. sez. I, 9 maggio 2002

⁵⁶²GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pag. 49

Ancora. Problemi sorgono ove si valuti il rapporto tra la fattispecie di cospirazione (art. 305 c.p.) e la figura dell'associazione sovversiva (art. 270 c. p.). Diversi sono gli spunti proposti da dottrina e giurisprudenza; secondo un primo orientamento, essendo l'art. 305 c.p. qualificabile come un reato mezzo rispetto all'art. 270 c. p., quest'ultimo dovrebbe essere connotato da una struttura organizzativa più complessa e maggiormente idonea a realizzare il reato di sovversione. Ciò comporterebbe l'esclusione della organizzazione dagli elementi strutturali del 305 c. p., e dunque una sua incostituzionalità palese, poiché esso inciderebbe su un'associazione con un programma delittuoso senza valutazione della struttura: semplicemente una criminalizzazione dell'idea⁵⁶³.

Se, invece, si richiedesse un maggior grado di organizzazione ai fini della realizzazione della fattispecie di cospirazione, bisognerebbe esigere, di conseguenza, un ulteriore grado anche per l'art. 270 c. p.; ma, così facendo, andremmo a neutralizzare la *ratio* stessa del reato di associazione sovversiva⁵⁶⁴.

In realtà, il reato di cui all'art. 305 c.p. non può costituire reato mezzo rispetto alla fattispecie di cui all'art. 270 c. p., in quanto le sanzioni in essa

⁵⁶³Sembra riproponibile il parallelo proposto tra artt. 270 e 272 c.p. tra artt. 305 e 272 c.p. PETTA, *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, cit., pag. 686 ss.

⁵⁶⁴In merito alla differenza che intercorre tra le fattispecie di reato previste negli artt. 270 c.p. e 305 c.p. interessante riportare quanto affermato dalla giurisprudenza nella Sent. Ass. Torino, 29 luglio 1981 « in entrambi i reati l'elemento oggettivo consiste nel promuovere costituire, organizzare, partecipare ad un'associazione, la quale – nella prima ipotesi delittuosa – è diretta all'attuazione di un programma di violenza politica, mentre nella seconda è mezzo per compiere uno o più delitti indicati dall'art. 302 c. p.....Il diverso trattamento sanzionatorio trova quindi spiegazione nel pericolo più immediato insito nella cospirazione mediante associazione, in quanto specificatamente diretta a commettere uno o più gravi delitti, mentre, l'associazione sovversiva presenta un pericolo più remoto essendo genericamente finalizzata alla sovversione violenta dell'ordinamento statale ».

previste sono inspiegabilmente maggiori, ma non solo⁵⁶⁵. Qualora volessimo ancorare entrambe le norme al principio di offensività, porremmo il giudice nell'esercizio delle proprie funzioni innanzi alla "imbarazzante" possibilità di scegliere quale tra le due norme applicare, in quanto sostanzialmente medesima è la condotta tipizzata⁵⁶⁶.

Infine, l'art. 305 c.p. ha costituito oggetto di sindacato di costituzionalità in merito alla presunta violazione dell'art. 3 Cost. poiché incomprendibili risultavano le diverse sanzioni previste nell'art. 416 c.p. e nell'art. 305 c.p. ma la Corte ha respinto l'eccezione trincerandosi dietro il consueto assunto secondo cui « la valutazione in ordine alla congruenza delle pene appartiene alla discrezionalità del legislatore, e non è sindacabile se non per manifesta irragionevolezza »⁵⁶⁷.

Ebbene, la violazione del principio di determinatezza/tassatività, del principio di offensività, del principio di proporzionalità ed eguaglianza e del principio di materialità fanno sì che il reato di cospirazione politica mediante associazione risulti « lo strumento più acconcio ad anticipare la punibilità delle condotte eversive per colpirle nelle loro prime manifestazioni »⁵⁶⁸. L'art. 305 c. p., dunque, è stato inserito nel nostro codice per criminalizzare il « pericolo del pericolo »⁵⁶⁹, senza che vi sia stata alcuna

⁵⁶⁵DE FRANCESCO G., *I reati associativi politici nel codice Rocco: nessi sistematici ed implicazioni interpretative*, cit., pag. 685.; ID, *I reati di associazione politica*, cit., pag. 69

⁵⁶⁶MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pag. 180 in cui l'Autore in merito alla c.d. « doppia o plurima tipicità » afferma: « Si pensi, ad esempio, in tema di delitti contro la personalità dello Stato, alle ipotesi di cui agli artt. 270 c. p., associazione sovversiva, 270-bis c. p., associazione con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico, 305 c.p., cospirazione politica mediante associazione e 306 c. p., banda armata ».

⁵⁶⁷Corte cost. 18 luglio 1973; BERNARDI-CASELLI-PERDUCA, *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 115.; DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1652; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, cit., pag. 49.; GAMBERINI, *Delitti contro la Personalità dello Stato*, in *Diritto penale lineamenti di parte speciale, II ed.*, cit., pag. 43

⁵⁶⁸MARCONI G., *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 319

⁵⁶⁹MARCONI G., *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 319

seria valutazione, da parte del legislatore dell'esigenza di *extrema ratio* che dovrebbe invece tenersi presente in un sistema penale ancorato ai valori costituzionali⁵⁷⁰.

7. La banda armata (art. 306 c.p.).

L'art. 306 c.p. recita: « Quando, per commettere uno dei delitti indicati nell'articolo 302, si forma una banda armata, coloro i quali la promuovono o la costituiscono od organizzano, soggiacciono, per ciò solo, alla pena della reclusione da cinque a quindici anni. Per il solo fatto di partecipare alla banda armata, la pena della reclusione è da tre a nove anni. I capi o i sovventori della banda armata soggiacciono alla stessa pena stabilita per i promotori »⁵⁷¹.

Il reato di banda armata avrebbe dovuto costituire la norma di chiusura dell'intricata materia del diritto penale associativo politico, compresa nel libro II titolo I del codice penale e finalizzata alla tutela della personalità dello Stato. Invero, essa ha assunto, a partire dagli anni settanta, un ruolo centrale nel controllo penalistico della criminalità politica che ha prodotto

⁵⁷⁰Disastrose sono le conseguenze di un tale stato di cose sotto ogni profilo della funzione della pena: impossibile sia la prevenzione generale sia la prevenzione speciale in entrambi i loro aspetti. Sul punto si rinvia a MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, cit., pag. 180 ss.

⁵⁷¹BERNARDI-CASELLI-PERDUCA, *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 115ss.; BOScareLLI, *Banda armata*, voce in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959 pag. 35 ss.; CRESPI-STELLA-ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale*, cit., pag. 931 ss.; DE FRANCESCO G., *I reati associativi politici nel codice Rocco: nessi sistematici ed implicazioni interpretative*, cit., pag. 685 ss.; ID, *I reati di associazione politica*, cit., pag. 699 ss.; DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1652; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, cit., pag. 51 ss.; GAMBERINI, *Delitti contro la Personalità dello Stato*, in *Diritto penale lineamenti di parte speciale, II ed*, cit., pag. 44; GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pag. 52 ss.; MARCONI G., *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 320 ss.; PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, cit., pag. 193 ss.; RONCO, *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988, pag. 1 ss.

una sua “super utilizzazione” con conseguente perdita dell’originaria funzione sistematica attribuitagli⁵⁷².

I numerosi interventi della giurisprudenza e la particolare attenzione manifestata dalla dottrina non sono, però, riusciti a sciogliere gli innumerevoli dubbi relativi alla fattispecie della banda armata, che trovano fonte nella accentuata indeterminatezza normativa che investe l’intera struttura della norma⁵⁷³.

Gli elementi necessari per la costituzione della banda armata sono pacificamente individuati nell’accordo, nel programma delittuoso, nell’organizzazione e nel possesso di armi⁵⁷⁴.

In merito al numero di persone richiesto per l’esistenza dell’accordo, in dottrina ed in giurisprudenza si affacciano tre diverse tesi. Secondo la prima, sono sufficienti due soli soggetti, « poiché rispetto alla nozione generica di associazione, quella di banda armata non si specifica rispetto al numero dei membri, ma solo rispetto alla illiceità dello scopo ad essi comune »⁵⁷⁵. La seconda, individuando nell’art. 306 c.p. una specificazione della generica figura dell’associazione per delinquere prevista nell’art. 416

⁵⁷²DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1653

⁵⁷³DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1652; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, cit., pag. 51 ss.; GAMBERINI, *Delitti contro la Personalità dello Stato*, in *Diritto penale lineamenti di parte speciale, II ed.*, cit., pag. 44; GALLO-MUSCO, *Delitti contro l’ordine costituzionale*, cit., pag. 52 ss.; MARCONI G., *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 320 ss

⁵⁷⁴BERNARDI-CASELLI-PERDUCA, *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 117 ss.; BOSCARELLI, *Banda armata*, cit., pag. 35 ss.; CRESPI-STELLA-ZUCCALA’, *Commentario breve al codice penale*, cit., pag. 932 ss.; DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1657; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, cit., pag. 53 ss.; GAMBERINI, *Delitti contro la Personalità dello Stato*, in *Diritto penale lineamenti di parte speciale, II ed.*, cit., pag. 44; GALLO-MUSCO, *Delitti contro l’ordine costituzionale*, cit., pag. 56 ss.; MARCONI G., *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 320 ss.; RONCO, cit., pag. 1 ss.

⁵⁷⁵BOSCARELLI, *Banda armata*, cit., pag. 36

c. p., esige l'attivazione di almeno tre soggetti⁵⁷⁶. Infine, ed è questa la posizione condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalente, la questione andrebbe risolta attraverso un giudizio ancorato non al solo concetto di banda, bensì anche agli altri elementi che la norma annovera⁵⁷⁷. Il programma delittuoso deve avere ad oggetto la realizzazione dei reati contro la personalità dello Stato indicati nell'art. 302 del c.p. e deve essere supportato da una struttura organizzativa le cui caratteristiche costituiscono spunto di un corposo dibattito. La dottrina e la giurisprudenza convergono nell'indicare nel possesso delle armi uno dei requisiti specializzanti la banda armata rispetto alle figure di reato previste negli artt. 270, 270-*bis*, 305, 416 c.p.: esso, in definitiva, « trasforma il vincolo associativo in dato di struttura coesistente del reato »⁵⁷⁸. Si richiede, così, una struttura organizzativa in grado di qualificare un gruppo come banda, al cui interno sussista un vincolo tra i componenti non generico o vago, ma intenso, tanto da creare una forte adesione ed un'unità di propositi⁵⁷⁹. Invece, divergenze sussistono, come si è in precedenza accennato, in merito alla individuazione delle caratteristiche che l'organizzazione deve possedere per rilevare come elemento costitutivo della banda. Un primo orientamento ritiene necessario che la struttura presenti le peculiarità della gerarchia militare, con conseguente ripartizione dei ruoli e funzioni e con una disciplina di carattere permanente⁵⁸⁰. Secondo un'impostazione « moderna »⁵⁸¹ si ritiene

⁵⁷⁶DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1656

⁵⁷⁷DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1657; GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pag. 57; RONCO, cit., pag. 1. Per la giurisprudenza, Cass. pen. sez. I, 28-4-1983

⁵⁷⁸GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pag. 57

⁵⁷⁹CRESPI-STELLA-ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale*, cit., pag. 932 secondo gli Autori uno degli elementi che contraddistingue la banda rispetto all'associazione è l'intensità del vincolo.

⁵⁸⁰FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, cit., pag. 55; GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pag. 57; MARCONI G., *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 324

sufficiente ad integrare l'organizzazione ora un vincolo di puro collegamento a carattere permanente, idoneo a raggiungere il fine , ora una struttura rudimentale, ora una struttura organizzativa con gerarchia piramidale⁵⁸².

Infine, l'ultimo elemento necessario ai fini della costituzione della banda armata è il possesso delle armi, le quali devono costituire i « mezzi idonei (per ubicazione, per quantità, per qualità, per modalità d'impiego, per la disponibilità da parte dei singoli aderenti) al perseguimento dello scopo »⁵⁸³. Non risultano unitarie le considerazioni svolte in merito alla modalità in cui il possesso delle armi deve essere esercitato; ci si chiede, cioè, se sia necessario che le armi siano nel materiale possesso degli associati o se sia sufficiente ai fini dell'integrazione del reato una la loro “semplice” disponibilità. La dottrina maggioritaria, abbandonando la posizione assunta da una cospicua parte della giurisprudenza, riconosce proprio nella “semplice” disponibilità, intesa quale concreta possibilità di utilizzare le armi da parte degli associati, la caratteristica necessaria per la costituzione di una banda armata⁵⁸⁴.

⁵⁸¹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, cit., pag. 55

⁵⁸² Per un esame completo del concetto di organizzazione nella banda armata si rinvia a MARCONI G., *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 321ss.

⁵⁸³ BERNARDI-CASELLI-PERDUCA, *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag.118

⁵⁸⁴ Sul punto si veda BERNARDI-CASELLI-PERDUCA, *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 118 ; BOScareLLI, *Banda armata*, voce in *Enc. dir.* pag. 35 ; CRESPI-STELLA-ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale*, cit., pag. 932-933 ; DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1658; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, cit., pag. 54; GAMBERINI, *Delitti contro la Personalità dello Stato*, in *Diritto penale lineamenti di parte speciale, II ed*, cit., pag. 44; MARCONI G., *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 327; RONCO, cit., pag. 1 il quale parla di « attingibilità ». In senso parzialmente difforme GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pag. 59 in cui gli Autori sostengono: « senza la distribuzione delle armi ai singoli componenti, infatti, non si può dire esistente un organismo armato in grado di attentare alla personalità dello Stato ».

Ma, a ben vedere, la coesistenza degli elementi strutturali finora esaminati non sembra soddisfare chi, ai fini della realizzazione del reato previsto ai sensi dell'art. 306 c. p., richiede una valutazione di idoneità rispetto allo scopo basata sul grado di organizzazione, sul numero degli associati, sulla qualità e la quantità di armi e sulla concreta capacità di utilizzo delle stesse⁵⁸⁵. Opportunamente, nel tentativo di armonizzare la norma in esame con i principi costituzionali del diritto penale, si ritiene che in presenza di una struttura inadeguata venga meno uno degli elementi strutturali del reato: la tipicità del fatto.⁵⁸⁶

Ad aumentare le perplessità già annoverate contribuisce il dato secondo cui per la realizzazione del reato non è assolutamente richiesto l'inizio dell'esecuzione dei fatti programmati, essendo sufficiente la semplice formazione della banda.

Gli echi di tale impostazione hanno acceso un vivace dibattito in merito sia alla natura del reato, sia alla configurabilità del tentativo.

Con riferimento al primo dubbio, vengono proposte tre diverse tesi. Secondo la prima il reato di banda armata è un reato di pericolo astratto, poiché non è presente alcun riferimento né alla idoneità, né al pericolo concreto per lo Stato, che viene presunto *juris et de jure*⁵⁸⁷. Altri individuano nell'art. 306 c.p. un reato di pericolo concreto poiché è attribuito al giudice in sede applicativa il ruolo fondamentale di valutare di volta in volta se la

⁵⁸⁵ DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1657. *Contra* RONCO, cit., pag. 1 secondo l'Autore « la banda armata è formata soltanto dal momento della esistenza di una struttura tale che la renda *non assolutamente inadonea* al perseguimento dello scopo ».

⁵⁸⁶ DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1657. Diversa la posizione assunta dalla giurisprudenza, la quale ritiene che l'inadeguatezza non incida assolutamente sull'esistenza della banda, bensì induca all'applicazione dell'attenuante prevista nell'art. 311 c.p.; sul punto CRESPI-STELLA-ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale*, cit., pag. 933

⁵⁸⁷ Per un completo esame della giurisprudenza sul tema si rinvia a DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1655; BERNARDI-CASELLI-PERDUCA, *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 136

banda in esame sia o meno in grado di ledere la personalità dello Stato⁵⁸⁸. Altri ancora, infine, intravedono un reato di pericolo indiretto⁵⁸⁹.

Ebbene, anche in questa ipotesi – come si è già rilevato per le altre fattispecie associative - è possibile disattendere le posizioni finora enunciate e individuare nell'art. 306 c.p. un reato c.d. a consumazione anticipata, i cui problemi di compatibilità con i principi del diritto penale del fatto sono già stati già oggetto della nostra attenzione⁵⁹⁰.

In merito alla configurabilità del tentativo, la dottrina dominante assume una posizione favorevole solo per le condotte di formazione della banda (costituzione, promozione, organizzazione, sovvenzione e ed direzione) escludendone, salvo un'inedita sentenza⁵⁹¹, l'applicabilità per la sola condotta di partecipazione⁵⁹². Diversamente, ove si consideri che il reato si contraddistingue per un'eccessiva anticipazione dell'intervento penale, appare opportuno convenire con chi esclude l'applicabilità della disciplina del tentativo, in quanto si finirebbe con il punire il pericolo del pericolo⁵⁹³.

Ora, il veloce esame della fattispecie effettuato consente di sollevare alcune perplessità in ordine alla compatibilità fra il reato di banda armata e i principi costituzionali.

Innanzitutto, la mancanza di un esplicito riferimento al numero minimo degli associati, ed in particolare il silenzio sul concetto di banda armata,

⁵⁸⁸BOSCARELLI, *Banda armata*, cit., pag. 36; CRESPI-STELLA-ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale*, cit., pag. 931; DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1655

⁵⁸⁹CRESPI-STELLA-ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale*, cit., pag. 937, MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano vol. IV*, cit., pag. 727

⁵⁹⁰Si rinvia a CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., pag. 91

⁵⁹¹In merito alla possibile configurabilità del tentativo di partecipazione è da annotare l'isolata sentenza riproposta da BERNARDI-CASELLI-PERDUCA, *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 136

⁵⁹²DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1663; RONCO, cit., pag.

⁵⁹³FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, cit., pag. 57

palesano un intenso *deficit* di determinatezza con conseguente violazione dell'art. 25 co. 2-3 della Carta costituzionale⁵⁹⁴. Un tale contesto vincola il giudice ad effettuare un'arbitraria operazione di creazione normativa durante il procedimento di sussunzione nel tentativo di colmare le maglie eccessivamente larghe proposte dal legislatore. Si pongono così le basi per una lesione del principio di determinatezza/tassatività con effetti negativi anche sul principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) e sulla funzione della pena (art. 27 III comma Cost.)⁵⁹⁵.

Ancora, il mancato riconoscimento dell'idoneità quale requisito necessario ai fini della realizzazione del reato di banda armata alimenta seri dubbi circa l'attenzione nutrita dal legislatore verso il principio di offensività, il principio di materialità ed il basilare principio di *extrema ratio*.

Inoltre, l'opportunità di una completa rivisitazione dell'intera materia del diritto penale associativo politico emerge se si effettua un esame del rapporto che si instaura tra le varie fattispecie associative.

Per quanto concerne la relazione tra il reato di cospirazione politica mediante associazione (art. 305 c.p.) e quello di banda armata (art. 306 c.p.) si è generalmente osservato che essi sono sovrapponibili quanto a finalità – commettere un reato previsto nell'art. 302 c.p. -, ma si differenziano da un lato per la diversa componente numerica richiesta ai fini della realizzazione del reato e dall'altro per la presenza dell'armamento, necessaria solo in rapporto alla banda armata⁵⁹⁶. Non manca chi individua la differenza nella « diversa combinazione di questi elementi, la quale consente

⁵⁹⁴DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1671

⁵⁹⁵Per un esame completo del principio di determinatezza/tassatività e degli effetti negativi che comporta una sua violazione sull'intero sistema penale si rinvia a MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta' ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, pag. 11 ss.

⁵⁹⁶BERNARDI-CASELLI-PERDUCA, *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 123; DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1667; RONCO, cit., pag. 4.

di disporre di una forza specialmente organizzata, eppertanto di elevata capacità organizzativa »⁵⁹⁷.

A ben vedere, se si ritiene che la differenza risieda nel numero di persone e nell'armamento si giunge a dei risultati imbarazzanti. In merito al primo profilo, asserire che sia rilevante sotto il profilo penalistico una banda armata composta anche da sole due persone, prescindendo da qualsiasi valutazione di capacità nell'uso delle armi in possesso, svolge la sola funzione di legittimare l'intervento penale basandolo su una vera e propria finzione giuridica di pericolosità. Dunque, l'art. 306 c.p. consente di estendere la tutela rispetto all'art. 305 c.p. per il cui intervento è richiesta almeno la presenza di tre persone.

Dall'altra parte, ove si creda che l'elemento di distinzione risieda nel possesso delle armi, si deve ritenere che l'art. 305 c.p. punisca un'associazione prescindendo da una qualsivoglia valutazione di pericolosità, in quanto essa viene considerata idonea alla realizzazione dei reati contro la personalità dello Stato senza che abbia alcuno strumento idoneo al conseguimento del proprio fine.

Dunque, tramite l'intreccio tra le fattispecie previste ai sensi degli artt. 305 e 306 c.p. il legislatore ha compiuto un'opera di criminalizzazione capillare del "dissidente" politico grazie ad un intervento diretto su ogni tipologia di associazione ipotizzabile.

⁵⁹⁷MARCONI G., *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 331. *Contra* DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica*, cit., pag. 700 in cui l'Autore qualifica il rapporto tra l'art. 305 e 306 c.p. come « rapporto di specialità bilaterale » qualora si ritenga che la banda armata non esiga il numero minimo di tre persone. In questo caso, « la norma dell'art. 305 c.p. è speciale perché appunto richiede il concorso di almeno tre persone, mentre l'art. 306 c.p. è speciale richiedendo che l'associazione sia armata. Concorrendo i requisiti di entrambe le norme – che appaiono del tutto equivalenti quanto al numero di elementi speciali – si può allora ricorrere come da più parti si sostiene all'indice di prevalenza della gravità della sanzione, e quindi ritenere in concreto applicabile la disposizione della banda armata ».

Ma i problemi si acquiscono ancora ove si esamini il rapporto tra il reato di banda armata (art. 306 c.p.) e quello di associazione sovversiva (art. 270 c.p.). La giurisprudenza di legittimità non nutre dubbi nell'affermare che tra le due norme si instaura un rapporto di mezzo (la banda) a fine (l'associazione sovversiva) essendo, così, configurabile un concorso formale di reati⁵⁹⁸. La suprema Corte distingue le due figure anche sotto il profilo psicologico, poiché essa afferma: « Nella figura delittuosa di cui all'art. 270 c.p.risultano essenziali il fine e la volontà di realizzare violentemente un certo programma politico di per sé anche non costituente reato, mentre manca il fine di commettere un delitto contro la personalità dello stato »⁵⁹⁹. In relazione a quest'ultima considerazione sorge spontaneo chiedersi: come si può sovvertire violentemente gli ordinamenti economici o sociali costituiti nello stato o sopprimere violentemente l'ordinamento politico e giuridico dello stato senza ricorrere alla realizzazione di reati che ledano la personalità dello Stato?

Ebbene, se si conviene con l'ipostazione giurisprudenziale si è obbligati a riconoscere l'esistenza di un reato-mezzo dotato di una pericolosità maggiore rispetto al reato-fine giungendo a considerare come reato un'associazione che ha il fine di costituire un'associazione⁶⁰⁰.

Ora, « non è chi non veda come tra associazione sovversiva e banda armata esiste molto più che un rapporto di parziale identità, e come, al di là della continenza strutturale, tra le due fattispecie possa sicuramente operarsi un accentramento di valutazione, proprio perché il disvalore criminoso dell'un delitto si esaurisce in quello preminente dell'altro. Sicché è lecito

⁵⁹⁸Per una completa disamina della giurisprudenza si rinvia a BERNARDI-CASELLI-PERDUCA, *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 123 ss.; DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1668

⁵⁹⁹Cass. sez. I, 14 ottobre 1988

⁶⁰⁰DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1668; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, cit., pag. 56; GAMBERINI, *Delitti contro la Personalità dello Stato*, in *Diritto penale lineamenti di parte speciale, II ed.*, cit., pag. 45 ; RONCO, cit., pag. 4

assumere che la norma dell'art. 306 c.p. comprende in sé l'altra (dell'art. 270 c.p.) che la esaurisce, in quanto ne reca implicito il valore normativo secondo una ragione funzionale che emerge dalla valutazione, pur senza riflettersi in strutture che realizzino una perfetta copertura »⁶⁰¹.

8. L'associazione con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico (art. 270-*bis* c.p.).

L'art. 3, d.l. 15 dicembre 1979, n. 625, convertito con modifiche dalla l. 6 febbraio 1980, n. 15 ha arricchito il panorama del già complesso sistema delle fattispecie associative politiche con la previsione dell'art. 270-*bis* c. p., rubricato « Associazioni con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico »⁶⁰².

⁶⁰¹MARCONI G., *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 339

⁶⁰² In argomento, cfr., BERNARDI-CASELLI-PERDUCA, *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 56 ss; CRESPI-STELLA-ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale*, cit., pag. 1085ss; DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, II ed., cit., pag. 1948 ss; FALCINELLI, *Terrorismo (profili sostanziali)*, voce in *Disc. Pen., aggiornamento*, Torino, 2005, pag. 1604 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale Parte speciale*, cit., pag. 42 ss; GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pag. 35 ss; GAMBERINI, *Delitti contro la Personalità dello Stato*, in *Diritto penale Lineamenti di parte speciale*, II ed, cit., pag. 40 ss; INSOLERA, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, in *Dir. pen. proc.* 2004, pag. 1325 ss; ID, *Terrorismo internazionale tra delitto politico e diritto penale del nemico*, in *Dir. per. proc.* 2006, pag. 895 ss; LAUDI, *Terrorismo (diritto interno)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, pag. 355 ss.; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano vol. IV*, cit., pag. 375 ss.; MARCONI G., *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 320 ss; MOROSINI, *Continuità e novità della giurisprudenza in tema di terrorismo*, in *Quest. Giust.* 2006, pag. 687 ss.; PANAGIA, *Il delitto politico nel sistema penale italiano*, Padova, 1980, pag. 191 ss.; PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, cit. , pag. 226 ss.; SALVINI, *L'associazione finalizzata al terrorismo internazionale: problemi di definizione e prova della finalità terroristica*, in *Cass. pen.*, 2006, pag. 3366 ss.

Il legislatore repubblicano, ripercorrendo i « soliti e collaudati binari utilizzati dal legislatore fascista »⁶⁰³, aveva inserito la nuova figura di reato per fronteggiare il fenomeno terroristico che imperversava durante la fine degli anni '70 e gli inizi degli anni '80 nel nostro territorio⁶⁰⁴. A tal fine, nel convertire il decreto legge, il Parlamento non aveva mutato la propria politica criminale, anzi, aveva contribuito al lento, ma imperturbabile processo di soggettivizzazione delle fattispecie del diritto penale politico, mascherando la portata simbolica della norma dietro una forte necessità di ristabilimento della “ normalità “ nel Paese⁶⁰⁵.

L'art. 270-*bis* c.p. prevedeva: « Chiunque promuove, costituisce, organizza o dirige associazioni che si propongono il compimento di atti di violenza con fini di eversione dell'ordine democratico è punito con la reclusione da sette a quindici anni. Chiunque partecipa a tali associazioni è punito con la reclusione da quattro a otto anni »⁶⁰⁶.

⁶⁰³GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pag. 36

⁶⁰⁴DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, II ed., cit., pag. 1949

⁶⁰⁵GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pag. 37; PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, cit., pag. 226- 246 ss.; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pag. 250; ID, voce *Ordine pubblico(disposizioni a tutela del)*, cit., pag. 8 ss. in cui l'Autore evidenzia come l'ottica intimidativo-repressiva è un tratto caratterizzante la legislazione dell'emergenza, che privilegia la funzione di prevenzione generale esclusivamente nella prospettiva negativa, trascurando invece le potenzialità positive della prevenzione generale integratrice, rispetto alla quale l'inasprimento dei livelli sanzionatori oltre i limiti di un corretto rapporto di proporzione tra fatti e sanzione risulta del tutto inefficace.

⁶⁰⁶ Cfr. BERNARDI-CASELLI-PERDUCA, *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 56 ss; GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pag. 35 ss; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano vol. IV*, cit., pag. 375 ss.; PANAGIA, *Il delitto politico nel sistema penale italiano*, Padova, 1980, pag. 191 ss.; PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, cit., pag. 226 ss.

Fin dall'introduzione della norma nel sistema penale, la dottrina ha rilevato un insieme di problematiche relative all'interpretazione ed al rapporto tra la nuova fattispecie e le altre fattispecie associative politiche⁶⁰⁷.

Innanzitutto, si è rimarcata la discrasia esistente tra la rubrica ed il testo dell'art. 270-*bis* c. p.: mentre la rubrica faceva riferimento sia a finalità di terrorismo che di eversione dell'ordine democratico, nel testo della norma il compimento degli atti di violenza era previsto solo con riferimento alla finalità di eversione. Ciò ha indotto la gran parte della dottrina ad escludere dall'ambito di operatività della fattispecie le associazioni con la sola finalità di terrorismo, ritenendo applicabile a quest'ultima l'art. 416 c.p. con circostanza aggravante della finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico (art. 1 d.l. 15 dicembre 1979, n. 625, convertito con modifiche dalla l. 6 febbraio 1980, n. 15)⁶⁰⁸.

Altri problemi suscitava il coordinamento del nuovo reato con le altre fattispecie, in particolare con gli artt. 305 e 270 c. p.

In merito al rapporto con la cospirazione politica mediante associazione, la dottrina prevalente rinviene la differenza nell'oggetto del programma, che nell'ipotesi di cui all'art. 305 è individuato nei delitti contro la personalità dello stato, mentre nel 270-*bis* si effettua un rinvio a generici atti di violenza. In realtà si profila il rischio di una palese violazione del principio fondamentale del *ne bis in idem*, dal momento che ad un'omogeneità

⁶⁰⁷ DE FRANCESCO G., *I reati associativi politici nel codice Rocco: nessi sistematici ed implicazioni interpretative*, cit., pag. 685 ss.; GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pag. 37; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano vol. IV*, cit., pag. 375 ss.; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pag. 250 ss.; PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, cit., pag. 226- 246 ss.

⁶⁰⁸ Per l'applicabilità del reato di associazione per delinquere con finalità di terrorismo alle associazioni aventi esclusivamente lo scopo di espandere il terrore GAMBERINI, *Delitti contro la Personalità dello Stato*, in *Diritto penale lineamenti di parte speciale, II ed*, cit., pag. 40; SALVINI, *L'associazione finalizzata al terrorismo internazionale: problemi di definizione e prova della finalità terroristica*, cit., pag. 3368 ss.

sostanziale sul piano dell'offesa fa riscontro una molteplicità di fattispecie applicabili.

Ancora più problematica la relazione che si instaurava tra l'art. 270-*bis* c.p. e il 270 c.p. nel testo precedente alla riforma⁶⁰⁹. Ove, infatti, si fossero riconosciuti quale fattori caratterizzanti dell'art. 270-*bis* gli atti di violenza, si sarebbe aperto implicitamente uno spazio per la palese incostituzionalità dell'art. 270 c.p. (art. 18 e 21 Cost). Quest'ultimo, infatti, avrebbe trovato applicazione prescindendo dai criteri di idoneità e di violenza (riferiti al solo 270-*bis* c. p.), ed in quanto tale avrebbe comportato la criminalizzazione del mero dissenso politico. Ove, invece, si fosse voluta evitare la deriva di incostituzionalità dell'associazione sovversiva, si sarebbe dovuta richiedere, nel rispetto del principio di offensività, una sua maggiore idoneità lesiva, conducendo così ad una totale omogeneità tra i due reati previsti dal codice, omogeneità che rende palese l'esclusiva finalità simbolica per la quale la nuova norma era stata inserita⁶¹⁰.

La vecchia formulazione della fattispecie in esame ha subito nel tempo un insieme d'interventi diretti o indiretti, attraverso i quali si è tentato di risolvere le complesse problematiche sinteticamente esposte.

⁶⁰⁹ Per un approfondimento sul complesso rapporto intercorrente tra la vecchia formulazione dell'art. 270-*bis* e l'art. 270 c.p. si rinvia a BERNARDI-CASELLI-PERDUCA, *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 56 ss; DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1948 ss; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, cit., pag. 45 ss; GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pag. 35 ss; GAMBERINI, *Delitti contro la Personalità dello Stato*, in *Diritto penale lineamenti di parte speciale, II ed.*, cit., pag. 40 ss; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano vol. IV*, cit., pag. 375 ss; PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, cit., pag. 246 ss.

⁶¹⁰ Riconoscono una totale identità tra le fattispecie PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, cit., pag. 237 il quale sostiene che « la nuova fattispecie associativa finisce ugualmente per sovrapporsi al delitto previsto dall'art. 270 c. p., nella interpretazione costituzionalmente orientata alla quale pervenuta una parte della dottrina ». Anche MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pag. 240

Con il primo intervento, realizzatosi con l'art. 11, l. 29 maggio 1982, n. 304, il legislatore ha posto fine alla difficile individuazione del bene giuridico tutelato, precisando che per ordine democratico deve intendersi l'ordinamento costituzionale. Quest'ultimo è l'insieme dei principi fondamentali che nella Carta costituzionale servono a definire la natura e la struttura dello stato, non sembrando accoglibile la tesi di chi limita il concetto di ordine democratico ai principi fondamentali ed inderogabili della Costituzione⁶¹¹.

Il legislatore, in un secondo momento, sulla spinta della diffusa sensazione di insicurezza collettiva generata dalla strage dell'11 settembre 2001, ed in ossequio agli impegni internazionali assunti, ha riscritto integralmente l'art 270-*bis* c. p., il quale ora recita: « Chiunque promuove, costituisce, organizza, dirige o finanzia associazioni che si propongono il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico è punito con la reclusione da sette a quindici anni. Chiunque partecipa a tali associazioni è punito con la reclusione da cinque a dieci anni. Ai fini della legge penale, la finalità di terrorismo ricorre anche quando gli atti di violenza sono rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale. Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego »⁶¹².

La nuova formulazione ha il pregio di porre fine alla precedente discrasia fra testo e rubrica, eliminando così i dubbi sul rapporto tra la finalità di eversione e la finalità di terrorismo, di cui si riconosce la piena autonomia.

⁶¹¹ GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pag. 42

⁶¹² La novella ha a) aggravato il carico sanzionatorio nei confronti sia del semplice partecipe sia degli altri soggetti; b) ha previsto la nuova figura del finanziatore; c) ha inserito un riferimento al terrorismo anche internazionale di cui ha specificato i limiti di applicazione nel comma III; d) ha previsto la confisca obbligatoria nei casi esplicitamente previsti dal comma IV

Essa inoltre amplia l'ambito di applicazione della fattispecie, consentendo di punire: a) l'associazione che si propone azioni propriamente terroristiche aventi come obbiettivo esclusivo lo stato italiano; b) l'associazione che, indipendentemente dall'uso di metodi terroristici, si propone di scardinare con violenza l'ordinamento costituzionale e democratico dello stato; c) le associazioni che si propongono azioni terroristiche aventi come obbiettivo anche stati esteri intesi come il territorio o e le articolazioni istituzionali degli stessi oppure istituzioni o organismi internazionali.

Rimangono, dunque, escluse le associazioni che si propongono la sovversione dell'ordinamento costituzionale di uno stato estero ove non ricorrano a strumenti terroristici, salvo la punibilità ad altro titolo, eventualmente *ex art.* 416 c.p. E' questo quanto emerge dall'*art. 270-bis co. III c. p.*, il quale estende agli stati esteri la tutela dalla finalità di terrorismo, ma non dalla finalità eversiva; ciò trova la sua *ratio* nell'impossibilità o meglio ancora nell'inopportunità per il giudice italiano di ergersi a giudice della democraticità degli stati terzi⁶¹³. Sembrerebbero, inoltre, chiariti i problemi concernenti l'individuazione dei beni giuridici tutelati dalla norma: quando si fa riferimento alla finalità di eversione il bene tutelato sarebbe l'ordinamento costituzionale; diversamente in relazione alle finalità di terrorismo l'oggetto della tutela sarebbe l'ordine pubblico⁶¹⁴.

Infine, risulta facilitata la ricostruzione dei rapporti tra l'*art. 270 c.p.* e il *270-bis c. p.*, in quanto quest'ultimo amplia il proprio ambito di riferimento, lasciando spazio ad un ritorno dei criteri d'idoneità e violenza anche ai fini della ricostruzione dell'associazione sovversiva, in rapporto a cui sembrano così, apparentemente, risolversi i problemi di legittimità costituzionale.

⁶¹³ SALVINI, *L'associazione finalizzata al terrorismo internazionale: problemi di definizione e prova della finalità terroristica*, cit., pag. 3368

⁶¹⁴ CRESPI-STELLA-ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale*, cit., pag. 1086
DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1950

Un ultimo intervento “ indiretto “, è stato apportato con d.l. 27 luglio 2005, n. 144, convertito con modificazioni dalla l. 31 luglio 2005, n. 155⁶¹⁵, che prevede le nuove figure di reato di arruolamento e addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale, nonché l’inserimento del 270-*sexies* c. p.. Quest’ultimo contiene la definizione delle condotte con finalità di terrorismo che, come vedremo di qui a poco, producono numerosi effetti sulla applicazione dell’art 270-*bis* c.p.

Per quanto concerne la struttura necessaria richiesta per la sussistenza dell’associazione esaminata, la giurisprudenza ha chiarito in un alcune recenti pronunce che « per la configurabilità del reato occorre l’esistenza di una struttura organizzata con un programma comune fra i partecipanti, finalizzato a sovvertire violentemente l’ordinamento dello Stato, e accompagnato da progetti – anche se non specificati nei particolari – concreti ed attuali di consumazione di atti di violenza ». Inoltre la Corte precisa che « in presenza di una struttura organizzata, pur se in modo rudimentale, cui l’indagato partecipi, è sufficiente per configurare il delitto in esame, che l’adesione ideologica si sostanzi in seri propositi criminali volti a realizzare una delle indicate finalità, pur senza la loro materiale iniziale esecuzione, che supererebbe il limite tipico del pericolo presunto ». ⁶¹⁶

Dunque, per la realizzazione del reato in esame è richiesta la presenza di un programma avente ad oggetto l’attuazione di una serie indeterminata di delitti finalizzati allo scopo di eversione o di terrorismo, programma che deve essere caratterizzato da attualità e concretezza. Tali caratteristiche si intendono soddisfatte già in presenza dell’ideazione o della partecipazione

⁶¹⁵ Il c.d. Pacchetto Pisanu contenente le Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale.

⁶¹⁶ Ci riferiamo a due “ decisioni gemelle “ Cass. pen., Sez. II, 19 luglio 2006, n. 24994 e Cass. pen., Sez. II, 19 luglio 2006, n. 24995, in *Dir pen. proc.* 2006, pag. 1218 ss.

ad un progetto terroristico pur se formulato non nei suoi dettagli, ma in modo ancora generico e di ampia realizzazione⁶¹⁷.

Il secondo elemento essenziale è individuato nell'organizzazione, anche se rudimentale, dell'associazione, la cui idoneità prescinde sia dal numero di persone che la compongono (si ritiene infatti sufficiente il numero di sole due persone), sia dalla complessità della struttura⁶¹⁸.

Il delitto si intende, dunque, consumato nel momento della costituzione dell'associazione, prescindendo dall'inizio dell'esecuzione dei fatti oggetto del programma criminale. Ciò conduce la dottrina e la giurisprudenza prevalente a qualificare il reato di cui all'art. 270-*bis* c.p. come reato di pericolo presunto⁶¹⁹. Non manca, però, un'autorevole voce che vi individua un « reato solo apparentemente presunto » poiché, - si afferma - « il delitto di cui all'art. 270-*bis* non sussiste se gli atti posti in essere non sono idonei a mettere in pericolo l'ordinamento costituzionale »⁶²⁰.

⁶¹⁷ Cass. pen., Sez. II, 19 luglio 2006, n. 24994 e Cass. pen., Sez. II, 19 luglio 2006, n. 24995, in *Dir pen. proc.* 2006, pag. 1218 ss.

⁶¹⁸ BERNARDI-CASELLI-PERDUCA, *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 56; CRESPI-STELLA-ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale*, cit., pag. 1087 in cui gli Autori ripropongono un noto passaggio della giurisprudenza, la quale ha affermato che costituisce indizio sufficiente in ordine al delitto di cui all'art. 270-*bis* c.p. il semplice ritrovamento in possesso di una sola persona di opuscoli propagandistici che suggeriscano scelte ideologiche in radicale contrasto, perché fondate sulla legittimazione della violenza, con l'assetto istituzionale dello Stato che vive sul metodo democratico e pluralistico. Cass. pen., Sez., II, 14 febbraio 1985 e Cass. pen., Sez. I, 1984 n. 166733

⁶¹⁹ BERNARDI-CASELLI-PERDUCA, *I delitti contro la personalità dello stato*, cit., pag. 56; CRESPI-STELLA-ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale*, cit., pag. 1085-1086; FALCINELLI, *Terrorismo (profili sostanziali)*, cit., pag. 1610; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, cit., pag. 45; GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pag. 43; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano vol. IV*, cit., pag. 377 il quale parla di « mero pericolo presunto ».

⁶²⁰ DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1950 in cui si rinvia alla sentenza Cass. pen. 21 novembre 2001. *Contra*, la giurisprudenza più recente che in una serie di sentenze in afferma che il delitto di cui all'art. 270-*bis* c.p. è di pericolo presunto. Cass. pen., Sez. II, 19 luglio 2006, n. 24994 e Cass. pen., Sez. II, 19 luglio 2006, n. 24995, in *Dir pen. proc.* 2006,

Ancora una volta, a ben vedere, ci troviamo innanzi ad un reato a consumazione anticipata⁶²¹, poiché, come chiarito dalla stessa Corte di Cassazione, il legislatore « ha anticipato la punibilità al momento prodromico, proprio per impedire che queste attività siano poste in essere nella realtà fattuale », con la conseguenza che non è configurabile il tentativo, in quanto « questo già costituisce reato »⁶²².

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, sembra profilarsi la necessità di un doppio dolo, uno generico ed uno specifico⁶²³, anche se la dottrina non sempre conviene sul punto. Una sua parte, infatti, ritiene sufficiente la presenza del solo dolo generico per soddisfare la fattispecie soggettiva del reato⁶²⁴.

Invero, dopo l'introduzione della nuova figura della fattispecie di cui all'art. 270-*bis* c.p. con la legge n. 438/2001 modificata indirettamente con legge n. 155/2005, sembra profilarsi lo spazio per individuare addirittura un quadruplo dolo specifico, consistente rispettivamente nella volontà di eversione dell'ordine democratico dello Stato italiano senza il ricorso al terrorismo, nella volontà di eversione di quest'ultimo supportata dal ricorso ad atti terroristici, nella volontà di realizzare solo atti terroristici contro lo

pag. 1218 ss.; Cass. pen., Sez. I, 15 giugno 2006, in *Foro it.*, II, 2006, pag. 648; Cass. pen. Sez. II, 17 gennaio 2005, n. 669, in *Dir pen. proc.* 2006, pag. 554

⁶²¹ Si rinvia a CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., pag. 91

⁶²² Cass. pen., Sez. II, 19 luglio 2006, n. 24994 e Cass. pen., Sez. II, 19 luglio 2006, n. 24995, in *Dir pen. proc.* 2006, pag. 1219

⁶²³ MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano vol. IV*, cit., pag. 378 in cui l'Autore chiarisce che per dolo generico si intende « la volontà cosciente e libera e nell'intenzione di commettere il fatto in sé, cioè di promuovere o dirigere un'associazione con un programma di violenza a fini di eversione dell'ordine democratico, ovvero di partecipare ad essa; per dolo specifico deve intendersi « il fine di eversione dell'ordine democratico. Esso si identifica nella volontà, qualificante il programma di atti di violenza, di capovolgere, sovvertendolo, l'ordine costituzionale, con particolare riferimento al sistema parlamentare rappresentativo fondato su libere elezioni, e quindi sul pluralismo delle opinioni e dei partiti.»

⁶²⁴ DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1953; GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pag. 43

Stato o organizzazioni o stati esteri, nella volontà di eversione di uno stato estero senza il ricorso a strumenti terroristici o, infine, nella volontà di eversione di stati esteri attraverso il ricorso alla realizzazione di atti terroristici.

Ebbene, le controversie che hanno accompagnato la fattispecie fin dal suo primo ingresso non hanno ancora trovato una soluzione definitiva; essa non può prescindere da una completa rivisitazione della materia del diritto penale associativo politico. In particolare, la mancanza del requisito dell'idoneità della struttura organizzativa dell'associazione ripropone i consueti problemi in ordine al rispetto del principio di materialità e offensività, problemi che rilevano ancor più ove si consideri l'eccessiva anticipazione dell'intervento penale cui si assiste tramite l'applicazione dell'art. 270-*bis* c. p.⁶²⁵. Inoltre, si assiste alla violazione del principio di determinatezza/tassatività grazie alla mancata specificazione del concetto di atto di violenza, che, essendo stato qualificato come qualsiasi atto violento prescindendo dalla sua configurazione come delitto, è servito alla giurisprudenza per ampliare l'ambito di intervento della norma penale⁶²⁶.

Infine, è da costatare che le tante modifiche normative non hanno inciso positivamente neanche sul problema della doppia o plurima tipicità⁶²⁷; infatti, ancora oggi non si comprende quale sia l'effettiva differenza che intercorre tra l'associazione finalizzata all'eversione che non preveda il ricorso a fenomeni terroristici, l'associazione sovversiva, la cospirazione politica mediante associazione e la banda armata. L'unico vero risultato che tale situazione sembra comportare è l'imbarazzante posizione in cui viene a trovarsi lo studioso del diritto ed il semplice cittadino, i quali, nonostante gli innumerevoli incitamenti destinati al legislatore, vivono nella

⁶²⁵ Ritiengono non violato il principio di offensività DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, II ed., cit., pag. 1952

⁶²⁶ FALCINELLI, *Terrorismo (profili sostanziali)*, cit., pag. 1610

⁶²⁷ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pag. 240

consapevolezza che, durante il procedimento di sussunzione, si potrà qualificare il medesimo fatto applicando una norma anziché l'altra, essendo tale scelta rimessa al solo giudice, vincolato esclusivamente alle propensioni personali. L'eccessivo margine di libertà riscontrabile in sede di applicazione normativa consente, così, di giungere ad una differenziazione della pena non basata su criteri oggettivi, con conseguente macrolesione lesione del principio di eguaglianza, art. 3 Cost., della funzione della pena art. 27 co. 3 Cost. ed una temibile lesione dei principi cardine dello stato sociale di diritto: *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

9. Brevi cenni sulle nuove fattispecie di arruolamento (art. 270-*quater* c.p.) e addestramento (270-*quinquies* c.p.) con finalità di terrorismo anche internazionale.

L'inadeguatezza delle fattispecie già previste nel nostro sistema penale ha indotto il legislatore, in ossequio a quanto pattuito nella Convenzione di Varsavia del 2005⁶²⁸, ad inserire nel codice penale due nuove figure di reato in grado di estendere ulteriormente lo spazio dell'intervento penale in modo

⁶²⁸ SALVINI, *L'associazione finalizzata al terrorismo internazionale: problemi di definizione e prova della finalità terroristica*, in *Cass. pen.*, 2006, pag. 3372 ss. in cui l'Autore specifica che, in virtù della Convenzione di Varsavia, « sottoscritta da 18 Paesi membri, comporta per le parti l'obbligo di sanzionare con pene efficaci, applicabili non solo nei confronti delle persone fisiche, ma anche delle persone giuridiche, tre condotte pericolo connesse al terrorismo, considerati di elevata pericolosità, in quanto attraverso esse si realizzano le precondizioni per portare a termine azioni terroristiche vere e proprie: si tratta della pubblica istigazione a compiere delitti di terrorismo, del reclutamento e dell'addestramento. »

da « colpire le condotte proprie della realtà criminologica del “ moderno “ terrorismo che sfuggono alla fattispecie associativa di cui all’art. 270-*bis* »⁶²⁹ . La prima delle norme, rubricata « Arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale », sancisce la punibilità della condotta di chi, al di fuori dei casi di cui all’art. 270-*bis* c. p., svolge un’attività di reclutamento, inteso quale chiamata alle armi⁶³⁰ .

Realizzano il reato sia la condotta di arruolamento per il compimento di atti di violenza, sia il sabotaggio di servizi pubblici essenziali, purché, in entrambi i casi, siano compiuti con finalità di terrorismo, anche internazionale.

La norma presenta un insieme di problemi. Potrà, innanzitutto discutersi se al fine della realizzazione del reato in esame sia sufficiente, come parte della dottrina sostiene⁶³¹, il solo venir in essere dell’accordo tra due soggetti, oppure, se sia necessaria l’effettiva “ presa di servizio “ dell’arruolato all’interno della struttura associativa⁶³².

Ma i problemi più delicati riguardano il rinvio effettuato nella norma anche alla condotta di sabotaggio. Una prima parte della dottrina individua nel richiamo una semplice « “illustrazione“ di una particolare forma di violenza »⁶³³. Secondo un’altra tesi, invece, questa soluzione potrebbe costituire un pericoloso strumento nelle mani del giudice per sanzionare

⁶²⁹ VALSECCHI, *Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, cit., pag., 1228

⁶³⁰Per la definizione di arruolamento DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, II ed., cit., pag. 1959; PADOVANI G. *Commento all’art. 270-quater, 270-quinquies e 270-sexies*, in *Leg. Pen.*, 2005, pag., 560; SALVINI, *L’associazione finalizzata al terrorismo internazionale: problemi di definizione e prova della finalità terroristica*, cit., pag. 3374; VALSECCHI, *Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, cit., pag. 1227-1228 Tutti gli Autori riconoscono che la figura dell’arruolato fosse già penalmente rilevante solo quando ricorrevano gli estremi per qualificarla come partecipazione ad un’associazione, caso in cui si applica, in virtù della clausola di sussidiarietà apposta dal legislatore, l’art. 270-*bis* c. p.

⁶³¹ DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, II ed., cit., pag. 1959

⁶³² VALSECCHI, *Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, cit., pag. 1228

⁶³³ VALSECCHI, *Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, cit., pag. 1228

anche quelle condotte – tipiche delle lotte sindacali e dei partiti nel nostro Paese – che hanno la finalità di incidere sulla politica nazionale, senza, però, ricorrere all'utilizzo di atti di matrice terroristica. Sicché, si finirebbe per reprimere il dissenso politico⁶³⁴.

L'art. 270-*quinquies* c.p. tipizza due diverse condotte e, cioè, quella dell'addestrare e quella del fornire comunicazioni, purché entrambe siano finalizzate al compimento di atti terroristici.

Alcuni considerano le due condotte autonome ed alternative⁶³⁵, mentre secondo un'altra impostazione, il legislatore, nel richiamare il « fornire comunicazioni », ha indicato uno dei tipici contenuti dell'attività di addestramento. Si sostiene, infatti, che proprio nell'informare l'addestrando risiede uno dei momenti centrali dello svolgimento della particolare attività di “ insegnamento “ in questione⁶³⁶.

La propensione per l'una o l'altra soluzione è centrale per poter tracciare l'ambito di applicazione dell'art. 270-*quinquies* c.p. Se si accoglie la prima impostazione, l'addestratore sarà sempre punito mentre bisognerà distinguere la posizione dell'addestrato da quella dell'informato. La condotta del primo – l'addestrato – sarà sempre rilevante ai fini dell'applicazione della legge penale, diversamente l'informato sarà perseguibile solo se all'acquisizione delle informazioni segua un inizio delle

⁶³⁴ SALVINI, *L'associazione finalizzata al terrorismo internazionale: problemi di definizione e prova della finalità terroristica*, cit., pag. 3374

⁶³⁵ DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1959; SALVINI, *L'associazione finalizzata al terrorismo internazionale: problemi di definizione e prova della finalità terroristica*, cit., pag. 3375

⁶³⁶ PADOVANI G. *Commento all'art. 270-quater, 270-quinquies e 270-sexies*, cit., pag. 562; VALSECCHI, *Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, cit., pag. 1228

attività apprese⁶³⁷. Seguendo, invece, la seconda tesi saranno sempre punibili entrambi i soggetti.

Per quanto concerne l'elemento psicologico richiesto, secondo alcuni sarebbe necessaria la presenza di un doppio dolo specifico⁶³⁸, mentre secondo altri basterebbe un unico dolo specifico⁶³⁹.

Appare evidente che l'introduzione delle due nuove tipologie di reato serva a chiudere il cerchio che si vuole costruire intorno alle condotte del nuovo terrorismo internazionale, ma ciò non può giustificare l'eccessiva anticipazione dell'intervento penale cui si ricorre. Risulta, infatti, punibile il mero accordo di arruolamento intervenuto tra due persone, anche se non sia ancora certa la costituzione dell'associazione finalizzata al compimento di atti terroristici, ed anche se non sia ancora iniziata l'esecuzione degli atti.

Il rischio al quale la materia penale è esposta dagli ultimi interventi, caratterizzati dalla totale disapplicazione del principio di *extrema ratio*, del principio di legalità, in particolare nel suo aspetto della tassatività/determinatezza, del principio di offensività, del principio di materialità e del principio di effettività della norma, risiede nello scardinamento delle garanzie individuali e collettive, il cui sacrificio viene ripetutamente richiesto per una improbabile maggiore sicurezza collettiva. Essa, è certamente una finalità propria dello stato sociale di diritto, ma il suo reale raggiungimento non può essere, come oggi accade, affidato esclusivamente all'esercizio della funzione giurisdizionale, la quale non avrà

⁶³⁷ DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1959; SALVINI, *L'associazione finalizzata al terrorismo internazionale: problemi di definizione e prova della finalità terroristica*, cit., pag. 3375

⁶³⁸PADOVANI G. *Commento all'art. 270-quater, 270-quinquies e 270-sexies*, cit., pag. 562

⁶³⁹ DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1959; SALVINI, *L'associazione finalizzata al terrorismo internazionale: problemi di definizione e prova della finalità terroristica*, cit., pag. 3375

mai la capacità e la forza di sopperire alle tante insufficienze delle politiche nazionali ed internazionali.

10. La definizione di terrorismo alla luce del nuovo del ‘ nuovo ‘ art. 270-*sexies* c.p.

Il legislatore, ottemperando alla decisione quadro 2002/475/GAI adottata dal Consiglio Giustizia e Affari interni il 13 giugno 2002, ha inserito con d.l. 27 luglio 2005, n. 144, convertito con modificazioni dalla l. 31 luglio 2005, n. 155, l'art. 270-*sexies* c.p. rubricato « Condotte con finalità di terrorismo »⁶⁴⁰.

La norma è stata introdotta nel sistema penale al fine di soddisfare le pressanti richieste che parte della giurisprudenza e della dottrina hanno mosso in merito alla mancanza di una definizione del concetto di

⁶⁴⁰ BOUCHARD-CASELLI, *Terrorismo (disciplina penale del terrorismo)*, voce, in *Enc. giur. Trec.*, XXXI, 1994; CERQUA, *Sulla nozione di terrorismo*, in *Cass. pen.* 2007, pag. 1580 ss.; CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2002, pag. 321 ss.; DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1964 ss.; FALCINELLI, *Terrorismo (profili sostanziali)*, cit., pag. 1604 ss.; INSOLERA, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, cit., pag. 1325 ss.; ID, *Terrorismo internazionale tra delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., pag. 895 ss.; LAUDI, *Terrorismo (diritto interno)*, in *Enc. dir.*, cit., pag. 355 ss.; MARZADURI, *La disciplina di contrasto al terrorismo internazionale: tra esigenze di tutela delle libertà e bisogno di sicurezza della persona*, in *Leg. pen.*, 2005, pag. 419 ss.; MOROSINI, *Continuità e novità della giurisprudenza in tema di terrorismo*, cit., pag. 687 ss.; PADOVANI G. *Commento all'art. 270-quater, 270-quinquies e 270-sexies*, cit., pag. 563 ss.; REITANO, *Le misure di contrasto al terrorismo internazionale tra Unione europea e normativa italiana di adattamento*, in *Ind. Pen.*, 2004, pag. 1173 ss.; SALVINI, *L'associazione finalizzata al terrorismo internazionale: problemi di definizione e prova della finalità terroristica*, cit., pag. 3369 ss.; VALSECCHI, *Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, cit., pag. 1222 ss.; ID, *La definizione di terrorismo internazionale dopo l'introduzione del nuovo art. 270-sexies c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pag. 1103 ss.; VIGANO', *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pag. 648 ss.

terrorismo, senza la quale – si è sostenuto – non è ipotizzabile un'applicazione “ coerente “ delle fattispecie che disciplinano la materia⁶⁴¹. Inoltre, l'art. 270-*sexies* c.p. consente di ottemperare a quanto contemplato nella decisione quadro citata, la quale, non entrando automaticamente in vigore negli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione, impone, da un lato, agli stessi Stati di armonizzare il proprio sistema normativo attraverso il ricorso ad atti interni, e dall'altro, ai singoli giudici di ogni Paese europeo di procedere ad un'interpretazione che sia conforme, per quanto possibile, alla lettera ed allo scopo dell'atto comunitario, sempre che non si ponga in contrasto con la disciplina interna⁶⁴².

E' possibile scomporre la norma in due parti: una prima, in cui viene fornita una definizione generale di condotta con finalità di terrorismo, ed una seconda, in cui si prevede una c.d. clausola di salvaguardia.

In merito alla prima parte, il legislatore ha individuato due presupposti indefettibili. Innanzitutto, ha stabilito che sono da considerarsi terroristiche le sole condotte che « per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale » senza dunque, ricorrere ad un'analitica tipizzazione delle figure di reato come invece accade in seno alla Decisione quadro 2002/475/GAI. Inoltre, le stesse condotte devono essere “ colorate “ dal dolo specifico, che può manifestarsi in tre diverse forme alternative⁶⁴³: a) lo scopo di intimidire la popolazione; b) lo scopo di costringere i poteri pubblici o

⁶⁴¹ VALSECCHI, *La definizione di terrorismo internazionale dopo l'introduzione del nuovo art. 270-sexies c. p.*, cit., pag. 1103 ss.; l'Autore evidenzia come il problema relativo alla mancanza di una definizione di terrorismo, in particolare nella sua espressione internazionale, abbia subito una progressiva attenzione dopo le prime sentenze che hanno visto contrapposte le posizioni assunte dal GIP del Tribunale di Milano e dal GIP del Tribunale di Brescia.

⁶⁴² CERQUA, *Sulla nozione di terrorismo*, cit., pag. 1593

⁶⁴³ CERQUA, *Sulla nozione di terrorismo*, cit., pag. 1598; DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato, II ed.*, cit., pag. 1967; VALSECCHI, *Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, cit., pag. 1224

un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto; c) lo scopo di destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale.

Nonostante l'introduzione della norma sia abbastanza recente, traspare già un insieme di problemi sui quali è necessario riflettere. In primo luogo, la definizione di cui all'art. 270-*sexies* c.p. contiene un implicito riferimento ad una valutazione di idoneità delle condotte terroristiche rispetto alla realizzazione del « grave danno ». Ciò impone all'interprete la formulazione di un giudizio prognostico (basato sull'effettiva individuazione dell'evento che avrebbe potuto verificarsi) in virtù del quale, nel rispetto del principio di offensività, dover escludere la configurabilità del reato ove non tutte le circostanze lascino trasparire un reale pericolo per il bene tutelato⁶⁴⁴.

L'elemento su cui si incentrano le attente critiche della dottrina è il rinvio al concetto di « grave danno », concetto eccessivamente indeterminato, ampio, tanto da consentire una ricostruzione della fattispecie lontana dal rispetto del principio di determinatezza/tassatività⁶⁴⁵. A complicare questo quadro di incertezza normativa interviene anche la mancata identificazione dei beni giuridici cui devono rivolgersi le condotte terroristiche, le quali rileveranno penalmente a prescindere che ledano beni di natura patrimoniale, personale o collettiva⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, II ed., cit., pag. 1967; VALSECCHI, *Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, cit., pag. 1224

⁶⁴⁵DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, II ed., cit., pag. 1967; MOROSINI, *Continuità e novità della giurisprudenza in tema di terrorismo*, cit., pag. 696; PADOVANI G. *Commento all'art. 270-quater, 270-quinquies e 270-sexies*, cit., pag. 564; SALVINI, *L'associazione finalizzata al terrorismo internazionale: problemi di definizione e prova della finalità terroristica*, cit., pag. 3372; VALSECCHI, *Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, cit., pag. 1224

⁶⁴⁶PADOVANI G. *Commento all'art. 270-quater, 270-quinquies e 270-sexies*, cit., pag. 564; VALSECCHI, *Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, cit., pag. 1224; Quest'ultimo afferma che « più arduo è sostenere che la distruzione di un edificio pubblico, ad esempio, rappresenti un

Dunque, per il nostro legislatore non esiste alcuna differenza tra l'omicidio di una persona che riveste un ruolo istituzionale di particolare importanza, per esempio il Presidente della Repubblica francese, e l'omicidio dell'uomo "comune". Entrambi i fatti possono costituire, infatti, un « grave danno » per lo Stato, ed entrambe le condotte possono essere qualificate ai sensi del combinato degli artt. 270-*sexies* e 270-*bis* c.p.

L'ultima parte della norma in esame contempla una clausola di salvaguardia, grazie alla quale si consente di estendere la nozione a tutte « le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia ». E' evidente come il rinvio alle norme internazionali risulti un'inutile precisazione del legislatore, il quale dimentica che le Convenzioni, una volta ratificate, entrano a far parte del nostro ordinamento espletando piena efficacia, senza che risulti necessario alcun riconoscimento ulteriore effettuato grazie al 270-*sexies* c. p.⁶⁴⁷.

Ora, completato l'esame della struttura dell'art. 270-*sexies* c. p., per coglierne l'effettiva portata innovativa è necessario procedere ad un esame delle Convenzioni e degli atti comunitari contenenti norme sulla definizione del concetto di terrorismo. Ci riferiamo in particolare alla Convenzione di New York del 1999 ed alla decisione quadro 2002/475/GAI.

La Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 9

grave danno per un Paese, tenuto conto delle possibilità economiche di cui dispone lo Stato, oltre che della possibilità di utilizzare strutture sostitutive al posto di quella distrutta »

⁶⁴⁷ CERQUA, *Sulla nozione di terrorismo*, cit., pag. 1599; DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, II ed., cit., pag. 1971; VALSECCHI, *Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, cit., pag. 1225; PADOVANI G. *Commento all'art. 270-*quater*, 270-*quinquies* e 270-*sexies**, cit., pag. 564. Gli autori sostengono che l'unica rilevanza pratica che potrebbe assumere la clausola di chiusura consista nel consentire, in caso di una modificazione del terzo pilastro dell'Unione europea, l'ingresso diretto di una nuova più ampia definizione di terrorismo senza ricorso ad alcun atto interno.

Dicembre 1999, è stata ratificata e resa esecutiva in Italia con la l. 14 gennaio 2003, n. 7.

Essa, ai fini dell'individuazione delle condotte da incriminare quali terroristiche, nella prima parte dell'art. 2 lett. *a* effettua un rinvio ad altre precedenti Convenzioni intervenute sul tema, e successivamente all'art. 2 ,lett. *b* stabilisce che costituisce atto terroristico « qualsiasi atto destinato a cagionare la morte o lesioni personali gravi ad un civile o a qualsiasi altra persona che non partecipi attivamente alle ostilità nel corso di un conflitto armato, quando lo scopo di tale atto, per sua natura o per il contesto, sia quello di intimorire la popolazione o costringere un governo o un'organizzazione a compiere o ad omettere un atto »⁶⁴⁸.

Si desume una diversa nozione di atto terroristico a seconda che venga commesso in tempo di pace o in tempo di guerra⁶⁴⁹. Nel primo caso, l'atto dovrà essere realizzato indifferentemente contro civili o militari, mentre, nell'ipotesi di un conflitto bellico, l'atto dovrà rivolgersi contro i civili o contro i militari non attivamente impegnati⁶⁵⁰.

Alla stregua di tutte le fattispecie esaminate è necessario che sussista lo scopo o di diffondere il terrore tra la popolazione civile o di costringere uno Stato o un'organizzazione internazionale a compiere od omettere un atto. A ciò si aggiunga che, per poter qualificare un determinato fatto come

⁶⁴⁸ CERQUA, *Sulla nozione di terrorismo*, cit., pag. 1588

⁶⁴⁹ Per conflitto armato si deve intendere « lo svolgimento di operazioni militari di una certa consistenza e durata tra Stati, indipendentemente dal fatto che sia intervenuto un riconoscimento tra le parti; ovvero lo svolgimento di operazioni militari nel territorio di uno Stato senza il coinvolgimento di Stati terzi, che può consistere in un conflitto fra forze armate governative e gruppi armati organizzati o tra diversi gruppi armati organizzati; ovvero lo svolgimento di operazioni militari fra uno Stato e gruppi armati organizzati con il coinvolgimento di Stati terzi.» CERQUA, *Sulla nozione di terrorismo*, cit., pag. 1588

⁶⁵⁰ VALSECCHI, *La definizione di terrorismo internazionale dopo l'introduzione del nuovo art. 270-sexies c.p.*, cit., pag. 1109

terroristico, l'autore deve essere mosso da motivazioni politiche, religiose o ideologiche, non da interessi privati⁶⁵¹.

Dunque, gli elementi caratterizzanti la condotta di terrorismo sono l'identità della vittima, lo scopo ed il movente dell'autore del fatto, il quale, contrariamente a quanto disciplinato nell'art. 270-*sexies* c. p., deve dirigersi all'aggressione di un "determinato" bene giuridico: la persona.

Diverso il contenuto della Decisione quadro 2002/475/GAI.

Essa contiene nell'art. 1 un'indicazione dettagliata di atti che devono essere considerati terroristici dalle singole legislazioni nazionali⁶⁵², a cui si aggiunge una definizione generale di terrorismo. La validità di quest'ultima, ed è questo un punto centrale nello sviluppo dell'argomento, risulta limitata ai soli periodi di pace, come sancito, del resto, dall'undicesimo *considerando* introduttivo⁶⁵³.

⁶⁵¹ La centralità del movente ai fini della tipizzazione di un atto terroristico è frutto di un rinvio a numerose risoluzioni delle Nazioni Unite e dalla Convenzione del 1997 contro gli attentati terroristici commessi con l'uso di esplosivi. VALSECCHI, *La definizione di terrorismo internazionale dopo l'introduzione del nuovo art. 270-*sexies* c.p.*, cit., pag. 1109

⁶⁵² Tali atti, indicati esplicitamente nell'art. 1 par. 1 sono: *a*) attentati alla vita di una persona che possono causarne il decesso; *b*) attentati gravi alla integrità fisica della persona; *c*) sequestro di persona e cattura di ostaggi; *d*) distruzioni di vasta portata di strutture governative o pubbliche, sistemi di trasporto, infrastrutture, compresi i sistemi informatici, piattaforme fisse situate sulla piattaforma continentale ovvero di luoghi pubblici o di privata proprietà che possono mettere a repentaglio vite umane o causare perdite economiche considerevoli; *e*) sequestro di aeromobili, navi, o di altri mezzi di trasporto collettivo di passeggeri o di trasporto di merci; *f*) fabbricazione, detenzione, acquisto, trasporto fornitura o uso di armi da fuoco, esplosivi, armi atomiche, biologiche e chimiche, nonché, per le armi biologiche e chimiche, ricerca e sviluppo; *g*) diffusione di sostanze pericolose, il cagionare incendi, inondazioni o esplosioni i cui effetti mettano in pericolo vite umane; *h*) manomissione o interruzione della fornitura di acqua, energia o altre risorse fondamentali il cui effetto metta in pericolo vite umane; *i*) minaccia di realizzare uno dei comportamenti elencati alle lettere da *a*) ad *h*).

⁶⁵³ CERQUA, *Sulla nozione di terrorismo*, cit., pag. 1591; DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, II ed., cit., pag. 1967; VALSECCHI, *Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, cit., pag. 1224; ID, *La definizione di terrorismo internazionale dopo l'introduzione del nuovo art. 270-*sexies* c.p.*, cit., pag. 1109 ss.

La Decisione, come si può facilmente constatare, non annovera tra i requisiti validi a qualificare la condotta terroristica l'identità delle vittime, che invece svolge un ruolo fondamentale nella definizione proposta dalla Convenzione di New York. Inoltre, non classifica i beni oggetto di tutela e prevede un generico rinvio al « grave danno » ed al concetto di violenza che alimentano i dubbi precedentemente esaminati in merito all'art. 270-*sexies* c. p., il quale riprende quasi integralmente il testo dell'atto comunitario.

Allora, alla luce di quanto finora esaminato quali sono le reali innovazioni prodotte dall'ingresso nel codice penale dell'art. 270-*sexies* c.p.?

Un ruolo fondamentale deve essere riconosciuto alla Convenzione del 1999. Infatti, una volta constatato che l'art. 2 lett. *b* Convenzione di New York non è stato abrogato dall'entrata in vigore dell'art. 270-*sexies*⁶⁵⁴ c. p., le conseguenze cui giungere sono le seguenti: la nuova norma, in quanto attuativa della Decisione quadro, troverà applicazione solo nei periodi di pace, mentre la Convenzione di New York sarà applicabile a tutti i fatti realizzati in tempo di guerra.

Conseguentemente, il giudice dovrà considerare terroristico ogni atto che, in tempo di pace, sia rivolto contro civili o militari, mentre, in tempo di guerra sia rivolto contro civili o militari non impegnati nel conflitto, atto che, inoltre, sia commesso al fine di intimorire la popolazione o costringere un governo o un'organizzazione a compiere o ad omettere un atto, o a « destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali,

⁶⁵⁴ In merito al rapporto tra norme nazionali e norme internazionali l'Autore sottolinea che « è oggi diffuso l'orientamento secondo cui l'abrogazione di una norma di fonte internazionale (ratificata) possa avvenire solo in forza di una chiara presa di posizione del legislatore nazionale »; che « ciò si sia verificato con la formulazione della definizione di cui all'art. 270-*sexies* c. p., è, però, quantomeno discutibile » cfr., VALSECCHI, *La definizione di terrorismo internazionale dopo l'introduzione del nuovo art. 270-*sexies* c. p.*, cit., pag. 1113-1114 Sul punto si rinvia anche a CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., pag. 321

costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale »⁶⁵⁵.

Ed è proprio la previsione di quest'ultimo scopo a costituire l'unica vera novità apportata dal legislatore con l'ingresso dell'art. 270-*sexies* c. p., novità che conduce a due conseguenze a dir poco problematiche: la totale equiparazione tra eversione e terrorismo, e la criminalizzazione delle associazioni con finalità di eversione anche di uno Stato straniero⁶⁵⁶.

In merito al primo problema, ove si ritenessero corrette le considerazioni precedentemente svolte in merito alla plurima tipicità che contraddistingue i reati di cui agli artt. 270, 270-*bis*, 304, 306 c. p., la proposta identità tra eversione e terrorismo comporterebbe una sostanziale omogeneità delle condotte di terrorismo, eversione, sovversione, cospirazione politica mediante associazione e banda armata. Si crea, dunque, una palese violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale e si pongono le basi per un pericoloso utilizzo strumentale della funzione giurisdizionale. Si consideri, infatti, che al giudice verrebbe attribuita la facoltà di applicare al medesimo fatto una norma anziché un'altra, con relative conseguenze sul piano sanzionatorio (si pensi che per la medesima condotta di partecipazione potrebbe essere applicata o la reclusione da uno a tre anni o da cinque a dieci anni, o da due a otto anni, o da tre a nove anni, a seconda che trovi applicazione rispettivamente l'art. 270, l'art. 270-*bis*, l'art. 305 o l'art. 306 c.p.).

Per quanto riguarda l'obbligo di esercizio dell'azione penale anche nei confronti di associazioni con finalità di eversione di uno Stato straniero, dobbiamo innanzitutto rilevare l'inopportuna qualificazione del giudice

⁶⁵⁵ VALSECCHI, *La definizione di terrorismo internazionale dopo l'introduzione del nuovo art. 270-*sexies* c. p.*, cit., pag. 1109 ss. Sul punto cfr. anche Cass. pen., sez. I, 11 ottobre 2006, in *Cass. pen.*, 2007, pag. 1600

⁶⁵⁶ VALSECCHI, *La definizione di terrorismo internazionale dopo l'introduzione del nuovo art. 270-*sexies* c.p.*, cit., pag. 1116

italiano quale paladino della giustizia internazionale. Oggi, infatti, l'interprete è obbligato ad applicare l'art. 270-*bis* c.p. anche quando, e questo ci pare davvero censurabile in uno Stato in cui viene riconosciuto il diritto di resistenza⁶⁵⁷, l'associazione che si organizza sul nostro territorio voglia sovvertire un sistema dittatoriale ove non vengono riconosciuti i diritti fondamentali (si pensi al contesto birmano)⁶⁵⁸.

Inoltre, sembra che l'ampliamento del concetto di condotta terroristica veicoli l'ingresso nel nostro ordinamento - in particolare nelle fattispecie associative politiche - di un nuovo bene giuridico dai contorni non molto definiti e che mal si concilia con il concetto di Personalità dello Stato, di ordine democratico e di ordine pubblico: la pace e la sicurezza internazionale.

Resta, tuttavia, da stabilire se quella finora esposta sia l'unica interpretazione possibile.

Se, infatti, procediamo alla lettura dell'art 270-*sexies* c.p. nella parte in cui qualifica come condotta terroristica il « destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale » focalizzando l'attenzione sul concetto di « un Paese » , sul bene giuridico tutelato e sulla rubrica degli artt. 270-*bis* e 270-*sexies* c.p. è forse possibile giungere a conclusioni differenti rispetto a quelle prospettate dalla dottrina dominante.

In merito al bene giuridico, l'art. 270-*sexies* c.p. rinvia ad una “ generica “ tutela di strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali, senza specificare se trattasi di uno Stato democratico o di un sistema dittatoriale o di un altro diverso sistema. L'art. 270-*bis* c. p., invece, contiene

⁶⁵⁷ In argomento cfr, FEUERBACH P. J. A., *Anti-Hobbes ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, cit., pag. 113 ss.; INSOLERA, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, cit., pag. 1327; MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., pag. 236 ss

⁶⁵⁸ SALVINI, *L'associazione finalizzata al terrorismo internazionale: problemi di definizione e prova della finalità terroristica*, cit., pag. 3373

un riferimento esplicito all' « ordine democratico » da intendersi, come chiarito dal legislatore nel 1982, come sinonimo di ordinamento costituzionale italiano.

Dunque, adottando il criterio di specialità, sembra preferibile applicare alle associazioni con finalità di eversione dell'ordine democratico il solo art. 270-*bis* c. p., e ciò sia per l'esplicito richiamo al bene giuridico compiuto nel testo normativo, sia per realizzare la volontà del legislatore, il quale distingue nettamente nella stessa rubrica della norma due tipologie di associazioni: « Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico ».

Sempre in relazione alla rubrica delle due norme, si noti come lo stesso legislatore nell'art. 270-*sexies* c. p., « Condotte con finalità di terrorismo », rinvii alle sole condotte con finalità terroristiche, trascurando un riferimento a quelle con la sola finalità di eversione, che, invece, trovano meritato spazio nella rubrica dell'art. 270-*bis* c. p., « Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico ». Tale impostazione sembra trovare conferma, inoltre, nel generico riferimento che l'art. 270-*sexies* c.p. effettua ad « un Paese ».

Infatti, se valutiamo attentamente la formula utilizzata dal legislatore nel descrivere la condotta in questione, sembra sia stata adottata la medesima tecnica redazionale seguita dal legislatore per l'art. 270-*bis* 3 co. c. p., in cui l'espressione « stato estero » si accompagna ad « un'istituzione o un organismo internazionale ».

Se quanto affermato risulta plausibile, visto che anche nell'art. 270-*sexies* c. p. il rinvio allo Stato si ripresenta affiancato dal richiamo alle organizzazioni internazionali, appare opportuno, nel completo silenzio del legislatore, indicare nella formula di « un Paese » l'espressione Stato estero.

Conseguenza immediata di una tale interpretazione risulta l'applicabilità del solo art. 270-*bis* c.p. alle associazioni finalizzate all'eversione

dell'ordinamento costituzionale italiano, ove queste non intendano ricorrere a metodi di lotta terroristica per il conseguimento del proprio fine.

Ebbene, un siffatto procedimento ermeneutico consente di rivisitare - naturalmente senza avere la presunzione di risolvere le complesse problematiche che si riconnettono all'intera materia - il rapporto che si instaura tra la fattispecie di « Associazione con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico » e la norma rubricata « Condotte con finalità di terrorismo ».

Il primo effetto positivo va individuato nella possibilità di ritagliare un ambito di applicazione proprio per la parte dell'art. 270-*bis* c. p., ove si effettua il rinvio all'« ordine democratico », consentendo così di non ritenere tacitamente abrogata la norma.

Infine, ed è questo il risultato di maggiore rilevanza, riusciremmo ad escludere che l'impropria dicotomia terrorismo-eversione trovi spazio anche nelle aule giudiziarie, in modo da scongiurare il pericoloso processo di creazione nell'immaginario collettivo di un'identificazione tra il terrorista e l'eversivo.

11. La disciplina del terrorismo: espressione del ' diritto penale del nemico '.

Il tema dei reati associativi politici impone una riflessione senza la quale il nostro lavoro potrebbe apparire come uno studio lontano dalla realtà. In particolare non possiamo esimerci dal compito di relazionare la materia del diritto penale politico con il fenomeno più generale del terrorismo, con un'attenzione particolare all'espressione internazionale⁶⁵⁹.

⁶⁵⁹CERQUA, *Sulla nozione di terrorismo*, cit., pag. 1580 ss.; INSOLERA, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, cit., pag. 1325 ss; ID, *Terrorismo internazionale tra delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., pag. 895 ss.; MOROSINI, *Continuità e novità della giurisprudenza in tema di*

Com'è ben noto, gli attentati che si sono susseguiti dal 2001 al 2005, interessando rispettivamente USA, Spagna ed Inghilterra, hanno indotto gran parte dell'opinione pubblica e la maggioranza della classe politica ad intraprendere un'attività di ricerca volta ad individuare le possibili soluzioni alla " questione islamica " ⁶⁶⁰.

Sono state così prospettate due strade da seguire: negli Stati Uniti d'America si è ritenuto necessario ricorrere al trasferimento di innumerevoli competenze dalla funzione giurisdizionale all'esecutivo ⁶⁶¹, mentre in Europa si è " semplicemente " accelerato il processo di inserimento di nuove fattispecie, in particolare associative, accompagnandolo ad un generale inasprimento delle sanzioni ⁶⁶².

In entrambi i percorsi seguiti, alla base si pone un'opzione di fondo della politica quella secondo cui sarebbe necessario rinunciare ad una parte delle garanzie e dei diritti fondamentali della persona in cambio di una maggiore sicurezza nazionale ⁶⁶³.

terrorismo, cit., pag. 687 ss.; PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. Giust.* 2006, pag. 666 ss.; VIGANO', *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit., pag. 648 ss.

⁶⁶⁰ Sul punto si leggano le interessanti pagine di VIGANO', *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit., pag. 648 ss

⁶⁶¹ E' questa la proposta avanzata da PANEBIANCO, in *Corriere della Sera* del 13 agosto, del 15 agosto e del 3 settembre 2006

⁶⁶² Sottolinea il ruolo rivestito dalle fattispecie associative politiche nel processo di criminalizzazione del fenomeno terroristico INSOLERA, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, cit., pag. 1326

⁶⁶³ Riconoscono necessaria questa limitazione INSOLERA, *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, cit., pag. 1326; VIGANO', *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit., pag. 694 ss. *Contra*, MARZADURI, *La disciplina di contrasto al terrorismo internazionale: tra esigenze di tutela delle libertà e bisogno di sicurezza della persona*, in *Leg. pen.*, 2005, pag. 420, in cui l'Autore afferma :« Il diritto della persona alla sicurezza nei confronti dell'aggressione terroristica evidentemente non potrà mai legittimare una limitazione dei diritti fondamentali che consenta ai pubblici poteri uno spazio di manovra tale da poter costituire un attentato al diritto della persona alla sicurezza nei confronti dei pubblici poteri »

Si è, dunque, assistito ad una negoziazione tra libertà e sicurezza incompatibile con i principi dello stato sociale di diritto quale il nostro, in cui, come chiaramente stabilisce la Carta costituzionale, i diritti inviolabili e le libertà fondamentali non possono costituire oggetto di compromesso.

Sul piano più specifico del diritto penale, duole doverlo constatare, assistiamo ad una lenta concretizzazione del diritto penale del nemico, teorizzato per la prima volta nel 1985 da Jakobs⁶⁶⁴.

L'autore classifica il delinquente in due distinte categorie: da una parte chi, nonostante delinqua, accetta l'esistenza della norma e dello stato, dall'altra parte chi, nel realizzare la propria attività delinquenziale, non riconosce né l'una né l'altro.

Ebbene, solo il primo criminale acquisisce il titolo di cittadino, ed in quanto tale, avendo egli sottoscritto il contratto sociale, merita la tutela e le garanzie previste dalla legislazione ordinaria. Diversamente, il secondo delinquente, non sottoscrivendo il contratto, non può essere qualificato come un cittadino, ma come un "nemico" dotato di particolare pericolosità; da ciò discende la sottoposizione ad una legislazione differenziata, connotata da forti restrizioni di diritti e garanzie.

Ovviamente, nel nostro sistema penale, come del resto in quello dei restanti Paesi europei⁶⁶⁵, non assistiamo certamente al totale accoglimento di questa teoria, ma allo stesso tempo si intravede una certa involuzione autoritaria..

Potremmo forse negare che l'applicazione di una pena di reclusione di dieci anni a chi si limiti a partecipare ad un'associazione con finalità di terrorismo

⁶⁶⁴ Sul punto INSOLERA, *Terrorismo internazionale tra delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., pag. 897.; MOROSINI, *Continuità e novità della giurisprudenza in tema di terrorismo*, cit. pag. 669 ss.; VIGANO', *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit., pag. 648 ss.

⁶⁶⁵ VIGANO', *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit., pag. 661, il quale ritiene che il modello di intervento di contrasto al terrorismo internazionale cui ricorrono i Paesi europei sia classificabile come un « modello ibrido » in quanto non allineato né al modello bellico (l'americano per intenderci) né al modello garantista.

che magari non abbia ancora intrapreso alcuna attività esecutiva, non risulti espressione del diritto penale del nemico?

Ebbene no. Dobbiamo constatare che alla base di una scelta sanzionatoria del genere non si pone il rispetto del principio di proporzionalità tra il fatto e la pena⁶⁶⁶, bensì la preoccupazione di soddisfare le pressanti richieste mosse dall'opinione pubblica, fomentata da una campagna giornalistica molto aggressiva.

Questo contesto propone un insieme di riflessioni. Innanzitutto, non c'è dubbio che il diritto penale sia stato volutamente qualificato dal legislatore come uno degli strumenti privilegiati attraverso i quali combattere il terrorismo internazionale, e non sussistono margini di perplessità neanche nel riconoscere che tale qualificazione stia legittimando il ricorso ad una nuova legislazione dell'emergenza.

Inoltre, ci si avvale del diritto penale non più in funzione repressiva, ma marcatamente preventiva⁶⁶⁷ in modo da trasferire il problema del terrorismo dal piano politico a quello giudiziario, dimenticando che non è il diritto penale che ha il compito prevenire i contrasti sociali interni ed internazionali, ma è la politica ed eventualmente altri settore dell'ordinamento che devono assolvere questa funzione.

Infine, e quanto seguirà sembra in parte dare ragione alla posizione assunta dal Carrara in merito al diritto penale politico, è da evidenziare l'accentuata malleabilità che connota le fattispecie associative politiche, le quali sono state nel tempo utilizzate prima per criminalizzare il socialista ed il

⁶⁶⁶MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pag. 250; ID, voce *Ordine pubblico (disposizioni a tutela del)*, cit., pag. 8 ss. in cui l'Autore sottolinea le distorsioni che comporta sul piano della funzione della pena e sull'intera efficienza del sistema penale il ricorso a norme simboliche caratterizzate da una totale violazione del principio di proporzionalità

⁶⁶⁷ HASSEMER, *Sicherheit durch Strafrecht*, in *HRRS*, 2006, pag. 130 ss. Secondo l'illustre Autore, i sistemi penali moderni si stanno complessivamente orientando verso il "paradigma preventivo" orientato alla massimizzazione della sicurezza della collettività contro il crimine; cfr. VIGANO', *Terrorismo, guerra e sistema penale*, cit., pag. 689.

comunista, poi il brigatista rosso o il terrorista nero ed oggi il terrorista islamico senza mai tradire la propria *ratio* : criminalizzare (colpire) il nemico, a prescindere dalla commissione di fatti lesivi di beni giuridici, secondo il noto, problematico modello del diritto penale dell'autore.

12. Prospettive di riforma.

Un dato è certo. La presenza nel sistema penale di marcate forme di anticipazione dell'intervento penale e di fattispecie associative politiche desta innumerevoli preoccupazioni condivise dalla quasi unanimità della dottrina e da cospicua parte della giurisprudenza⁶⁶⁸.

Si assiste ad una generica violazione del principio di materialità, come emerge ove si consideri che per la verifica delle fattispecie esaminate non è richiesto nessun comportamento funzionale alla realizzazione del programma criminoso⁶⁶⁹.

Le medesime perplessità concernono il rispetto del principio di offensività, anch'esso disatteso, nella misura in cui si rinvia a beni giuridici malleabili ed evanescenti come l'ordine costituzionale, l'ordine pubblico e la pace e sicurezza internazionale.

Ad alimentare questo contesto certamente non rassicurante concorre anche il mancato riferimento nella normativa vigente al concetto di idoneità della struttura organizzativa rispetto al contenuto del programma sociale (ad eccezione dell'art. 270 c.p.).

⁶⁶⁸ CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., pag. 337 ss; GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pag. 11 ss.; MOCCIA, *La perenne emergenza, tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., cit., pag. 66 ss.; ID, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pag. 237 ss; PADOVANI T., *Bene giuridico e delitti politici*, cit., pag. 27 ss.; PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, cit., pag. 48 ss.; ROMANO, *Il codice Rocco e i lineamenti di una riforma del diritto penale politico*, cit., pag. 145 ss.; SPAGNOLO, *Reati associativi*, cit., pag. 2 ss.

⁶⁶⁹ MOCCIA, *La perenne emergenza, tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., cit., pag. 66

Inoltre, l'assoluta indeterminatezza nella descrizione del fatto tipico ripropone il problema più volte menzionato della plurima tipicità, cui deve aggiungersi con conseguente eccessiva flessibilità delle categorie dommatiche. La previsione di una fattispecie dai contorni poco chiari, infatti, comporta un'incertezza anche sull'oggetto della colpevolezza, che finisce per dilatarsi fino a comprendere « componenti valutative della motivazione politica e della personalità dell'autore, che dovrebbero, tutt'al più, essere considerate come elemento di commisurazione della pena »⁶⁷⁰.

Non si scorge alcun dato rassicurante neanche in relazione al rispetto del principio di proporzionalità tra fatto e pena, il quale viene ripetutamente eluso dal legislatore per garantire un accentuato valore simbolico alla norma, senza alcuna considerazione del principio di effettività e del principio di rieducazione⁶⁷¹.

S'impone pertanto la necessità di una brusca tendenza per poter far fronte ai problemi fin qui elencati. In questo processo non si deve però consentire una negoziazione di garanzie e diritti, i quali non devono essere qualificati come elementi d'intralcio per la realizzazione di un sistema penale più efficiente, bensì devono esserne le fondamenta.

Le soluzioni avanzate dalla dottrina possono essere tendenzialmente distinte, a seconda che si ritenga o meno necessaria la sopravvivenza delle fattispecie associative nel nostro ordinamento.

Secondo una prima ricostruzione, il baricentro della riforma non può che essere rappresentato dalla Costituzione, dalla quale estrapolare un insieme di valori idonei a limitare la discrezionalità del legislatore in materia politica⁶⁷².

⁶⁷⁰ PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, cit., pag. 524

⁶⁷¹ Per un esame degli effetti catastrofici prodotti da norme simboliche nel nostro ordinamento si rinvia MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pag. 250; ID, voce *Ordine pubblico (disposizioni a tutela del)*, cit., pag. 8 ss.

⁶⁷² PADOVANI T., *Bene giuridico e delitti politici*, cit., pag. 3 ss.

Si ritiene possibile, nel pieno rispetto dei principi del diritto penale del fatto, « fondando il disvalore del fatto essenzialmente sul disvalore autonomamente percepibile della condotta »⁶⁷³ ridurre le fattispecie associative a tre, cioè, una fondamentale, l'associazione anticostituzionale, caratterizzata dal programma criminoso volto al perseguimento di un qualunque fine politico; ed altre due sussidiarie, cioè l'associazione fascista e quella militare⁶⁷⁴.

Simile la posizione assunta da chi, riconoscendo necessario il ricorso alle fattispecie associative politiche per la tutela dell'ordine costituzionale, teorizza il ricorso a quattro fondamentali delitti. Il principale dovrebbe ripresentare i connotati dell'attuale figura della cospirazione politica mediante associazione, di cui all'art. 305 c.p., cui dovrebbe accompagnarsi l'associazione segreta, quella militare a fini politici, ed infine l'associazione rivolta a ricostituire il partito fascista⁶⁷⁵.

Individuando quattro tipologie di reato, si ritiene che siano quasi del tutto soddisfatte le preoccupazioni relative all'intero impianto associativo politico; in particolare –si sostiene - verrebbero risolti i gravi problemi di indeterminatezza, grazie all'assorbimento da parte del nuovo art. 305 c.p. degli artt. 270-*bis* e 306 c.p., mentre l'art. 270 c.p. andrebbe abrogato.

Altra dottrina individua tre esigenze fondamentali con le quali deve confrontarsi il futuro legislatore: arricchire la struttura oggettiva della fattispecie, evitare il ricorso a fattispecie meramente associative e prendere posizione sul c. d. concorso esterno⁶⁷⁶.

La risposta a questi problemi dovrà consistere, per quanto riguarda il primo punto, in un maggiore ricorso a fattispecie a struttura « mista » o « complessa », grazie alle quali si consente l'intervento penale non nel

⁶⁷³ PADOVANI T., *Bene giuridico e delitti politici*, cit., pag. 28

⁶⁷⁴ PADOVANI T., *Bene giuridico e delitti politici*, cit., pag. 27 ss.

⁶⁷⁵ PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dommatiche*, cit., pag. 567.

⁶⁷⁶ SPAGNOLO, *Reati associativi*, cit., pag. 10

momento della costituzione dell'associazione, ma solo quando gli associati abbiano svolto un'attività esterna⁶⁷⁷. Ai fini del venire in essere del reato si richiede inoltre, soddisfacendo le richieste avanzate da molta dottrina, la presenza dei requisiti dell'organizzazione⁶⁷⁸ e della stabilità e della permanenza della struttura associativa⁶⁷⁹.

Per quanto riguarda invece le fattispecie meramente associative, nelle quali rientrano tutte le fattispecie associative politiche, si propone la previsione di un'unica fattispecie associativa base punita con una pena notevolmente contenuta, destinata ad associazioni che realizzino delitti connotati da scarsa offensività, ed una serie di circostanze aggravanti con pene via via più gravi per le ipotesi di associazioni più pericolose in virtù del loro programma criminale⁶⁸⁰.

Infine, relativamente al delicato problema del cosiddetto concorso esterno, si ritiene opportuno punire la sola condotta di chi realizzi un'attività di sostegno, prevedendo una pena inferiore rispetto alla condotta di partecipazione⁶⁸¹.

Sulle stesse coordinate si muove chi individua quale bene giuridico di riferimento l'« ordine pubblico democratico »⁶⁸², proponendo l'eliminazione delle fattispecie non necessarie o sostenibili, e la conseguente riunione in un contesto unitario « che poggia sull'associazione per delinquere come figura-base e si articola poi a seconda del differente scopo dell'associazione (mera commissione di delitti, finalità di terrorismo politico o di eversione dell'ordine democratico) »⁶⁸³.

⁶⁷⁷ SPAGNOLO, *Reati associativi*, cit., pag. 2

⁶⁷⁸ DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Milano, 1988, pag.274

⁶⁷⁹ DE FRANCESCO, *Societas sceleris. Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pag. 120; SPAGNOLO, *Reati associativi*, cit., pag. 11

⁶⁸⁰ SPAGNOLO, *Reati associativi*, cit., pag. 11

⁶⁸¹ SPAGNOLO, *Reati associativi*, cit., pag. 11

⁶⁸² ROMANO, *Il codice Rocco e i lineamenti di una riforma del diritto penale politico*, cit., pag. 164

⁶⁸³ ROMANO, *Il codice Rocco e i lineamenti di una riforma del diritto penale politico*, cit., pag. 164

Altra dottrina, richiamandosi all'eccezionale esperienza della riforma criminale del 1796 di Leopoldo II, si spinge a proporre l'abolizione dell'intero diritto penale politico, riconoscendo che « l'ideale di civiltà giuridica comporterebbe una progressiva restrizione dell'area dei diritti politici fino ad una tendenziale coincidenza con quella dei reati comuni »⁶⁸⁴. Infine, sembrano totalmente soddisfatte le esigenze di garanzia ed effettività imposte dal diritto penale del fatto, ove, come propone autorevole dottrina, si proceda ad una definitiva esclusione delle fattispecie associative di parte speciale, colmando il vuoto derivante da tale scelta con la previsione di una "particolare" fattispecie associativa di parte generale. Essa dovrebbe risultare un « concorso qualificato dalla stabilità dell'organizzazione e del vincolo associativo, che avrebbe il pregio di semplificare la normativa, come da tempo viene unanimemente auspicato »⁶⁸⁵.

Gli effetti benefici di una tale opzione si diramano su tutti i principi del diritto penale. Il principio di materialità e quello di offensività troverebbero loro piena soddisfazione, poiché la criminalizzazione della struttura associativa verrebbe subordinata ad una valutazione di indubbia pericolosità sul piano dell'offesa ai beni giuridici. Finalmente, troverebbe soluzione anche il problema dell'indeterminatezza normativa e della violazione più volte ricordata del *ne bis in idem* sostanziale. Ancora, verrebbe "rigenerato" il principio di responsabilità personale, grazie al necessario collegamento richiesto tra singolo associato e fatto realizzato, con conseguente gradazione della pena a seconda del ruolo rivestito all'interno della struttura. Proprio a tal fine, si consente il ricorso alla c.d. reità mediata, la quale consentirebbe di applicare pene severe nei confronti di chi,

⁶⁸⁴ GALLO-MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., pag. 13

⁶⁸⁵ MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., pag. 68; ID, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pag. 327 ss. La stessa soluzione è proposta da CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., pag. 347-348

rivestendo ruoli di prim'ordine al vertice dell'associazione, strumentalizza soggetti a lui subordinati per la realizzazione di reati.

Dunque, la tutela dei beni giuridici indicati dal legislatore dovrà trovare una prima risposta nella previsione di fattispecie monosoggettive, alle quali abbinare, ove ne ricorrano le condizioni, l'istituto associativo di parte generale, con conseguente applicazione di un regime sanzionatorio più severo.

Un'ultima annotazione. Il rispetto dei principi in relazione alla sola materia del diritto penale politico non consentirà di risolvere i tanti problemi che oggi investono la "nostra" materia, la quale necessita di un'opera di totale ricostruzione, ancorata ad una rimediazione dei beni giuridici essenziali e delle modalità di aggressione. Dovrebbe, inoltre, affiancarsi un ossequioso rispetto dei principi costituzionali, poiché « la verità è che il sistema penale, quando è chiamato a risolvere problemi fuori dalla sua portata, è destinato a fallire, con la spiacevole conseguenza di perdere in credibilità anche relativamente a quegli ambiti ove potrebbe esprimere efficacemente la sua funzione »⁶⁸⁶.

Ma anche la creazione di un diritto penale il più perfetto possibile non sarà in grado di assolvere il proprio compito se non si procederà ad assunzione di responsabilità da parte di tutte le strutture fondamentali dello stato.

« Un sovrano può fino ad un certo segno influire sull'opinione de' suoi sudditi col mezzo delle leggi, quando comandi ad una grande e vasta nazione... »⁶⁸⁷.

⁶⁸⁶ MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., pag. 243

⁶⁸⁷ BECCARIA, *Brevi riflessioni per ciò che riguarda i delitti politici*, in *Consulte criminali*, 1791, pag. 115, Milano, 2000

BIBLIOGRAFIA

ABEGG J., *Die verschiedenen Strafrechtstheorien in ihrem Verhältnisse zu einander und zu dem positiven Rechte und dessen Geschichte*, Neustadt, 1835.

ALESSANDRI A., *Il 1° comma dell'art. 27*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1991, 1 ss.

ALIMENA F., *L'attività esecutiva nel tentativo*, in *Foro it.*, 1936, IV, 99 ss.

AMATO G.- BARBERA A., *Manuale di diritto pubblico*, V ed., Bologna, 1997.

ANETRINI M., *Associazione per delinquere*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988.

ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983;

- *Il tentativo tra esigenze di punibilità e principio di extrema ratio*, in *Leg. pen.*, 2002, 911 ss.

- *Un modello di tentativo per il codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1098 ss.

- *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Milano, 1994.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale XVI ed.*, a cura di CONTI L., Milano, 2003;

- *Origine e svolgimento della dottrina del delitto mancato*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1911, II, I, 321 ss.

ANTONINI A. A., *Gli «atti preparatori» nel codice e nella legislazione speciale*, in *Giust. pen.*, Roma, 1982, 238 ss.

- ARROYO ZAPATERO L.- GUTIERRÉZ SARZA Á., *Le riforme penali in Spagna fra il 2003 e il 2005*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2005, 700 ss.
- BALAGUER CALLEJÓN F., *Manual de derecho constitucional*, vol. II, Madrid, 2005.
- BATTAGLINI G., *Diritto penale, parte generale*, III ed., Padova, 1949.
- *Diritto penale e politica criminale*, in *Riv. Pen.*, 1915 (LXXXI), 384 ss.
- *Il problema della specificità e del metodo delle differenti branche della criminologia*, in *SP*, 1917, 287 ss.
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, 1764.
- BELING E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906.
- *Grundzüge des Strafrechts*, Tübingen, 1912.
- BELTRANI, *Il delitto tentato*, Padova, 2003.
- BERNARDI-CASELLI-PERDUCA, *I delitti contro la personalità dello stato*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, a cura di BRICOLA F.-ZAGREBELSKY V., V, vol. IV, Torino, 1996, 1 ss.
- BERNER A. F., *Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre*, Berlin, 1843.
- BERSANTI P., *Fondamenti della imputabilità politica del tentativo*, 1884.
- BETTIOL G., *Diritto penale*, VII ed., Padova, 1969.
- BIONDI B., *Il diritto romano cristiano*, II, Milano, 1952.
- BISCARETTI DI RUFFÍA P., *Costituzioni straniere contemporanee*, vol. I, VII ed., Milano, 1990.
- BOSCARELLI M., *Banda armata*, voce in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 35 ss.
- *Associazione per delinquere*, voce in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 865 ss.

BOUCHARD M- CASELLI G. C., *Terrorismo, disciplina penale del terrorismo*, voce *Enc. giur.* XXXI, Roma, 1994.

BRICHETTI G., *Il delitto tentato. Indagini*, Napoli, 1963.

BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Nss. D. I.*, XIX, Torino, 1974, 7ss.

- *Carattere « sussidiario » del diritto penale e oggetto di tutela*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, 101 ss.

- *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione «rivisitato» alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.* 1980, 179 ss.

BROCKHAUS M., *Die strafrechtliche Dogmatik von Vorbereitung, Versuch und Rücktritt im europäischen Vergleich, Unter Einbeziehung der aktuellen Entwicklungen zur Europäisierung des Strafrechts*, Hamburg, 2006.

BRUGI B., *La teorica del conato e l'influsso dei romanisti. A proposito della recente opera del Dott. Cohn*, in *Arch. giu.* 1880, XXV, 439 ss.

BRUNNER H., *Deutsche Rechtgeschichte*, Leipzig, 1887.

VON BURI M., *Zur Lehre vom Versuche*, in *GS*, 1867, 60

- *Versuch und Causalität*, in *GS*, 1880, 321 ss.

- *Questioni d'imputabilità*, in *Riv. pen.*, 1898 (XLVII), 337 ss.

- *Versuch*, in *Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuche*, Leipzig, 1894.

CALISSE C., *Storia del diritto penale italiano dal secolo VI al XIX*, Firenze, 1895.

- *Svolgimento storico del diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche alle riforme del secolo XVIII*, Milano, 1906.

- *Principii di diritto penale nei giuristi del Rinascimento (sec. XIII-XVI)*, in *Studi di storia e diritto in onore di A. Solmi*, I, Milano, 1941, pag. 5 ss.
- CAPALDO ZICCARDI G., *Terrorismo internazionale e garanzie collettive*, Milano, 1990.
- CARACCIOLI I., *Il tentativo nei delitti omissivi*, Milano, 1975.
- CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, 1970.
- CARMIGNANI G., *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Pisa, 1831 II.
- *Elementi di diritto criminale*, Milano, 1863.
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del reato*, Milano, 1933
- CARRARA F., *Studi sul delitto perfetto*, Lucca, 1879;
- *Atti preparatori*, in *Reminiscenza di cattedra e foro*, Lucca, 1883.
- *Programma del Corso di diritto criminale*, VI ed., Prato, 1886.
- *Un pensiero sul tentativo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, IV ed., Firenze, 1899;
- *Grado nella forza fisica del delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, VI ed., Firenze, 1909.
- *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, 1880 VII.
- *Studi sul delitto perfetto*, Lucca, 1789.
- *Sinopsi sulle mie opinioni sul conato*, Lucca, 1878.
- *Sunto di alcune lezioni sul grado nella forza fisica del delitto (conato, complicità)*, Lucca, 1859.
- *Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto (conato, complicità)*, Lucca, 1863.
- *Prolusione al corso accademico di diritto criminale 1870-1871*, Lucca, 1870.
- CARULLO V., *La Costituzione della Repubblica italiana*, Milano, 1959.

CATTANEO M., *Illuminismo e legislazione penale. Saggi sulla filosofia del diritto penale nella Germania del settecento*, Milano, 1993.

CAVALIERE A., *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in AA. VV. *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di GIOSTRA G. ed INSOLERA G., Milano, 1983, 133 ss.

- *Il concorso eventuale nel reato associativo, Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003.

- *Effettività e criminalità organizzata, in criminalità organizzata e risposte ordinamentali tra efficienza e garanzia*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1999, 291 ss.

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

CAVANNA A., *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, in *Annali della facoltà di Giurisprudenza di Genova*, Milano, 1970;

- *Il codice penale napoleonico. Qualche considerazione generalissima, in Codice dei delitti e delle pene per il Regno d'Italia (1811)*, a cura di S. Vinciguerra, Padova, 2002, XIII ss.

CERQUA L. D., *Sulla nozione di terrorismo internazionale*, in *Cas. pen.*, 2007, 1580 ss.

CIVOLI, *Il tentativo*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di PESSINA E., V, Milano, 1904, 221.

COLAO F., *Il delitto politico tra ottocento e novecento*, Milano, 1986.

CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Napoli, 2002.

CONRAD H., *Deutsche Rechtsgeschichte, I, Frühzeit und Mittelalter*, Karlsruhe, 1962.

COSENTINO V., *Il codice penale del 20 novembre 1859*, Napoli, 1883.

CRESPI A.-FORTI G.-ZUCCALÀ G., *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2011.

CRIVELLARI G., *Concetti fondamentali di diritto penale*, Torino, 1888.

CURATOLA P., *Attentato (delitti di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 967 ss.

DAHM G., *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, Berlin und Leipzig, 1931.

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

- *L'enigma del tentativo: vicende sistematiche ed interrogativi politico-criminali*, in *Leg. pen.*, 2001, 927 ss.

- *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 21 ss.

- *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, voce in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, 289 ss.

- *Ratio di « garanzia » ed esigenze di « tutela » nella disciplina costituzionale dei limiti alla libertà di associazione*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984;

- *I reati politici associativi nel codice Rocco: nessi sistematici ed implicazioni interpretative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 679 ss.

- *I reati di associazione politica*, Milano, 1985.

- *Reato politico*, in *Enc. dir.* XXXVIII, Milano, 1987, 897 ss.

DEL CORSO S., *Atti preparatori ed atti esecutivi nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 148 ss;

- *Il tentativo nel codice Zanardelli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 955 ss.
- DEL GIUDICE P., *Diritto penale germanico rispetto all'Italia* (*Estratto dall'Enciclopedia del Diritto penale italiano diretta dal prof. Enrico Pessina*), Milano, 1905;
- *Storia del diritto italiano*, Milano, 1923.
- DE SALVIA M., *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 1999
- DEL TUFO V., *Delitto politico*, voce in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988
- DE VERO G., *I reati associativi politici nell'odierno sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 385 ss.
- *Ordine pubblico (delitti contro)*, IX, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1995, 72 ss.
- DELITALA G., *Le dottrine generali del reato nel Progetto Rocco (i titoli III e IV del Progetto)*, in *Osservazioni intorno al Progetto preliminare di un nuovo codice penale*, Milano, 1927;
- *I limiti giuridici alla libertà di stampa*, in *Diritto penale*, raccolta degli scritti, vol. I, Milano, 1976.
- DELOGU, *La struttura del reato tentato*, in *Annuali di dir. proc. pen.*, 1937, 951 ss.
- DE MARSICO A., *Diritto penale. Parte generale*, Napoli, 1969.
- DE SIMONI, *Dei delitti di mero affetto*, Como, 1783.
- DI GIOVINE O., *Commento all'art. 56 c.p.*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Vol. II, tomo II, a cura di LATTANZI G. E LUPO E., Milano, 2000, 601 ss.
- DI LEO G., *Il delitto politico negli anni 70'*, in *Riv. pen.*, 1998, 17 ss.

- DOLCINI E., *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 10 ss.
- DOLCINI E.–MARINUCCI G., *Codice penale commentato*, II ed., Milano, 2006, 682.
- DONINI M., *Il volto attuale dell' illecito penale*, Milano, 2004
- DORADO MONTERO P., *Sulla lotta tra le scuole penali in Italia*, in *PDC*, 1920, 7 ss.
- FALCINELLI D., *Terrorismo (profili sostanziali)*, voce in *Dig. it. disc. pen. Aggiornamento*, Torino, 2005, 1604 ss.
- FANCHIOTTI V., *Il diritto penale del nemico e i nemici del diritto (strategie antiterrorismo e giurisdizione negli Stati Uniti)*, in *Questione giustizia* 2006, 699ss.
- FERRANONI , *Sintesi di diritto penale*, II ed., Milano, 1940.
- FERRI E., *La riforma della giustizia penale in Italia*, in *Sp*, 1919, 434 ss.
- *Principii di diritto criminale*, Torino, 1928.
- FERRINI – BUCCELLATI, *Ancora sul tentativo nel diritto romano*, Venezia, 1884.
- FEUERBACH A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Giessen, 1805;
- *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positive peinlichen Rechts*, Erfurt, 1799;
- *Anti-Hobbes ovvero I limiti del potere supreme e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, a cura di Mario A. Cattaneo, Milano, 1972.
- FIANDACA G., *il 3° comma dell'art. 27*, in *Commentario della Costituzione* a cura di BRANCA G., Bologna-Roma, 1991, pag. 222 ss.

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, VI ed., Bologna, 2009;

- *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, III ed., Bologna, 2002.

FILANGIERI G., *La scienza della legislazione (1783)*, Venezia, 1796.

FIORE C., *L'idoneità dell'azione nella struttura del fatto tipico*, in *Foro pen.*, 1963, 216 ss.

FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, III ed., Torino, 2008.

GALLO E., *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Milano, 1966;

- *Attentato (delitto di)*, in *Nss. dig. it.*, Torino, 1980, 560 ss.

- *Concorso di persone nel reato e reati associativi*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, pag. 465 ss.

GALLO E.- MUSCO E., *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984

GAMBERINI A., *Il tentativo*, in *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001, 311 ss.

- *Delitti contro la personalità dello stato*, in *Diritto penale, lineamenti di parte speciale*,

II ed., a cura di CANESTRARI-GAMBERINI- INSOLERA-MAZZACUVA-SGUBBI-STORTONI-TAGLIARINI, Bologna, 2000, pag. 3 ss.

GAROFALO R., *Il tentativo criminoso con mezzi inidonei*, Torino, 1881

- *Criminologia*, Torino, 1885.

GEYER A., *Del tentativo*, in *Riv. pen.*, 1881, XIV, 373 ;

- *Ueber die Strafbarkeit untanglichen Versuchshandlungen*, in *Gerichssaal*, 1886.

- *Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht*, München, 1884;

- GENIN J. C., *La répression des actes de tentative en droit criminel romain (Contribution a l'étude de la subiectivite repressive a Rome)*, Lyon, 1968.
- GIACCHETTI C., *Dei reati e delle pene in generale*, Firenze, 1889.
- GIACONA I., *L'idoneità degli atti di tentativo come "probabilità"? Spunti problematici per un'indagine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1333 ss.
- *Il tentativo tra passato e futuro*, in *Leg. pen.* 2002, 922 ss.
- *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, Torino, 2000.
- GIARDINA C., *L'editto di Rotari e la codificazione di Giustiniano*, Milano, 1937.
- GIULIANI U., *Ancora sulla concezione normativa del delitto tentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 771 ss.
- GOLDONI M., *Il racial profiling come misura antiterrorismo*, in *Quest. giust.* 2006, 1023 ss.
- GRASSO G., *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 689 ss.
- GRISPIGNI F., *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, vol. I, Padova, 1932.
- KÖSTLIN C. R., *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen, 1845.
- HÄLSCHNER H., *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Bonn, 1881, I;
- *System des Preußischen deutsche Strafrecht*, Bonn, 1858, I.1.
- HEPP F., *Versuche über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft*, Heidelberg, 1827.
- VON HIPPEL E., *Detusches Strafrecht*, Bd. II, *Das Verbrechen. Allgemeine Lehre*, Berlin, 1930.

- IMPALLOMENI G. B., *Il codice penale italiano*, Firenze, 1890;
- *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1908.
- INSOLERA G., *Terrorismo internazionale tra delitto politico e diritto penale del nemico*,
in *Dir. pen. proc.*, 2006, 895 ss.
- *Reati associativi, delitto politico e terrorismo globale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1325;
- *L'associazione per delinquere*, Padova, 1983.
- ISOTTON R., *Crimen in itinere. Profili della disciplina del tentativo dal diritto comune alle codificazioni penali*, Napoli, 2006.
- KÖSTLIN C. R., *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen, 1845.
- LARIZZA S., *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 123 ss.
- LATAGLIATA A. R., *La desistenza volontaria*, Napoli, 1964.
- *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964.
- LAUDI M., *Terrorismo (diritto interno)*, voce in *Enc. dir.* XLIV, Milano, 1992, 355 ss.
- VON LISZT F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin, 1900;
- *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. it., Milano, 1962.
- LO MONTE E., *Il delitto tentato: contributo all'individuazione della condotta punibile*, Torino, 2012;
- *Il delitto tentato*, in *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, a cura di Fiore C., Moccia S., Cavaliere A., Napoli, 2010, 221 ss.
- MAINWALD M., *Diritto e potere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2004, 3 ss.

- MAGGIORE G., *Principi di diritto penale, parte generale*, Bologna, 1932.
- MAGLIO G. M.–GIANNELLI F., *La configurabilità del tentativo nelle varie strutture criminose*, Salerno, 1994.
- MAJNO L., *Il nuovo codice penale e la scuola positiva*, in *MT*, 1890, I, 61 ss.
- MANIA, *Questioni di legittimità dell'art. 270 commi I, II c.p. in relazione agli art. 2, 3, 18 Cost.*, in *Giur. Cost.*, 1987, II, 272 ss.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale, VII ed.*, Padova, 2011;
 - *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano 1977, 447 ss.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, V ed., vol. II, a cura di
 NUVOLONE P. e PISAPIA G. D., Torino, 1981.
- MARCHETTI, *Istituzioni europee e lotta al terrorismo*, Padova, 1980
- MARCONI G., *I delitti contro la personalità dello stato*, Milano, 1984
- MARCONI P., *Codice penale e regime autoritario*, in *Quest. crim.*, 1981, 129 ss.
- MARINI G., “*Nullum crimen, nulla poena sine lege*” in *Enc. dir.* XXVIII, Milano, 1978, 1950 ss.
- MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, III ed., Milano, 2001.
 - *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV ed. Milano, 2012.
- MARZADURI E., *La disciplina di contrasto del terrorismo internazionale: tra esigenza di tutela delle libertà e bisogno di sicurezza della persona*, in *Leg. pen.* 2005, 419 ss.
- MAZZACANE A., voce *Carmignani Giovanni*, in *Dizionario biografico degli italiani*, Roma, 1977, XX, 415 ss..

- *Una scienza per due regni: la penalistica napoletana della restaurazione*, in *Codice per lo Regno delle Due Sicilie (1819)*, a cura di S. Vinciguerra, Padova, 1996, XXXV ss.

MERKEL A., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889

- *Über "das gemeine deutsche Strafrecht" von Hälschner und den Idealismus in der Strafrechtswissenschaft*, in *ZStW*, 1881 (1), 553 ss.

MESSINA R., *Introduzione allo studio dei delitti contro la personalità interna dello stato*, Milano, 1981.

MEZGER E., *Diritto penale (Strafrecht)*, traduzione italiana a cura dell'Avv. MANDALARI F., Padova, 1935.

MITTERMAIER , *Contribuzione alla dottrina del conato*, in *Scritti germanici di diritto criminale*, Livorno, 1847, pag. 223 ss.

- *Della differenza fra i delitti consumati e tentati e dei gradi del conato (Dissertazione di Mittermaier, estratta dal tomo IV. fasc. 1. del nuovo archivio di diritto criminale)*, Livorno, 1847, pag. 265 ss.;

- *Del punto onde comincia la penalità del conato a delinquere*, in *Scritti germanici di diritto criminale*, Livorno, 1847;

- *Die rechtliche Bedeutung des Ausdrucks: Anfang der Ausführung, zue Bezeichnung des Anfangsunktes des Versuchs mit Rücksicht auf die Rechtsprechung in den verschiedenen Staaten*, in *GS*, 1859, 212 ss.

MOCCIA S., *Ideologie e diritto nel sistema sanzionatorio del codice Zanardelli*, in *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, a cura di S. Vinciguerra, Padova, 1993, pag. 562 ss.

- *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992.
 - *La ‘promessa non mantenuta’, ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.
 - *La perenne emergenza, Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, 1997.
 - *Euforia tecnicistiche nel “laboratorio della riforma del Codice Penale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2002, 453 ss.
 - *Il ritorno alla legalità come condizione per uscire di testa alta da Tangentopoli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1996, 463ss.
 - *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell’)*, voce in *Enc. giur. XXII*, Roma 1990
 - *Sui principi normativi di riferimento per un sistema teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, 1006 ss.
- MONTANARA , *Tentativo (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 117
- MORI F. A., *Teorica del codice penale toscano*, Firenze, 1854.
- MORLACCHINI F., *Gli atti di violenza che integrano il reato di cui al 270-bis del c. p.*, in *Cass. pen.*, 2006, 3162 ss.
- MORSELLI E., *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, XXX, 36 ss.
- *Tentativo (voce)*, in *Dig. it.*, XIV, 183 ss.
- NANI, *Principii di giurisprudenza criminale*, Napoli, 1826.
- NAPPI A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2010
- NAPODANO G., *Il diritto penale italiano nei suoi principii*, Napoli, 1895.
- NICOLINI N., *Del tentativo e della complicità ne’ reati e sue relazioni col tentativo*, Livorno, 1853.

- NOVARESE, *Istituzioni e processo di codificazione nel Regno delle Due Sicilie. Le "Leggi penali" del 1819*, Milano, 2000.
- NUVOLONE P., *Norme penali e principi costituzionali*, Milano, 1957;
- *Legalità penale, legalità processuale e recenti riforme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984.
- PACE A., *Commentario alla Costituzione art. 18*, a cura di BRANCA G., Bologna- Roma, 1977.
- *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, a cura di BRANCA G., Bologna-Roma, 2006
- PADOVANI T., *Diritto penale*, VI ed., Milano, 2002;
- *Bene giuridico e delitti politici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 3 ss.
- *La sopravvivenza del codice Rocco nella « età della decodificazione »*, in *La questione criminale*, 1981, 89 ss.
- *La soave inquisizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1981, 529 ss.
- *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, libro II C.P.*, in *Bene giuridico a riforma della parte speciale*, a cura di Stile A. M., Napoli, 1985, 225 ss.
- PADOVANI G., *Commento al riformato art. 270-bis c. p.*, in *Leg. pen.*, 2005, 558 ss.
- PAGANO M., *Principj del codice penale*, Milano, 1803.
- PAGLIARO A., *Il reato*, in *Trattato di diritto penale* diretto da GROSSO C. F. - PADOVANI T. – PAGLIARO A., Milano, 2007, pag. 343 ss.
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, III ed., Torino, 2008

- *Il tentativo: un problema ancora aperto? (Tipicità ed offesa tra passato e futuro)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2011, 38 ss.
- *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999.
- *Valori costituzionali e diritto penale*, in AA.VV., *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, a cura di PIZZORUSSO A. e VARANO V., Milano 1985, 531 ss.
- *Associazione illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1976, pag. 418 ss.
- *Legge penale*, in *Dig. disc. Pen. VII*, Torino, 1993, pag. 338 ss.
- *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Questione giustizia*, 2006, pag. 667 ss.
- PALIERO C. E., *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 430 ss.
- PANAGIA S., *Il delitto politico nel sistema italiano*, Padova, 1980
- PANZERA F. A., *Terrorismo (disciplina internazionale del terrorismo)*, voce in *Enc. giur.* XXXI, Roma, 1994
- PATALANO V., *Sulle "Leggi penali" contenute nella Parte seconda del codice per lo Regno delle Due Sicilie*, in *Codice per lo Regno delle Due Sicilie (1819)*, a cura di S. VINCIGUERRA, Padova, 1996;
- *L'associazione per delinquere*, Napoli, 1971.
- PELISSERO M., *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000;
- *Reati contro la Personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, Torino, 2010.

PERTILE A., *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione II ed.*, V, Torino, 1892.

PESSINA E., *Il diritto penale da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice penale vigente (1764-1890)*, in *Enc. dir. pen.*, a cura di PESSINA E., II, Milano, 1906, pag. 557 ss.

- *La scuola storica napoletana nella scienza del diritto*, in *Pel cinquantesimo anno di insegnamento di Enrico Pessina*, Napoli, 1899, I

- *Trattati elementari sul diritto penale delle Due Sicilie*, Napoli, 1858, I, e II.

- *Elementi di diritto penale*, Napoli, 1882.

PETROCELLI B., *Il delitto tentato*, Padova, 1966.

PETTA, *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, in *Giur. cost.* 1973, 760 ss.

PUGLIA F., *Manuale di diritto penale*, Napoli.

PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, 2005.

- *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quaderni Costituzionali*, 1983, pag. 93 ss.

- *Delitto politico*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, pag. 358 ss.

- *La teoria del bene giuridico fra codice e Costituzione*, in *La questione criminale*, 1981, pag. 111 ss.

- *Riforma dei reati di opinione?*, in *Corr. Giur.* 2006, pag. 745 ss.

QUADRI R., *Estradizione (diritto internazionale)*, voce in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967

RANIERI S., *Manuale di diritto penale. Parte generale vol. I*, III ed., Padova, 1956.

- Relazione sul progetto preliminare di Codice Penale italiano (Libro I)*, Roma, 1921
- REITANO S., *Le misure di contrasto al terrorismo internazionale tra Unione Europea e normativa italiana di adattamento*, in *Ind. pen.*, 2004, pag. 1174 ss.
- RIDOLA P., *Associazione*, in *Enc. giur.* III, Roma, 1988
- RISICATO, *Tentativo e compartecipazione criminosa nella più recente dottrina tedesca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 283 ss.
- ROBERTI S., *Corso completo del Diritto Penale del Regno delle due Sicilie secondo l'ordine delle leggi penali*, Napoli, 1833.
- ROCCO A., *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1910, 497ss.
- ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, Pavia, 1791
- ROMANO M., *Commento all'art. 56 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004.
- *Il codice Rocco e i lineamenti di una riforma del diritto penale politico*, in *Quest. crim.*, 1981, pag. 145 ss.
- RONCO M., *Banda armata*, in *Enc. giur.* IV, Roma, 1988.
- ROSI E., *Terrorismo internazionale*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2005, pag. 1628 ss.
- ROXIN C., *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II*, München, 2003.
- *La teoría del delito en la discusión actual*, Lima, 2007;
- *Politica criminale e sistema del diritto penale, saggi di teoria del reato* a cura di S. Moccia, Napoli, 2000.
- SABATINI G., *Istituzioni di diritto penale*, 1945
- *Principii di scienza del diritto penale*, II, Catanzaro, 1921

- SALVIOLI G., *Storia del diritto italiano ed. VIII*, Torino, 1921, pag. 684 ss.
- SALVINI G., *L'associazione finalizzata al terrorismo internazionale : problemi di definizione e prova della finalità terroristica.*, in *Cass. pen.* 2006, pag. 3366 ss.
- SANTORO A., *Manuale di diritto penale*, vol. I, Torino, 1958.
- SBRICCOLI M., *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dell'Unità alla repubblica*, a cura di A. SCHIAVONE, Bari, 1990;
- *Crimen laesae maiestatis, Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, 1974.
- SCAGLIONE A., *Misure urgenti per il contrasto al terrorismo internazionale e polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.* 2006, pag. 316 ss.
- SCARANO L., *Origine e sviluppo della nozione di tentativo*, in *Arch. pen.*, 1946, I, 441 ss.
- *Punti fermi nella nozione di tentativo*, in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, pag. 679 ss.
- *Il tentativo*, Napoli, 1952.
- SCHIAFFO F., *Istigazione e ordine pubblico*, Napoli, 2004;
- *Istigazione ed apologia nei delitti contro l'ordine pubblico*, in *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di SERGIO MOCCIA, Napoli, 2007, pag. 139 ss.
- SEEGER H., *Der Versuch der Verbrechen nach römischem Rechte*, Tübingen, 1879.
- SEMINARA S., *Il delitto tentato*, Milano, 2012
- *Contro una configurabilità causale del tentativo*, in *Leg. pen.*, 2002, n. 1-2, 915 ss.

SESSA A., *Tutela penale dell'ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale*, in *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di SERGIO MOCCIA, Napoli, 2007, pag. 1 ss

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

SPAGNOLO G., *Reati associativi*, in *Enc. giur. Aggiornamento V*, Roma, 1996

SUMAN G., *Il codice penale italiano*, Torino, 1892.

TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976.

TARUFFO A., *Terrorismo internazionale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, pag. 1493 ss.

TRAPANI M., *Legge penale*, voce in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, pag 1 ss.

TITTMANN C. A., *Bemerkungen und Beweggründe zu dem Entwurfe eines Gesetzbuches über Verbrechen*, Meissen 1813, I.

ULMANN W., *Der Versuch nach der mittelalterlichen italienischen Lehre*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis - Revue d'Histoire du droit*, XVII, 1941 pag. 28 ss.

VALSECCHI A., *La definizione di terrorismo dopo l'introduzione del nuovo art. 270-sexies c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, 1103 ss.

- *Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen proc.* 2005, 1222 ss.

- *Il problema della definizione di terrorismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1127

VANNINI O., *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, 1952.

- *La scienza del diritto penale e la polemica fra le cosiddette scuole "classica, positiva, eclettica, giuridica"*, in *Riv. Pen.*, 1917 (LXXXV), 219 ss.

- *Il principio dell'assoluto nel diritto penale*, in *Riv. Pen.* 1921 (XCIII), 5 ss.

- “*Tentativo di reato*” e “*reato di tentativo*”, in *Riv. Pen.*, 1914 (LXXIX), 606 ss.
 - *Il valore del pericolo nel tentativo (tentativo impossibile)*, in *Riv. pen.*, 1919 (XXVIII), 174 ss.
 - *La nozione di “attività esecutiva”*, in *Riv. pen.*, 1921 (XCVI), 510 ss.
- VASSALLI G., *Nullum crimen sine lege*, in *Nss. D. I.*, XI, Torino, 1965, 493 ss.
- VERVAELE J. A. E., *La legislazione anti-terrorismo negli Stati Uniti: inter arma silent leges*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2005, 739 ss.
- VIGANÒ F., *Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella vigente legislazione antiterrorismo*, in *Materiale didattico per la Scuola di specializzazione per le professioni legali dell’Università di Catania*, 2010, pag. 172;
- *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, a cura di BERNARDI A. – PASTORE B., Milano, 2008, pag. 107 ss.
 - *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, 648 ss.
- VIGNA P., *La finalità di terrorismo o di eversione*, Milano, 1981
- VINCIGUERRA, *Una penalistica italiana al servizio della politica francese*, in *Le leggi penali di Giuseppe Bonaparte per il regno di Napoli (1808)*, a cura di S. Vinciguerra, Padova, 1998
- WÜRTEMBERGER T., *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, Milano, 1965.
- ZACHARIAE H. A., *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, I, Göttingen, 1836, II, 1839.

ZUCCALÀ G., *Profili del delitto di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 1225

SS.