

CULTURA PENALE E SPIRITO EUROPEO

GABRIELE FORNASARI

È possibile uno statuto europeo condiviso in materia di tentativo?*

Nel presente lavoro si intende esaminare a livello comparatistico i pilastri essenziali della disciplina del tentativo, ovvero il suo campo di applicazione, i requisiti per la sua punibilità, la pena prevista e l'impedimento volontario della consumazione, confrontando i modelli esistenti nei principali ordinamenti dell'Unione Europea, al fine di individuare un possibile terreno comune sulla cui base fondare una proposta di armonizzazione europea della regolamentazione del tentativo, che non sia incompatibile con i principi del nostro diritto penale.

Is it possible a shared European statute about criminal attempt?

In this paper we intend to analyse at a comparative level the essential pillars of the attempt's discipline, that is field of application, the requirements for its punishment, the penalty, and the unimposed failure of the crime's completion, comparing the existing models in the main legal systems of the European Union, in order to identify a possible common ground based on which a proposal for a European harmonization of the attempt's regulation shall be founded, which is not unsuited with the principles of our criminal law.

SOMMARIO: 1. Un quadro introduttivo. - 2. Il campo di applicabilità del tentativo. - 3. I requisiti per la punizione del tentativo. - 4. La pena per il tentativo. - 5. L'impedimento volontario della consumazione. - 6. Spunti per la ricerca di un terreno comune - 7. a) riguardo al campo di applicabilità del tentativo. - 8. b) riguardo ai requisiti per la punizione. - 9. c) riguardo alla misura della pena. - 10. d) Riguardo alla desistenza e al recesso. - 11. Un breve bilancio.

1. *Un quadro introduttivo.* La disciplina del tentativo suscita un notevole interesse in chi si occupa di diritto penale comparato in ragione del fatto che, per restare all'ambito continentale, le legislazioni europee si caratterizzano per avere effettuato scelte del tutto eterogenee in ordine a tutti i pilastri essenziali di quella disciplina; inoltre, a complicare il quadro di una possibile armonizzazione, v'è da sottolineare che i tratti distintivi in questione non sono dipendenti solo da presupposti teorico-dogmatici o da cifre stilistiche diverse proprie dei vari legislatori, ma paiono piuttosto essere espressione di opzioni fondamentali di natura politico-criminale che affondano le radici in premesse sistematiche che connotano le strutture ordinamentali.

* Questo contributo è destinato agli Studi in onore di Giovanni Grasso.

Gli impianti normativi relativi alla materia del tentativo sembrano cioè riflettere opzioni di fondo circa la connotazione (più) oggettiva o (più) soggettiva dei sistemi penali, ciò che chiama in causa non solo un patrimonio di cultura giuridica, ma anche caratteri intrinseci che appartengono alla psicologia e alle tradizioni sociali dei popoli.

Di qui, l'obiettivo difficoltà di individuare uno statuto normativo, e prima ancora uno statuto epistemologico, che possa accomunare gli ordinamenti europei nel disciplinare i limiti, i requisiti, gli ambiti sanzionatori e la rilevanza della resipiscenza dell'autore del tentativo.

Al riguardo, una palestra di studio ancora oggi molto interessante resta l'analisi del progetto di *Corpus Juris* per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea redatto, in seconda edizione, nel 2000, in cui si abbozzava una parte generale comune al cui interno la norma sul tentativo cercava di operare appunto una sintesi dei modelli presenti nelle legislazioni europee, da cui cercherò di trarre spunto per elaborare queste riflessioni.

Il punto di partenza è dato dal fatto che, se vogliamo pensare alla disciplina del tentativo come articolata in quattro tratti essenziali – la gamma dei reati ai quali tale disciplina è applicabile; i requisiti che devono essere presenti perché si possa ritenere integrato il tentativo; il carico sanzionatorio, rispetto a quello previsto per la fattispecie consumata; la punibilità o no delle ipotesi di desistenza e recesso – il quadro dei modelli normativi europei è tale per cui si può affermare con buona approssimazione che non vi siano due Paesi nei quali vengano operate esattamente le stesse scelte riguardo a tutti i punti menzionati.

D'altra parte, questa divaricazione ordinamentale si può almeno in parte spiegare tenendo presente che la fissazione delle regole sul tentativo ha un ruolo nevralgico nella stessa definizione dell'identità di un sistema penale, poiché essa segna a tutti gli effetti il punto di equilibrio che ogni sistema individua tra lecito e illecito nel settore penale; e questa è anche un'ulteriore ragione per la quale l'armonizzazione fondata su una grammatica comune in questo caso non è un risultato facile da ottenere, poiché non si tratta solo di pensare ad adeguamenti di natura tecnica o dogmatica.

La citata esperienza del *Corpus Juris* 2000, ancorché sia rimasta allo stadio di un esercizio intellettuale, riveste ancora un certo interesse come proposta di mediazione fra le regole contenute nei vari codici penali, pur se alle sue spalle non vi era, o almeno non era esplicitato, un ragionamento di fondo circa le opzioni sull'estensione dello *jus puniendi*.

Ciò poteva essere comprensibile in un contesto nel quale ci si voleva limitare a fornire una regolamentazione comune di un numero circoscritto di fattispecie incriminatrici, ma invece nell'ambito di un discorso più generale appare essenziale avere preventivamente le idee sufficientemente chiare riguardo ai connotati di selettività del sistema, non tanto in riferimento, in questo caso, ai tipi di condotte da punire, ma alla soglia di intervento nei confronti di comportamenti che non hanno ancora prodotto la lesione del bene tutelato.

Allargando l'orizzonte geografico, abbiamo oggi anche un altro importante contesto normativo nel quale si è cercato di costruire una regola comune in tema di tentativo, con la rilevante differenza che in questo caso è stata superata la fase meramente progettuale e abbiamo a che vedere con una disposizione giuridica vigente.

Si tratta dello Statuto della Corte penale internazionale, che a sua volta opera una definizione del tentativo all'interno della quale si riconosce lo sforzo dei compilatori di «rinvenire una formula nella quale possano rispecchiarsi i penalisti sia europei che nordamericani»².

Vedremo che anche qui è stato utilizzato il metodo della comparazione per giungere a un risultato di compromesso fra tendenze talvolta tra loro non facilmente conciliabili, senza dimenticare che, così come nel caso del *Corpus Juris*, la disciplina del tentativo contenuta nello Statuto di Roma si iscrive in una parte generale assimilabile a quella dei codici penali nazionali, ma con la particolarità non indifferente di riferirsi ad un numero assai circoscritto di fattispecie incriminatrici, tutte connotate da una eccezionale gravità³.

¹ Va d'altro canto ricordato come nell'edizione del 2000 del *Corpus Juris* fu sostanzialmente fatta ammenda dell'omissione che aveva caratterizzato quella del 1997, che non prevedeva alcuna disciplina del tentativo.

² Così SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2012, 964. Nello stesso senso DEL CORSO, *La disciplina del tentativo*, in *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, a cura di A. Cassese-Chiavario-G. De Francesco, Torino, 2005, 184.

³ Un'altra particolarità che non può essere obliterata, in questo campo, è data dal fatto che le regole

Ora, anche alla luce di queste due esperienze procederò prima a tratteggiare sinteticamente le tendenze emerse riguardo ai quattro pilastri della disciplina del tentativo e gli sforzi compromissori operati per costruire formule normative idonee a trovare applicazione in un ambito territoriale che scavalchi i confini nazionali, poi vedrò quale lezione se ne può trarre ai fini dell'individuazione di una grammatica (il più possibile) comune, e in particolare accettabile dall'angolo visuale del diritto penale italiano.

2. *Il campo di applicabilità del tentativo.* A quali fattispecie di reato si deve applicare la disciplina del tentativo?⁴

Nella maggior parte degli ordinamenti penali, l'effetto moltiplicatore del tentativo viene circoscritto selettivamente a un certo numero di reati, postulandosi che in relazione agli altri, per ragioni che possono essere individuate in una scarsa gravità che suggerisce di punire solo l'effettiva violazione del bene giuridico o nel fatto che già in sé la fattispecie configura un mero reato di pericolo o comunque fa coincidere la consumazione con una rilevante anticipazione della tutela del bene, non sia opportuna un'estensione della punibilità a condotte non consumate.

Bisogna però sottolineare che, se questa è l'opzione più diffusa, non mancano alcuni casi nei quali invece i legislatori non hanno effettuato alcuna delimitazione di questo tipo⁵.

Laddove la selezione avviene, tuttavia, non vi è unicità di criteri in relazione alle sue modalità.

contenute nello Statuto non possono divergere eccessivamente da quelle degli ordinamenti dei paesi che vi aderiscono, alla luce della vigenza del principio di complementarietà: infatti, agli Stati aderenti si pone l'alternativa di giudicare essi stessi dei gravi crimini contemplati nello Statuto oppure accettare, nel caso che non possano o non vogliano farlo, che il giudizio passi alla Corte penale internazionale, sicché è evidente che una incompatibilità fra i due modelli regolativi comporterebbe la grave conseguenza di ammettere esiti di giudizio molto diversi, per lo stesso comportamento, a seconda della non molto prevedibile circostanza che esso venga sottoposto a un tribunale nazionale o a quello internazionale.

⁴ La questione che pongo qui, è opportuno precisarlo, si riferisce solo all'espressa scelta legislativa di configurare la punibilità del tentativo in rapporto alle fattispecie astratte della parte speciale, e non anche alla sua applicabilità a determinate tipologie di condotta, come nei ben noti casi dei reati omissivi propri, dei reati di pericolo o di attentato o dei reati abituali o ancora in presenza di reati circostanziati: qui infatti si tratta piuttosto di questioni di natura dogmatica per la cui soluzione dottrina e giurisprudenza devono fare ricorso ai principi generali.

⁵ Così, per esempio, negli ordinamenti della Svizzera, dell'Austria, dell'Albania, della Polonia, della Spagna, della Russia e della Turchia.

In Italia, come noto, la decisione tranciante del legislatore è stata quella di dichiarare applicabile la disciplina del tentativo ai soli delitti, con esclusione generalizzata delle contravvenzioni.

Si tratta di una scelta che, se può essere criticata in quanto produce alcune dissimmetrie (poiché è indubbio che vi siano illeciti penali contravvenzionali che sono più gravi di alcuni illeciti delittuosi e che a differenza di questi, che possono esserlo, non sono punibili a titolo di tentativo), d'altro canto non lascia dubbi sulle sue conseguenze, e pertanto soddisfa esigenze di certezza sottraendo al giudice ogni discrezionalità.

Gli altri due modelli più seguiti fanno invece riferimento alla gravità concreta delle condotte tipiche, l'uno basandosi sulle soglie di pena, l'altro prevedendo una scelta "a monte" del legislatore, almeno per i reati di medio-bassa gravità, circa le singole fattispecie per le quali ammettere che si sanziona il tentativo.

Così, per esempio, il codice penale portoghese, all'art. 23 co. 1, dispone che, salva disposizione contraria, il tentativo sia punibile solo se il corrispondente fatto consumato è sanzionato con una pena detentiva superiore a tre anni; soluzione analoga, ma con soglie diverse, è quella prospettata nei codici penali della Danimarca (art. 21 co. 3, solo quattro mesi) e della Croazia (art. 33 co. 1, cinque anni).

L'altra alternativa è praticata per esempio dal legislatore tedesco, il quale suddivide i reati in crimini (le ipotesi più gravi) e delitti e, fermo restando che il tentativo è sempre punibile riguardo ai primi, riguardo ai secondi prevede che la sua disciplina sia applicabile solo previa espressa previsione normativa all'interno delle fattispecie di parte speciale, solitamente tramite un comma specifico il cui lapidario tenore testuale è «il tentativo è punibile» («der Versuch ist strafbar»).

Seguono lo stesso schema il codice francese al secondo comma dell'art. 121-4, in virtù del quale è autore, oltre a chi realizza il fatto consumato, chi «tenta di commettere un crimine o, nei casi previsti dalla legge, un delitto» («tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit»), e quello belga, all'art. 53 («La loi détermine dans quels cas et de quelles peines sont punies les tentatives de délits»); solo in parte differente era il modello spagnolo prima della riforma del 2015, dato che l'art. 15 co. 2 prevedeva che fosse san-

zionato il tentativo di tutti i delitti e delle sole contravvenzioni contro la persona e contro il patrimonio; oggi invece la punibilità del tentativo è estesa a tutti i reati, comprese le contravvenzioni, trasformate in delitti lievi.

Non è inutile rimarcare che ho voluto accomunare queste ultime discipline normative per mostrare come esse abbiano in comune la caratteristica di un intervento legislativo *ad hoc* per designare la punibilità di quei reati che non appartengono alla sfera degli illeciti più gravi.

I menzionati riferimenti, però, non sono del tutto sovrapponibili gli uni agli altri, e lo voglio sottolineare anche se è un dato non direttamente influente sul nostro specifico discorso: infatti, in alcuni paesi vige ancora la tradizionale tripartizione in crimini, delitti e contravvenzioni, come per esempio in Francia, che ne è la terra d'origine, dove dunque le contravvenzioni tentate non sono punibili, mentre in altri, come in Germania, le contravvenzioni sono state depenalizzate con la riforma del 1975, dunque non vi sono illeciti penali per i quali valga in ogni caso, come per le nostre contravvenzioni, l'esclusione della responsabilità per il tentativo.

3. *I requisiti per la punizione del tentativo.* Se risulta già abbastanza frastagliato il panorama comparato riguardo al perimetro applicativo della disciplina del tentativo, lo è certamente ancora di più quello che concerne i requisiti richiesti per qualificare un comportamento come reato tentato.

Qui incide molto la menzionata retrostante inclinazione ordinamentale verso una connotazione oggettiva o soggettiva, specie con riferimento al requisito della idoneità degli atti, che nella nostra esperienza diamo per scontato, appunto come espressione di un significativo coefficiente di probabilità non necessariamente vincolato alla rappresentazione dell'autore, ma che invece non lo è affatto, o almeno non negli stessi termini, nella generalità delle esperienze straniere.

Se infatti in pochi casi si fa riferimento espresso alla idoneità degli atti realizzati, come nel caso dell'art. 35 del codice penale turco, che aggancia inequivocabilmente il tentativo all'avere iniziato la condotta criminosa con mezzi idonei a portarla a termine, la soluzione normativa più frequente è quella che si basa sull'inizio dell'esecuzione della fattispecie di reato, una nozione che

peraltro non è scevra di ambiguità e che viene inevitabilmente riempita di contenuto dal lavoro interpretativo della giurisprudenza.

A questo riguardo, è di particolare rilievo l'esperienza francese, dove l'elaborazione giurisprudenziale del *commencement d'exécution* è storicamente consolidata nel senso di non escludere affatto la punibilità a titolo di tentativo nel caso di uso di mezzi inefficaci o di impossibilità materiale, di cui l'autore non è consapevole, di produrre il risultato lesivo.

Va peraltro rilevato che talvolta si riconosce al giudice la facoltà di condonare la pena se la condotta si realizza attraverso atti inidonei o contro oggetti inidonei, come stabilito nell'art. 23 del codice penale sloveno.

Tuttavia, non è infrequente che si operi una distinzione tra inidoneità assoluta e inidoneità relativa, facendo talvolta menzione, in relazione alla prima, dell'istituto del tentativo irreal.

Si tratta di una distinzione importante, perché volta a segnare il confine tra punibilità e non punibilità.

Essa trova in certi casi un diretto riscontro normativo, con formulazioni che vagamente riecheggiano lo schema del reato impossibile regolato da noi nell'art. 49, co. 2 c.p., come avviene nel codice austriaco al § 15, co. 3, nel quale (dopo che nel comma precedente la definizione generale del tentativo non contempla il requisito dell'idoneità) si prevede che il tentativo o la partecipazione ad esso non sono punibili, allorché la consumazione del fatto non sarebbe stata in alcun caso possibile in mancanza di requisiti o rapporti personali, che la legge suppone presenti nell'agente, o a causa della natura dell'azione o dell'oggetto, sul quale il fatto è commesso⁶, o in quello portoghese, che all'art. 23, co. 3 circoscrive la non punibilità ai casi in cui sia manifesta l'inadeguatezza del mezzo adoperato dall'agente o l'inesistenza dell'oggetto materiale dell'oggetto essenziale per la consumazione del reato; in una situazione analoga, il codice tedesco prevede invece solo la facoltà per il giudice di non irrogare la pena.

⁶ Le diverse forme di inidoneità contemplate nell'esperienza austriaca, su cui qui non è possibile soffermarsi ulteriormente, sono descritte minuziosamente in KIENAPFEL-HÖPFEL-KERT, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Wien, 2016, 160 ss.

D'altro canto, si può ricordare che anche laddove la citata distinzione non ha copertura legislativa essa viene talvolta proposta a livello giurisprudenziale, come nel caso del *Tribunal Supremo* spagnolo, che in più occasioni ha mostrato di non avere dubbi sulla punibilità a titolo di tentativo qualora i mezzi si siano effettivamente rivelati inadeguati in una prospettiva *ex post*, ma in una prospettiva *ex ante* un osservatore esterno potesse ritenere possibile la consumazione data l'astratta idoneità dei mezzi stessi⁷, mentre si è mandato il soggetto esente da pena quando l'evento lesivo avrebbe potuto prodursi solo nell'immaginazione dell'autore, per inesistenza dell'oggetto o inadeguatezza assoluta del decorso causale avviato o dei mezzi adoperati⁸.

Insomma, con tutte queste precisazioni si può tuttavia affermare che in generale non è l'idoneità a fungere da criterio guida per la configurazione del tentativo⁹, quanto piuttosto, come anticipato, l'inizio dell'esecuzione del fatto tipico, dunque un fattore che può accostarsi eventualmente alla nostra univocità degli atti.

Per la verità, questo criterio non si manifesta ovunque allo stesso modo, anche perché in effetti presenta in sé qualche margine di indeterminatezza.

Se il codice francese, che ne rappresenta il modello originario, non menziona ulteriori dettagli, così come del resto il testo del *Corpus Juris* 2000, che si limita a prevedere all'art. 11 bis co. 2 che «è colpevole di tentativo chi, con l'intenzione di commettere uno dei fatti [...], realizza un atto che costituisce inizio dell'esecuzione dell'infrazione»¹⁰, nei codici del mondo di lingua tedesca si fa leva in modo particolare sul fattore cronologico, insistendo sul rapporto di immediatezza tra la condotta realizzata dall'agente e l'evento di cui un fattore esterno indipendente ha impedito il verificarsi; così il § 15, co. 2 del codice austriaco¹¹ e il § 22 di quello tedesco¹².

⁷ STS 669/14; STS 2759/15.

⁸ STS 630/04; STS 423/15.

⁹ I riferimenti presenti nel testo sono inevitabilmente sommarî, dati i limiti di questo contributo; per un esame assai approfondito del requisito della idoneità della condotta, con opportuna valutazione dei profili dottrinali e giurisprudenziali, oltre che normativi, riguardo agli ordinamenti della Francia, della Spagna, dell'Austria e della Germania, posso rinviare alla trattazione di SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., 855 ss.

¹⁰ «A person is guilty of a criminal attempt if, with intent to commit an offence [...], he performs an act which constitutes the commencement of the commission of a criminal offence.»

¹¹ «Die Tat ist versucht, sobald der Täter seinen Entschluß, sie auszuführen oder einen anderen dazu zu

Non diversamente, nella sostanza, l'art. 1 del *Criminal Attempts Act* inglese fonda la punibilità sulla circostanza che l'atto realizzato dal soggetto con l'intento di commettere un reato sia "più che meramente preparatorio" rispetto alla consumazione¹³.

Il legislatore spagnolo fa invece leva, all'art. 16 co. 1, non tanto sulla vicinanza nel tempo, quanto sulla circostanza che con fatti esterni si sia già iniziato a realizzare tutti o parte degli atti che integrano la tipicità¹⁴.

Lo sforzo più rilevante per attribuire contenuto e sostanza al criterio dell'inizio di esecuzione è però senz'altro quello compiuto dal legislatore portoghese, il quale, nell'art. 22 c.p., lo eleva indubbiamente a criterio di riferimento, ma poi ha cura di precisare quali atti debbano essere considerati esecutivi, enumerando espressamente: a) quelli che contengono già un elemento costitutivo di un fatto tipico; b) quelli che siano idonei a produrre l'evento tipico; oppure c) quelli che, secondo l'esperienza comune e salvo circostanze imprevedibili, siano di natura tale da far attendere che abbiano come conseguenza atti delle specie indicate negli incisi precedenti¹⁵.

Si tratta, con tutta evidenza, di ipotesi poste in alternativa, quindi è sufficiente che gli atti siano riferibili a una delle tre tipologie per essere considerati esecutivi; per noi è molto interessante notare come il requisito della idoneità degli atti, pur non avendo un valore autonomo, venga qui recuperato come indicatore dell'inizio di esecuzione, pur se ciò non esclude che vi possa essere tentativo punibile anche in presenza di atti inidonei (quanto meno nella forma de-

bestimmen, durch eine der Ausführung unmittelbar vorangehende Handlung betätigt.»

¹² «Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt.»

¹³ «If, with intent to commit an offence to which this section applies, a person does an act which is more than merely preparatory to the commission of the offence, he is guilty of attempting to commit the offence.»

¹⁴ «Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.»

¹⁵ «Há tentativa quando o agente praticar actos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se.

São actos de execução: a) Os que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime; b) Os que forem idóneos a produzir o resultado típico; ou c) Os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos das espécies indicadas nas alíneas anteriores.»

gli atti relativamente inidonei), se essi integrano una delle altre due ipotesi, specie quella sub c), contemplate nella norma.

4. *La pena per il tentativo.* In Italia, l'angolazione "oggettiva" del trattamento del tentativo porta coerentemente con sé una diminuzione obbligatoria del carico sanzionatorio rispetto a quello previsto per la fattispecie consumata, poiché la sola messa in pericolo dell'interesse tutelato, pur se in presenza dello stesso dolo, viene considerata meno meritevole di pena della corrispondente lesione dell'interesse stesso.

Anche in questo caso si tratta di una scelta minoritaria nel panorama comparatistico, pur se trova riscontro in alcuni codici penali europei, come quello portoghese, che all'art. 23 co. 2 individua un'attenuante speciale per l'autore del tentativo, e quello spagnolo, che all'art. 62 non solo impone che la pena per il tentativo sia inferiore di uno o due gradi rispetto a quella prevista per la consumazione, ma fornisce al giudice un criterio di massima per regolarsi nella decisione sull'entità della diminuzione di pena, avendo riguardo al pericolo causato dall'intento dell'agente e al grado di esecuzione del proposito criminoso che è stato raggiunto¹⁶.

Più frequente è l'opzione per una tendenziale parificazione del carico sanzionatorio di tentativo e consumazione, che si motiva con un'attenzione privilegiata non al profilo "oggettivo" dell'esservi stato solo un pericolo e non una lesione del bene, ma a quello "soggettivo", riferito al fatto che sono identici il dolo e il livello di pericolosità sociale dell'autore, oltre alla circostanza che la mancata realizzazione dell'evento lesivo dipende esclusivamente da fattori esterni rispetto alla sua posizione.

¹⁶ Interessante, a questo riguardo, l'esame del modo in cui la giurisprudenza del Tribunal Supremo ha interpretato il dato normativo, ben illustrato da SANTANA VEGA, *Sub Art. 62*, in *Comentarios al Código Penal*, a cura di Corcoy Bidasolo-Mir Puig, Valencia, 2015, 265, a cui rinvio per un maggiore approfondimento: in sintesi, il criterio generale utilizzato per dare applicazione all'indicazione legislativa è stato quello di ridurre la pena solo di un grado nei casi di tentativo compiuto e di due gradi per il tentativo incompiuto e d'altro canto di diminuirla di un solo grado in caso di tentativo con atti idonei e di due gradi per il tentativo inidoneo (STS 627/14); si tratta tuttavia, per ammissione dello stesso Tribunale Supremo, di un criterio tendenziale, dato che poi non si è esitato per esempio a ridurla di un solo grado per il tentativo incompiuto in presenza della prospettiva di un evento grave o al contrario di due gradi per il tentativo compiuto con un pericolo di lieve entità (STS 764/14, STS 29/12).

Alcuni ordinamenti sono coerenti fino in fondo con questa premessa, come quello francese e quello inglese (pur se non è infrequente in entrambi i paesi in questione che la magistratura giudicante faccia leva su disposizioni ordinarie non direttamente afferenti alla disciplina del tentativo per raggiungere l'obiettivo di irrogare pene inferiori rispetto a quelle previste per la consumazione).

Più diffusa, tuttavia, è la tecnica normativa consistente nell'attribuzione al giudice del potere discrezionale di operare una riduzione della sanzione.

Un esempio di ampio potere discrezionale è quello costituito dalla normativa tedesca, poiché il § 23 del codice penale dispone che la pena possa essere facoltativamente diminuita nel caso di tentativo con atti idonei, mentre nel caso di atti inidonei il giudice ha l'amplissima scelta tra la pena prevista per la consumazione, una sua riduzione o addirittura l'esenzione da pena.

Si potrebbe osservare, di fronte a questa soluzione, che essa suscita qualche perplessità circa il rispetto da parte sua del principio di tassatività delle pene, se si pensa per esempio che nel caso del tentativo inidoneo di un omicidio grave (*Mord*, § 211 *StGB*) il trattamento riservato all'autore potrebbe potenzialmente andare dall'esenzione da pena all'ergastolo!¹⁷

Un modello analogo è seguito anche dalla legislazione svizzera, in cui l'art. 22 c.p. peraltro impone in ogni caso l'esclusione della punibilità per tentativo inidoneo nel particolare caso in cui l'autore, per grave difetto d'intelligenza, non si rende conto che l'oggetto contro il quale l'atto è diretto o il mezzo da lui usato per commetterlo è di natura tale da escludere in modo assoluto la consumazione del reato.

Altri ordinamenti partono dal medesimo principio, per declinarlo poi con diverse modalità, come fanno per esempio il legislatore danese, che all'art. 21 co. 2 c.p. menziona in modo espresso i casi nei quali la diminuzione della pena deve essere concessa, ovvero quelli in cui le modalità della condotta sono testimonianza di una scarsa forza e fermezza del dolo dell'autore.

¹⁷ Lo rileva in chiave critica anche una parte minoritaria della dottrina tedesca: cfr. BAUMANN-WEBER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld, 1985, 499. Probabilmente anche in ragione di questa consapevolezza, peraltro, la dottrina tedesca più diffusa esclude a livello interpretativo dalla disciplina del terzo comma del § 23 *StGB* il c.d. "tentativo irrealistico" o "superstizioso", ritenuto comunque non punibile: così JESCHECK-WEIGEND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996, 532.

Infine, abbiamo una situazione ulteriormente diversa, dal punto di vista della tecnica normativa, nel diritto austriaco, dove la norma sul tentativo sembra parificare senz'altro la sua pena a quella relativa alla consumazione, ma poi nel § 34 del codice penale, una delle disposizioni concernenti gli indicatori per la commisurazione giudiziale della pena, troviamo al n. 13 la previsione di una speciale circostanza di attenuazione della pena proprio per i casi in cui l'autore, nonostante la consumazione del reato, non abbia causato alcun danno oppure, ed è il caso che ci interessa, la sua condotta sia rimasta alla soglia del tentativo¹⁸.

5. *L'impedimento volontario della consumazione.* Se elemento essenziale del tentativo è la circostanza che l'evento avuto di mira non si realizzi per un fattore indipendente dalla volontà dell'autore, rappresenta tuttavia una costante della sua disciplina anche la previsione della situazione in cui invece è lo stesso autore a decidere *in itinere* che la propria condotta non sfoci nel risultato inizialmente perseguito.

Fatta questa premessa, è poi necessario precisare che la regolamentazione contenuta nel terzo e quarto comma dell'art. 56 del nostro codice penale, in cui si distingue tra desistenza volontaria, in cui è la condotta a non essere portata a termine, e recesso attivo, in cui alla condotta portata a termine non fa seguito l'evento che essa avrebbe dovuto causare, al fine di dichiarare non punibile la prima e punibile, seppure con pena ridotta, il secondo, costituisce un modello pressoché isolato nel panorama comparatistico.

Infatti, generalmente le due ipotesi vengono trattate allo stesso modo, mantenendo la distinzione al massimo sul piano concettuale, ma di solito raggruppandole sotto la medesima denominazione, e, con le eccezioni che verranno menzionate, la conseguenza della parificazione è quella di mandare comunque esente da pena il soggetto in entrambi i casi, a meno che, come d'altronde prevede anche il nostro codice, non sia già configurabile come un (diverso) reato la porzione di condotta tenuta prima dell'abbandono del proposito criminoso.

¹⁸ «Ein Milderungsgrund ist es insbesondere wenn der Täter [...] trotz Vollendung der Tat keinen Schaden herbeigeführt hat oder es beim Versuch geblieben ist.»

Così, il codice penale spagnolo, all'art. 16 co. 2, esenta dalla responsabilità penale a titolo di tentativo chi eviti volontariamente la consumazione del reato, sia desistendo dall'esecuzione già iniziata, sia impedendo che si realizzi l'evento, e nello stesso senso procedono il codice austriaco, al § 16, e quello tedesco, al § 24, entrambi accomunando quelli che per noi sono due diversi istituti sotto la medesima rubrica: «Rücktritt vom Versuch».

Più analitica è la previsione del codice penale portoghese, che all'art. 24 co. 1, anche qui sotto la medesima rubrica («Desistência»), prevede, sempre con il risultato dell'esclusione della punibilità, non due ma tre diverse situazioni, ovvero quelle, comuni alla generalità dei codici, dell'interruzione della condotta e dell'impedimento dell'evento, ma anche, in aggiunta, quella in cui anche la consumazione si è realizzata, ma l'autore impedisce il verificarsi di un evento non compreso fra gli elementi essenziali del reato, un riferimento che pare attagliarsi alle ipotesi di reati caratterizzati da condizioni obiettive di punibilità.

Non sempre, tuttavia, le due situazioni vengono trattate in ogni caso nel senso della non punibilità: non è così nell'esperienza inglese, nella quale anche in tali casi il soggetto è sanzionato penalmente, e in quella svizzera, dove, ai sensi dell'art. 32 co 1, il giudice ha in entrambi i casi la facoltà, e non l'obbligo, di diminuire la pena o astenersi dall'irrogarla.

6. *Spunti per la ricerca di un terreno comune.* In un quadro comparatistico così variegato, trovare una sintesi e proporre un canovaccio comune per dettare criteri di armonizzazione non è certo semplice, dato che non si tratta di una questione di grammatica giuridica implicante lo scioglimento di nodi di natura tecnica, ma della necessità di bilanciare valori che sono alla base di scelte di fondo operate dai vari ordinamenti.

In tal modo, è inevitabile che si debba rinunciare a qualcosa del proprio modello e della propria tradizione, ma forse allo stesso tempo vi è l'occasione per riflettere sui loro limiti e le loro insufficienze, almeno in relazione ad alcuni aspetti.

Una guida in questa direzione può essere rappresentata dagli sforzi già effettuati a livello sovranazionale per individuare una disciplina comune del tenta-

tivo, producendo come risultati l'art. 11 bis del *Corpus Juris* 2000, rimasto a livello di progetto, e l'art. 25 dello statuto della Corte penale internazionale, che invece è norma vigente e vincolante, sebbene in riferimento ai soli crimini internazionali giudicati dalla Corte.

Beninteso, non è detto che questi risultati debbano essere accolti acriticamente, ma vanno comunque guardati con attenzione e rispetto perché quanto meno sono il frutto di un lavoro di comparazione rivolto proprio a fini di armonizzazione, con l'obiettivo di fornire un modello applicabile per quanto possibile senza confini.

7. a) *riguardo al campo di applicabilità del tentativo*. L'individuazione di un principio comune riguardo alla definizione del campo applicativo della disciplina del tentativo non è tanto complicata in sé, dato che un criterio astrattamente ragionevole (tra quelli previsti nei vari ordinamenti o attraverso una combinazione di essi) non appare difficile da trovare, ma in realtà la vera difficoltà sta nel fatto che può non esservi omogeneità tra le varie esperienze nazionali in relazione a scelte che stanno a monte e che peraltro condizionano il funzionamento delle norme sul tentativo.

Per essere più espliciti, si pensi per esempio all'applicabilità di un criterio che potrebbe apparire neutro e trasversale, come quello di ammettere il tentativo solo per reati la cui pena superi una certa soglia: Il problema qui è che la stessa soglia assoluta può avere un valore relativo diverso in ordinamenti diversi, poiché, restando per semplicità sul terreno della pena detentiva, tanto per fare alcuni esempi si va dalla previsione del codice penale austriaco, che al § 18, co. 2, contempla una pena massima di venti anni, a quella di trenta anni dell'ordinamento italiano, fino a pene ancora più elevate, come i quaranta anni previsti in Spagna per i casi di concorso di reati, in paesi dove peraltro non è contemplata la pena dell'ergastolo.

E allora potrebbe darsi che un limite fissato per esempio a tre anni finisca per includere in alcuni casi, ai fini della non punibilità, solo reati veramente bagatellari e in altri casi anche reati di media gravità.

D'altro canto, qualche dissimmetria potrebbe essere causata anche dall'applicazione del criterio basato sul tipo di reato, visto che le suddivisioni

presenti nei diversi ordinamenti non necessariamente combaciano, fondandosi talvolta sulla tripartizione tra crimini, delitti e contravvenzioni e talvolta su bipartizioni come quella tra delitti e contravvenzioni o quella tra crimini e delitti, e tenendo inoltre presente che le contravvenzioni in alcuni ordinamenti, come quello tedesco, sono state depenalizzate.

Non avrebbe carattere risolutivo, infine, nemmeno l'altro criterio che è presente in qualche codice penale, ovvero quello della determinazione da parte del legislatore, reato per reato (salvi i casi delle ipotesi criminose più gravi), dell'ammissibilità o no della pena per il tentativo, dato che le singole opzioni potrebbero essere differenti a seconda della diversa rilevanza che ogni ordinamento potrebbe attribuire a certe condotte criminose, in ragione dello specifico allarme sociale che esse sono in grado di destare.

Tuttavia, in relazione a questo aspetto della disciplina del tentativo, le marcate differenze che emergono dall'analisi dei vari ordinamenti sono in fondo fisiologiche e rispecchiano legittime sensibilità locali, tra cui non pare troppo difficile trovare ragionevoli punti di convergenza in una prospettiva di armonizzazione.

Innanzitutto, credo che sia apprezzabile la scelta della maggioranza degli ordinamenti, nel senso di non generalizzare l'applicabilità del regime giuridico del tentativo: in fondo, il tentativo è una sorta di reato di pericolo che comporta una (talvolta sensibile) anticipazione della soglia di tutela, con inflizione di una pena perfino in casi (almeno in alcuni codici penali) in cui il bene giuridico non corre nemmeno davvero un pericolo di lesione, pertanto un'impostazione di tipo selettivo è in sé condivisibile.

Quanto alle modalità della selezione, un compromesso adeguato potrebbe essere quello di escludere in ogni caso dalla sfera della punibilità gli illeciti di tipo contravvenzionale (laddove, come da noi e in Francia, non siano stati depenalizzati), mentre riguardo a quelli che da noi sono *tout court* delitti e altrove si suddividono in crimini (più gravi) e delitti (meno gravi) parrebbe congruo estendere la punibilità delle condotte tentate sempre ai crimini, dove la suddivisione sia presente, e ai reati più gravi, individuando per esempio una soglia in relazione al minimo (astratto) della pena, dove essa non sia presente, mentre per i delitti, nel primo caso, e per i soli delitti che non superino

la soglia menzionata nel secondo, potrebbe essere opportuno affidare al legislatore il compito di indicare espressamente in relazione ad ogni singola fattispecie se il tentativo sia punibile, avuto riguardo al livello di allarme sociale e alla rilevanza del bene tutelato.

8. *b) riguardo ai requisiti per la punizione.* La definizione dei requisiti strutturali del tentativo pare essere una questione ben più ostica della precedente in vista di una proposta di armonizzazione.

Ma forse, guardando le cose con più attenzione, almeno in parte le differenze tra i vari assetti codicistici perdono rilievo se si concentra la visione sugli obiettivi materiali dei legislatori.

Infatti, si ha l'impressione che, per esempio, l'univocità degli atti che richiede il legislatore italiano, l'"accingersi immediato" a cui fa riferimento quello tedesco e l'inizio di esecuzione a cui da sempre si richiama quello francese rappresentano in fondo una diversa declinazione della necessità che la condotta da punire si avvicini, logicamente e cronologicamente, a quella consumata descritta dalla fattispecie incriminatrice.

Logicamente, nel senso che non deve trattarsi di una mera *cogitatio*.

Cronologicamente, nel senso che si deve prospettare la verifica dell'evento, che poi non avverrà a causa dell'intervento di fattori esterni, come connessa in modo diretto con la porzione di condotta già realizzata.

Di questo parla anche lo Statuto della Corte penale internazionale, dove, all'art. 25 co. 3, lett. f, si utilizza la formula, peraltro controversa soprattutto a causa della non perfetta coincidenza espressiva nelle diverse lingue ufficiali, del "passo sostanziale" (*substantial step*), con il quale, in fondo, come correttamente sottolineato da Antonio Vallini, si deve intendere la possibilità di comprendere nell'ambito del tentativo punibile anche atti pre-tipici, «ovvero di comportamenti i quali, pur non implicando ancora l'integrazione di elementi costitutivi della fattispecie di riferimento, tuttavia ne rappresentano l'immediato antecedente dal punto di vista logico e cronologico»¹⁹.

¹⁹ Cfr. VALLINI, *Il tentativo*, in *Introduzione al diritto penale internazionale*⁴, a cura di Amati-Costifronza-Lobba-Maculan-Vallini, Torino, 2020, 211 s. Così anche, nella dottrina tedesca, ESER, *Individual Criminal Responsibility*, in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, a cura di A. Cassese-Gaeta-Jones, Oxford, 2002, 812. Ma non si tratta di un punto di vista

Dal canto suo, l'art. 11 bis del *Corpus Juris* 2000 pone pure a fondamento della punibilità del tentativo l'inizio dell'esecuzione, ma poi lo combina con un elemento di natura essenzialmente soggettiva, come è l'intento di commettere uno dei reati previsti nel progetto, tratto dalla definizione contenuta nella citata legge inglese che disciplina il tentativo; non è da escludere che questo approccio sia soggettivo più nell'apparenza che nella realtà (visto che non possono esservi dubbi sul fatto che l'elemento psicologico del tentativo sia il dolo), e che anche qui la formulazione sia volta a richiamare l'immediatezza del risultato voluto rispetto all'azione che ancora si trova *in itinere*.

Del resto, si può ricordare che anche nella tradizione italiana il requisito della univocità degli atti viene interpretato dalla dottrina più condivisibile in termini oggettivi, collegandola alla prossimità logico-cronologica alla consumazione del reato, intendendosi in tal modo come punibili innanzi tutto gli atti che sono già tipici, ma anche quelli che sono in rapporto di stretta anticipazione rispetto ad essi²⁰.

Dunque, in relazione a questo particolare aspetto, sembra che si tratti soprattutto di individuare un uso linguistico soddisfacente che scolpisca in modo adeguato il concetto della immediatezza come cardine della relazione tra condotta ed evento avuto di mira²¹.

incontrastato, poiché altri commentatori ritengono invece indispensabile, per integrare il "passo sostanziale", che venga realizzato almeno un elemento materiale della fattispecie tipica: così, per esempio, WERLE-JESSBERGER, *Völkerstrafrecht*, Tübingen, 2020, 356 e LIÑAN LAFUENTE, *El iter criminis: tentativa y actos preparatorios punibles*, in *Derecho penal internacional*, a cura di Gil Gil-Maculan, Madrid, 2019, 339.

²⁰ In tal senso M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, art. 1-84, Milano, 2004, 594; RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, 195; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte Generale*, Torino, 2020, 537 s.; SEMINARA, *Contro una configurabilità "causale" del tentativo*, in *Leg. pen.*, 2002, 919; la giurisprudenza dal canto suo si allontana talvolta anche notevolmente da questo criterio, come quando ha considerato univoci gli atti nel caso della condotta di alcuni affiliati ad una associazione camorristica, i quali, avendo deciso di eliminare il capo di un clan rivale, avevano predisposto gli strumenti organizzativi necessari, individuando le persone incaricate di localizzare la vittima, nonché il gruppo di fuoco incaricato dell'esecuzione materiale ed un ulteriore gruppo operativo con il compito di favorire l'allontanamento degli esecutori materiali dal luogo del delitto (Cass., Sez. III, 3 giugno 2004, n. 25040).

²¹ Si tratta, del resto, della strada seguita nel Progetto di riforma del codice penale redatto dalla Commissione Grosso, pubblicato nel 2001, in cui veniva proposta all'art. 41 la seguente formulazione: «Chi intraprende l'esecuzione di un fatto previsto dalla legge come delitto, o si accinge ad intraprenderla con atti immediatamente antecedenti, risponde di delitto tentato».

Indubbiamente, ben altra difficoltà presenta, in vista di un obiettivo di armonizzazione, la questione della idoneità degli atti.

Qui infatti incidono in maniera molto rilevante opzioni espressive che riflettono orientamenti di fondo dei singoli ordinamenti, i quali dipendono dall'atteggiamento generale verso la definizione della linea di confine tra liceità e illiceità.

Non è facile dunque mediare tra la convinzione che gli atti debbano essere *ex ante* oggettivamente idonei, magari con una prognosi su base totale²², come sostenuto in Italia da autorevole dottrina, e la convinzione che essi possano anche essere inidonei, almeno relativamente se non proprio assolutamente, talvolta con la specificazione che siano ritenuti idonei nella consapevolezza dell'autore.

Sembra proprio che questo sia il punto in relazione al quale l'impostazione italiana più probabilmente dovrebbe cedere qualcosa in un contesto di armonizzazione, visto che la sensibilità più comune è ampiamente favorevole al riconoscimento della punibilità a titolo di tentativo anche in presenza di atti non necessariamente idonei.

Credo allora che un negoziatore italiano, in un ipotetico tavolo di trattative volto a gettare le basi per una disciplina comune a livello sovranazionale, potrebbe fare un passo verso gli altri negoziatori proponendo una non irragionevole soluzione mediana consistente nell'esclusione dalla sfera del tentativo degli atti assolutamente inidonei (che cioè in nessun caso sarebbero potuti sfociare concretamente nella realizzazione della fattispecie tipica) e nell'inclusione invece di quelli solo relativamente inidonei (che cioè non sarebbero potuti sfociare nella realizzazione della fattispecie tipica in quel caso particolare per via di una circostanza contingente di cui l'autore non fosse

²² Ovvero valutando il tasso di pericolosità del verificarsi dell'evento tenendo conto di tutte le conoscenze di cui poteva disporre obiettivamente un osservatore esterno (così per esempio ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*², Milano, 1994, 302; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*³, Milano, 2020, 529 s.), adottando così un criterio restrittivo, paragonato a quello della valutazione con prognosi su base parziale, che invece tiene conto delle sole conoscenze che sono patrimonio dell'autore, come sostenuto fra i tanti da PADOVANI, *Diritto penale*²², Milano, 2019, 328 s. e LICCI, *Il tentativo*, in *Il reato. Cause di esclusione e di estinzione del reato e della pena. Forme di manifestazione e concorso di reati*, a cura di Ronco, Bologna, 2007, 93. Sui fondamenti sottostanti a queste due contrastanti opzioni, si può vedere GIACONA, *Tentativo*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, vol. VI, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, 5883.

consapevole), eventualmente con una clausola che affidi al giudice il potere discrezionale di escludere la punibilità del fatto qualora l'evento che le circostanze hanno scongiurato avrebbe prodotto in concreto un danno relativamente modesto al bene tutelato, magari facendo espressa eccezione per beni di particolare rilievo, come per esempio l'incolumità pubblica, la vita, l'integrità fisica e la libertà personale.

In tal modo si concederebbe indubbiamente qualcosa sul piano dell'oggettività dell'impianto (di fronte peraltro al carattere compattamente soggettivo della maggior parte degli ordinamenti stranieri), ma in cambio si farebbe salvo in buona misura il connotato dell'offensività.

9. *c) riguardo alla misura della pena.* Come si è visto, anche gli ordinamenti che evidenziano un orientamento decisamente più soggettivo del nostro non giungono generalmente al punto di equiparare *tout court* la pena del tentativo a quella della corrispondente consumazione.

La soluzione più comune sembra quella di attribuire al giudice un ruolo primario, affidando a lui il compito di diminuire discrezionalmente la pena rispetto a quella prevista per la consumazione, di contro al carattere obbligatorio che questa operazione presenta in una minoranza di contesti geografici; colpisce però il fatto che, con isolate eccezioni, tale potere non è assoggettato ad alcun criterio discretivo, anche in codici penali che invece sono tutt'altro che avari di indicazioni quando si tratta di definire più in generale i criteri di commisurazione della pena, anche quando questa abbia efficacia semplicemente infraeditale.

Mi sembra che una linea comune che si potrebbe sensatamente proporre sarebbe quella di rovesciare in sostanza il discorso e stabilire che in linea di principio si debba fissare un carico sanzionatorio inferiore rispetto a quello previsto per la consumazione (più o meno nei termini indicati dal nostro art. 56 c.p.), salva la possibilità discrezionale per il giudice (esclusa però per i casi di inidoneità - relativa - degli atti) di elevare la pena fino alla quota prevista in caso di realizzazione dell'evento, ma solo in situazioni tassativamente determinate, nelle quali per esempio il pericolo corso dall'interesse tutelato sia sta-

to particolarmente acuto o fosse particolarmente imprevedibile il fattore esterno che ha impedito il verificarsi dell'evento.

Questa impostazione del rapporto regola-eccezione sancirebbe la tendenziale differenza "quantitativa" fra tentativo e consumazione, lasciando aperta la possibilità di una equiparazione sanzionatoria solo laddove siano motivatamente ravvisabili estremi di fatto che siano sintomi di un dolo molto intenso, di una elevatissima idoneità della condotta e di una stretta immediatezza rispetto alla consumazione scongiurata.

Una questione particolare, ma di rilevanza pratica tutt'altro che modesta, è quella dell'applicabilità agli autori di un delitto tentato delle pene accessorie che sono previste per il caso in cui il delitto venga consumato.

In genere i codici penali non prendono posizione sul punto, lasciando all'interprete un ampio e indefinito margine di discrezionalità, ma il ruolo sempre più significativo di questa tipologia di pene nell'ambito degli arsenali sanzionatori suggerirebbe l'indicazione di una disciplina espressa, magari differenziata, assunto che in certi casi, come per esempio quelli dell'interdizione dai pubblici uffici o della decadenza dalla responsabilità genitoriale, non appare contestabile la compatibilità razionale con la forma tentata, mentre forse in altri casi la pena accessoria si collega coerentemente solo con la consumazione²³.

10. *d) Riguardo alla desistenza e al recesso.* Questo è l'aspetto sul quale, secondo il mio punto di vista, è più facile per il penalista italiano assecondare la tendenza degli altri ordinamenti europei rinunciando a difendere la scelta effettuata dal nostro legislatore.

²³ Si tratta di una scelta legislativa basata su criteri di opportunità, ma pare preferibile che venga fatta in modo espresso, poiché in Italia l'attuale silenzio legislativo ha dato luogo a tutte le possibili interpretazioni, dall'esclusione radicale (cfr. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*⁸, Torino, 2021, 451) all'applicazione indiscriminata cfr. CERQUETTI, *Pene accessorie*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, 835), passando per una compatibilità legata a determinate condizioni (così per esempio PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 334, facendo leva sul criterio abbastanza incerto per cui le pene accessorie si applicano anche al tentativo se correlate all'entità della pena o alle modalità della condotta, non invece se riferite ad uno specifico delitto per l'ipotesi della consumazione). Dato che oggi le pene accessorie sono in grado di colpire beni fondamentali del condannato, non sembra davvero che si possa delegare una scelta così delicata all'arbitrio giudiziale.

Certo, questa è in fondo coerente con l'impianto oggettivistico della disciplina complessiva del tentativo, dato che indubbiamente chi desiste si ferma prima, non avendo ancora completato l'azione tipica, rispetto a chi invece recede, che porta a termine la condotta e impedisce solo l'evento che ne sarebbe conseguenza, pertanto in effetti la prospettiva della lesione dell'interesse tutelato in quest'ultimo caso si avvicina maggiormente a realizzarsi, e in ragione di ciò si spiega il diverso trattamento sanzionatorio.

Ma non è affatto detto che la logica che sovrintende agli istituti regolati dal terzo e dal quarto comma dell'art. 56 debba essere la stessa del tentativo.

Qui infatti non si fa più questione dell'approntamento di mezzi giuridici volti alla protezione di un interesse rilevante anche a prescindere dal verificarsi di un evento lesivo, ma si collocano nel codice strumenti specialpreventivi funzionali a favorire nel soggetto agente una decisione a favore del bene giuridico, omissiva (nella desistenza) o attiva (nel recesso), da adottare *in itinere criminis*.

E allora, se quello che interessa è l'impegno soggettivo a disinnescare il potenziale offensivo della condotta in corso o già conclusa, è difficile giustificare la scelta di condannare, pur se con una pena ridotta, coloro a cui anzi si richiede nella gran parte dei casi l'impegno più gravoso, ovvero quello di attivarsi per realizzare una controcondotta di impedimento.

In base a queste considerazioni, qui sinteticamente esposte ma svolte in modo più ampio e articolato già diverso tempo fa²⁴, ho sempre ritenuto che la disciplina più adeguata sia quella di porre sullo stesso piano, in termini giuridici, le due situazioni pur materialmente diverse, riservando ad esse il medesimo trattamento, ovvero quello consistente nell'escludere la punibilità, con l'ovvia eccezione dei fatti di per sé illeciti già commessi nella porzione di condotta realizzata prima della decisione dell'autore di non portare a termine il proprio intento criminoso²⁵.

²⁴ In un contributo a cui faccio rinvio per gli opportuni approfondimenti: FORNASARI, *Per un diverso inquadramento delle ipotesi di desistenza e recesso in un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1336 ss.

²⁵ In tal senso anche, nella manualistica, CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2018, 467, in cui si afferma correttamente che il discrimine tra punire e non punire risulta ancorato a un fattore meramente formale (l'aver o no perfezionato l'iter esecutivo) che non incide sul disvalore complessivo della vicenda e inoltre si segnala, a conferma della irragionevolezza della scelta

In fondo, se quello che si chiede all'agente è un cambiamento di direzione della sua volontà a cui segue la messa in sicurezza del bene giuridico fino a quel punto minacciato, non sembra avere primaria rilevanza il punto cronologico in cui ciò avviene; qui pare ben più rilevante la circostanza che non vi siano valide ragioni specialpreventive per sottoporre a sanzione un soggetto che in definitiva non ha preso una decisione contro il bene giuridico.

Non dovrebbero dunque esservi ostacoli a riconoscere che in un procedimento di armonizzazione sia preferibile, anche nella nostra ottica, l'equiparazione nel segno della non punibilità delle situazioni concettualmente riconducibili alla desistenza volontaria e al recesso attivo.

Prima di concludere su questo punto, occorre segnalare che alla costellazione della desistenza appartiene anche una situazione che il nostro codice omette di regolare, ma che ha un'importanza pratica notevole e che non è opportuno lasciare, per la soluzione dei casi problematici, al solo apprezzamento giudiziale, ovvero la desistenza del concorrente dall'impresa criminosa comune²⁶.

Diversi altri codici vi dedicano una norma nella parte generale e anche in una prospettiva di armonizzazione è raccomandabile che questo avvenga, dato che nel panorama comparatistico si delineano due opposte tendenze in sostanza

sistematica, che nella prassi applicativa si registrano talvolta applicazioni decisamente estensive della disciplina della desistenza volontaria a casi probabilmente configurabili come ipotesi di recesso attivo, che non appaiono meritevoli di essere sanzionati penalmente. Analogamente, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*⁸, Bologna, 2019, 503 s. Per una difesa della soluzione codicistica, si veda invece MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*¹⁰, Milano, 454, che fa leva sul dato oggettivo del più elevato tasso di pericolosità della condotta per il bene tutelato nel caso di recesso attivo.

²⁶ In ragione, anche in questo caso, dell'esistenza di una pluralità di soluzioni interpretative che spostano non di poco la frontiera della punibilità, a seconda che si ritenga che per evitare di essere puniti a titolo di concorso basti non partecipare all'esecuzione del fatto tipico, oppure si debba far venir meno il proprio specifico contributo e le sue conseguenze o sia addirittura necessario adoperarsi con successo per impedire che l'evento si realizzi; le ultime due tesi sono state sostenute in dottrina, con prevalenza della prima (così FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 554 s.; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., 566; GAMBERINI, *Tentativo*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001, 323), ma un'accoglienza non marginale, specie in passato, della seconda (così VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, 1950, 90; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*¹⁵, (agg. da L. Conti), Milano, 2000, 578 s.); quanto alla giurisprudenza, dopo varie oscillazioni si è attestata su una posizione più vicina alla tesi dominante in dottrina, affermando che il concorrente, per beneficiare della desistenza volontaria, non può limitarsi ad interrompere la propria azione criminosa, occorrendo, invece, un «quid pluris» consistente nell'annullamento del contributo dato alla realizzazione collettiva e nella eliminazione delle conseguenze dell'azione che fino a quel momento si sono prodotte (così, da ultimo, Cass., Sez. I, 10 gennaio 2014, n. 9284 e Cass., Sez. II, 22 maggio 2019, n. 22503).

riconducibili, ma solo in parte, ai filoni dottrinali che caratterizzano l'esperienza italiana²⁷: ad un orientamento più rigoristico presente per esempio nel codice danese e in quello croato e fatto proprio anche dalle corti inglesi, per cui la pena è esclusa solo se il partecipe riesce effettivamente a impedire la consumazione del reato da parte dei suoi correi, se ne contrappone un altro in virtù del quale l'impedimento non è necessario, purché vi sia stato uno sforzo serio in tal senso da parte del desistente e il fatto viene commesso prescindendo dal suo iniziale contributo, accolto per esempio nei codici di Germania e Portogallo.

Appare evidente che quest'ultimo orientamento merita di essere adottato, essendo il più idoneo a garantire il rispetto del principio di personalità della responsabilità penale.

11. *Un breve bilancio.* La ricerca di uno statuto condiviso in tema di tentativo non è tanto, almeno in primo luogo, una questione di sintassi (come organizzare efficacemente un testo normativo comune), quanto piuttosto un'indagine, ben più a monte, circa gli obiettivi che si perseguono disciplinando tale istituto.

In fondo, è la ricerca di un punto di equilibrio, il più possibile stabile nello spazio e nel tempo, tra l'esigenza di rafforzare - anticipandola - la tutela di beni giuridici di primaria rilevanza e quella di non interferire in attività plurivoche di mera preparazione o addirittura di mero pensiero, da un lato, e tra l'esigenza di colpire un atteggiamento psicologico che non diverge da quello che connota la consumazione e quella di considerare che il bene protetto non ha subito alcun danno, dall'altro.

Poi, è evidente, questi campi di tensione sono all'origine non solo della difficoltà di operare un'adeguata scelta di politica criminale, ma anche del forte pericolo di un *deficit* di determinatezza nella formulazione della fattispecie²⁸.

Ora, da un lato una precisione assoluta nella disciplina del tentativo è un risultato utopistico, dato che si ragiona su qualcosa che non c'è stato, ma d'altro

²⁷ Sommarariamente descritti nella nota precedente.

²⁸ Come sottolineato, con maggiori dettagli, da GUIDI, *Contributo alla riforma del delitto tentato*, Milano, 2013, 11 ss.

lato se ci si chiariscono le idee circa gli obiettivi di tale disciplina è probabile che il risultato dello sforzo di individuare un testo normativo assuma maggiore stabilità.

Credo che gli obiettivi essenziali siano cristallizzabili nel rispetto di alcuni principi fondamentali che sono parte della nostra civiltà giuridica: diritto penale del fatto (e non dell'atteggiamento interiore); principio di *extrema ratio*; responsabilità penale personale; funzione (anche) specialpreventiva della pena.

Lungo il crinale di questa ossatura essenziale si può costruire un impianto normativo che segua le linee che uniscono i punti d'incontro tracciati in riferimento ai singoli aspetti qui trattati.

Avremo uno statuto comune che dovrebbe essere condiviso senza troppe difficoltà, in quanto presuppone: una selezione (verso l'alto in generale e secondo specifici criteri di politica criminale riguardo a illeciti che non facciano parte in sé del novero dei reati di maggiore gravità) del campo di applicazione del tentativo; una definizione abbastanza oggettiva dei requisiti necessari per integrare la fattispecie tentata, che non manca di tener conto di un compromesso tra il fatto che il bene protetto ha solo corso un pericolo (di cui comunque si pesa la possibile diversa rilevanza) e il fatto che il dolo dell'agente non differisce da quello presente nella consumazione; una puntualizzazione di principio, ai fini sanzionatori, della minor gravità del tentativo rispetto alla consumazione, peraltro lasciando in via eccezionale uno spazio per l'equiparazione, se adeguatamente motivata secondo specificati criteri direttivi; un riconoscimento in chiave specialpreventiva della natura esimente di tutte le ipotesi di volontaria interruzione dell'*iter* criminoso nei reati monosoggettivi (o plarisoggettivi, laddove il soggetto sia autore) e di annullamento degli effetti del proprio contributo nei reati plarisoggettivi in cui il soggetto abbia la veste di istigatore o complice, nel rispetto del principio di responsabilità penale personale.

Può darsi che questa, alla luce della nostra tradizione e della nostra consapevolezza dogmatica, non sia per molti la soluzione ideale per una riforma del

nostro ordinamento, ma possa essere invece utile come chiave d'accesso per un percorso comune, che certamente varrebbe la pena intraprendere²⁹.

²⁹ Osservo solo, peraltro, che all'esito della sua poderosa indagine storica e comparata sul tentativo, Sergio Seminara ipotizza, in chiave di riforma, una proposta di testo normativo che non è affatto lontana, in diversi punti, da quanto tratteggiato nel testo e della quale riporto qui di seguito il dettato: «1. Risponde a titolo di tentativo chi intraprende l'esecuzione di un fatto previsto dalla legge come delitto, o si accinge a intraprenderla con atti che immediatamente la precedono, se l'azione non si compie o l'evento non si verifica. 2. Risponde altresì a titolo di tentativo chi, essendo giuridicamente obbligato al compimento di un atto, prima della scadenza del termine si pone volontariamente nell'oggettiva impossibilità di adempiere ovvero, essendo giuridicamente obbligato a impedire l'evento, omette volontariamente l'atto potenzialmente impeditivo in presenza di un grave e attuale pericolo per il bene, se il reato non si compie o l'evento non si verifica. 3. Il tentativo è punibile se per il delitto consumato è prevista una pena nel massimo pari ad almeno tre anni di reclusione, salvo che la legge disponga altrimenti. 4. La punibilità è esclusa nei casi di impossibilità della consumazione dovuta alla manifesta inidoneità della condotta. Essa è altresì esclusa nei casi di inesistenza dell'oggetto e di erronea supposizione che il fatto commesso costituisca un reato. Se nel fatto concorrono gli elementi costitutivi di un reato diverso, si applica la pena stabilita per quest'ultimo. 5. Il colpevole del delitto tentato 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». Cfr. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., 1015 s. Resta fuori dalla proposta il tema della desistenza e in cambio viene dedicato un comma apposito al problema dell'ammissibilità nei reati omissivi, ma nei punti sovrapponibili ai temi trattati nel mio contributo la sola chiara divergenza concerne l'obbligatorietà della diminuzione della pena rispetto alla consumazione, soluzione che personalmente condivido, ma che nella sua assolutezza non è facilmente sostenibile in una prospettiva di armonizzazione.