

PARTE III
LA FATTISPECIE PENALE

SEZIONE I
IL FATTO DI REATO

(Segue)

TITOLO III

LE TIPOLOGIE SUPPLETIVE E IL CONCONSO DI REATI

CAPITOLO I

LE “FORME DI MANIFESTAZIONE” DEL REATO

SOMMARIO: 1. Le clausole generali di incriminazione suppletiva. – 2. Il sottosistema delle tipologie suppletive di reato e la sua tensione con i principi penali di rilevanza costituzionale. – 3. Forme di manifestazione e circostanze del reato. – *Nota bibliografica.*

1. *Le clausole generali di incriminazione suppletiva*

Le tipologie di reato evidenziate dalle norme incriminatrici e approfondite nei precedenti capitoli non esauriscono l'universo dei fatti penalmente rilevanti. Può anzi dirsi che il destinatario del magistero punitivo il quale studi attentamente la parte speciale del codice e l'insieme della legislazione penale, al fine di adempiere i doveri di informazione su di lui gravanti¹, conseguirebbe solo parzialmente il suo lodevole intento: se si limitasse a prendere visione di tutto l'insieme delle norme incriminatrici, gli sfuggirebbe ancora una porzione molto significativa della complessiva 'pressione' del diritto penale sui consociati, che non trova collocazione in quelle fonti normative.

A proposito, ad esempio, di fatti dolosi in danno della vita umana, la pur piena conoscenza dei delitti di omicidio di cui agli artt. 575, 578, 579 e 580 c.p. susciterebbe l'erronea convinzione che la legge penale incrimini soltanto chi abbia cagionato la morte di un uomo attraverso una precisa condotta che abbia attivato, in presenza degli ulteriori elementi caratterizzanti ivi previsti, un processo causale

¹ Sul dovere di informazione in ordine alle leggi penali, nella prospettiva dell'evitabilità dell'errore di diritto, v. *infra*, Sez. II, Cap. I, n. 9 ss.

apprezzabile sul piano empirico. In realtà si viene puniti, a determinate condizioni, anche se la morte non si verifica (*omicidio tentato*), se non si sia presa alcuna parte nell'esecuzione materiale del delitto (*concorso in omicidio*) e addirittura se il soggetto in questione sia rimasto del tutto inattivo (*omicidio mediante omissione*).

Ciò accade in quanto nella parte generale del codice penale si trovano altrettante clausole – c.d. *di incriminazione suppletiva*² – le quali ampliano notevolmente la costellazione delle condotte punibili in tema di tutela, tra l'altro, della vita umana. Viene dunque incriminato non solo chi «cagiona la morte di un uomo» (art. 575 c.p.), ma anche chi «compie atti idonei diretti in modo non equivoco a cagionare la morte di un uomo, se l'azione non si compie o l'evento non si verifica» (art. 575 combinato con l'art. 56 c.p.); sarà punito non solo chi abbia cagionato materialmente l'evento letale facendo uso di un'arma o di violenza fisica, ma anche chi abbia istigato l'autore dell'omicidio o abbia in qualsiasi modo «concorso nel reato di omicidio» (art. 575 combinato con l'art. 110 c.p.); risponderà infine di omicidio doloso anche colui il quale abbia, piuttosto che «cagionato», «non impedito la morte di un uomo che aveva l'obbligo giuridico di impedire» (art. 575 combinato con l'art. 40 comma 2 c.p.).

Le clausole ora richiamate, seppure contenute nella parte generale del codice penale, promuovono una sorta di "aggiunta" alla parte speciale ovvero all'insieme delle norme incriminatrici predisposte dalla legislazione penale³: l'omicidio tentato, il concorso in omicidio e l'omicidio mediante omissione sono rispettivamente previsti da una sorta di (virtuali a livello grafico ma realmente vigenti sul piano normativo) artt. 575 *bis*, *ter* e *quater* c.p.

Considerate quindi nel loro complesso, le clausole di incriminazione suppletiva inaugurano una seconda e successiva fase del magistero punitivo: è come se il legislatore penale, completata la costruzione delle fattispecie tipiche attraverso l'insieme delle norme incriminatrici e invece di contemplare con soddisfazione la propria opera, avverta un improvviso senso di inadeguatezza e il prepotente bisogno di rimettere subito mano al lavoro per ampliare in varie direzioni gli spazi di tutela dei vari beni giuridici interessati. Come risulterà meglio dall'analisi dei singoli istituti, il *surplus* di intervento penale che ne risulta assume dimensioni di straordinaria consistenza, anche per via di un'inopinata tendenza verso interpretazioni estensive, cui proprio in quest'ambito indulgono dottrina e giurisprudenza.

² *Supra*, Parte II, Cap. I, n. 1.1.

³ *Tatbestandszusätze* (aggiunte alla fattispecie tipica) era appunto il termine coniato dalla risalente dottrina tedesca (BELING, 268 ss.) per spiegare dal punto di vista tecnico il fenomeno normativo in questione, più generalmente qualificato in termini di "forme di manifestazione" (*Erscheinungsformen*) del reato.

2. Il sottosistema delle tipologie suppletive di reato e la sua tensione con i principi penali di rilevanza costituzionale

L'insieme delle clausole di incriminazione suppletiva – che la dottrina tradizionale e tuttora prevalente riconduce in buona parte al novero delle “forme di manifestazione del reato”⁴ – rappresenta dunque un vero e proprio sottosistema nell'ambito della complessiva legislazione penale.

Il segno distintivo di tale realtà normativa è peraltro decisamente deteriore, in quanto esprime una diffusa tensione o quanto meno una scarsa congruenza con i principi penali di rilevanza costituzionale⁵. È come se il legislatore, una volta impegnatosi con maggior o minore successo nel conformare a tali principi le tipologie criminose fondamentali, accusi, nel momento di inaugurare la seconda fase del suo intervento, un'improvvisa stanchezza, che lo conduce a ridare fiato a quelle pulsioni politico-criminali sulle quali i principi in questione dovrebbero invece vegliare in ogni momento del magistero punitivo.

Riservando al prosieguo un esame distinto e approfondito, basti qui anticipare alcuni profili problematici esibiti, in rapporto ai principi costituzionali, dai tre istituti che vengono in considerazione.

Con riguardo al principio di legalità, subisce un significativo offuscamento innanzitutto la riserva di legge. La richiamata clausola generale dell'art. 40 comma 2 c.p. fa coincidere la rilevanza penale dell'omissione con i casi di inosservanza di un obbligo *giuridico* di impedire l'evento: ciò significa che l'identificazione della condotta tipica propria del *reato commissivo mediante omissione* è rimessa a qualsiasi fonte normativa, non necessariamente di natura legislativa.

Ma è soprattutto l'istanza di sufficiente determinatezza che risulta pregiudicata, in misura ancora non grave in rapporto al *delitto tentato* e assolutamente inaccettabile nell'ambito del *concorso di persone nel reato*. La formula degli «atti idonei diretti in modo non equivoco», di cui all'art. 56 c.p., seppure aperta ad incertezze ermeneutiche, rappresenta comunque una dignitosa soluzione del formidabile problema tecnico-legislativo di fissare in termini generali e astratti il “momento di inizio dell'attività punibile”⁶. La tautologica definizione del concorso di persone, contenuta nell'art. 110 c.p., rappresenta invece – come già accennato⁷ – un emblematico caso di uso di clausole generali di (sedicente) tipizzazione, in contrasto pressoché insanabile con il principio di sufficiente determinatezza.

Qualche tensione con il principio di offensività, peraltro risolubile sul piano

⁴ L'uso di tale formula, quale cifra sistematica degli istituti del delitto tentato e del concorso di persone nonché, talvolta, delle circostanze del reato, è ricorrente nella manualistica: tra gli altri, FIORE-FIORE, 467 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, 397 ss.; PALAZZO, 467 ss.; PULITANÒ, 431 ss.

⁵ Sul punto, diffusamente, RISICATO, 41 ss.

⁶ *Infra*, Cap. II, n. 2.

⁷ *Supra*, Parte I, Cap. I, n. 3.1.

interpretativo, si riscontra poi nello stesso *delitto tentato*, laddove per definizione il reato non viene portato a compimento e quindi non si verifica l’offesa dell’interesse protetto dalla norma incriminatrice o quanto meno non nel grado da questa richiesto. Non è un caso che proprio in rapporto a tale istituto riaffiorano le mai sopite tendenze della cultura giuridico-penale ad impostazioni di tipo soggettivistico⁸.

Passando quindi al vaglio del principio di personalità della responsabilità penale, occorre prendere atto di come le più gravi ipotesi di *versari in re illicita* previste nella legislazione penale, e non del tutto redimibili in chiave ermeneutica, siano contenute nella disciplina, di nuovo, del *concorso di persone nel reato*. Ai sensi degli artt. 116 e 117, taluno dei concorrenti risponde a titolo di dolo di un reato che non ha voluto realizzare, senza neanche usufruire di quella derubricazione a reato colposo disposta per l’autore individuale dall’art. 83 c.p. nell’analogo contesto dell’*aberratio delicti*.

Infine tutte e tre le “forme di manifestazione del reato” in discorso entrano in rotta di collisione con il principio di frammentarietà, che, pur non godendo di esplicito riconoscimento costituzionale, sappiamo esprimere un’istanza insopprimibile, addirittura coesistente ai processi di incriminazione delle condotte umane⁹. Si è detto che la combinazione delle clausole di incriminazione suppletiva con le norme incriminatrici genera altrettante nuove fattispecie, che si pongono idealmente accanto alla fattispecie di base, allargando notevolmente, sotto vari profili, il complessivo ambito di tutela penale. Ci si sarebbe allora aspettati che il legislatore attivasse in modo selettivo questi meccanismi di ulteriore incriminazione, verificando se davvero ogni figura o gruppo di figure criminose meriti di essere corredato della previsione del tentativo, del concorso di persone e della modalità omissiva di commissione. Solo per la prima “forma di manifestazione” è invece disposta una, seppure minima, delimitazione: il tentativo è infatti incriminato in esclusivo rapporto ai delitti¹⁰. Con riferimento poi al reato commissivo mediante omissione, ci si deve accontentare, salve restrizioni proposte in sede ermeneutica in modo peraltro non univoco¹¹, della delimitazione ai reati dotati di evento naturalistico. La bulimia incriminatrice raggiunge infine il suo acme, ancora una volta, con riguardo alla *fattispecie plurisoggettiva*, configurabile, ai sensi dell’art. 110 c.p., anche nella più bagatellaria delle contravvenzioni¹².

⁸ *Infra*, Cap. II, n. 1.

⁹ *Supra*, Tit. I, Cap. I, n. 3.2.

¹⁰ Più selettiva è l’opzione del codice penale tedesco, che, mentre dichiara sempre punibili a titolo di tentativo i “crimini” (*Verbrechen*), rinvia per i “delitti” (*Vergehen*) ad un’espressa disposizione di legge: *Codice penale tedesco*, § 23, 63.

¹¹ *Infra*, Cap. IV, n. 2.

¹² *Infra*, Cap. III, n. 14.

3. *Forme di manifestazione e circostanze del reato*

Il sottosistema introdotto dalle clausole generali di incriminazione suppletiva coincide solo in parte con gli istituti che la dottrina tradizionale annovera tra le “forme di manifestazione” del reato: rispetto a queste ultime esso si distingue, da un lato, per un’inclusione e, dall’altro lato, per un’esclusione.

L’inclusione, come si è sopra visto, riguarda il reato commissivo mediante omissione, che di solito viene invece annoverato tra le molteplici tipologie di reato, non diversamente da ogni altra che sia immediatamente apprezzabile a livello di norme incriminatrici di base. Addirittura i fautori della “costruzione separata” dei tipi criminosi collocano il reato omissivo improprio, e la coppia concettuale che lo contrappone al reato omissivo proprio, tra quelle tipologie criminose “fondamentali” per le quali si rende necessario un distinto approccio di teoria generale¹³. Ora, è singolare che non sia stata avvertita l’evidente affinità strutturale che lega il reato commissivo mediante omissione al delitto tentato e alla fattispecie plurisoggettiva, istituti espressione tutti e tre di quel processo di incriminazione secondaria sopra descritto, che risulta dall’applicazione di clausole di parte generale alle singole fattispecie delineate nelle varie norme incriminatrici.

Per converso viene tradizionalmente ascrivito alle forme di manifestazione il reato circostanziato, che rappresenta, esso sì, una tipologia criminosa fondamentale, in quanto dotata di un particolare statuto normativo. Peraltro nel reato circostanziato non ricorre nessuno dei profili strutturali propri del fenomeno dell’incriminazione suppletiva; anzi sono in esso riscontrabili aspetti antitetici rispetto a quest’ultimo.

Innanzitutto le circostanze del reato non trovano il loro fondamento necessario in altrettante clausole generali: ciò è apprezzabile, semmai, rispetto alle circostanze *comuni*, ma non alle circostanze speciali, che integrano altrettante fattispecie espressamente individuate nella parte speciale allo stesso livello delle norme incriminatrici di base. Ma è di per sé il fenomeno dell’incriminazione suppletiva che risulta del tutto estraneo all’insieme delle circostanze del reato e non solo, come è immediatamente evidente, alle circostanze attenuanti. La combinazione delle aggravanti comuni *ex art. 61 c.p.* con le fattispecie base promuove una nuova fattispecie, appunto circostanziata, che si pone in rapporto di specie a genere con la prima¹⁴ e non di alternatività o di eterogeneità come il delitto tentato o la fattispecie plurisoggettiva. Il reato aggravato non amplia dunque l’ambito dell’originaria incriminazione, ma si limita a prevedere un trattamento sanzionatorio più oneroso per un fatto che già costituisce reato e con riferimento ad un elemento che comunque avrebbe una sia pure generica valenza aggravante ai sensi dell’art. 133 c.p.¹⁵.

¹³ *Supra*, Tit. I, Cap. II, n. 6.1.

¹⁴ *Supra*, Tit. II, Cap. IV, n. 2.

¹⁵ *Supra*, Tit. II, Cap. IV, n. 8.

Con queste precisazioni, continueremo ad utilizzare la risalente formula delle "forme di manifestazione del reato" quale equivalente della moderna e più corretta denominazione di "clausole di incriminazione suppletiva", intendendo la prima come rigorosamente circoscritta ai tre istituti che saranno trattati nei capitoli che seguono.

*Nota bibliografica **

BELING E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906; DE VERO G., *Le forme di manifestazione del reato in una prospettiva di nuova codificazione penale*, in AA.VV., *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova, 1995, 195; MELCHIONDA A., *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000; NOWAKOWSKY F., *Zur Systematik der Lehre von den Erscheinungsformen des Verbrechens nach der subjektiven Auffassung*, in *Festschrift für T. Rittler*, Innsbruck, 1946; OVERBECK A., *Die Erscheinungsformen des Verbrechens im Lichte der modernen Strafrechtsschule. Kritische Beiträge*, Leipzig, 1909; RISICATO L., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001; ROEDER H., *Die Erscheinungsformen des Verbrechens*, Wien, 1953.

* Riferimenti alla categoria generale delle forme di manifestazione del reato si trovano naturalmente nei lavori aventi ad oggetto il delitto tentato e il concorso di persone nel reato: i succinti richiami di cui sopra vanno dunque integrati con le note bibliografiche dei capitoli seguenti.

CAPITOLO II

IL DELITTO TENTATO

SOMMARIO: 1. Natura e fondamento dell'incriminazione. – 2. Il problema dell'inizio dell'attività punibile. – 3. Il profilo oggettivo del delitto tentato: a) idoneità degli atti. – 4. *Segue*: b) univocità degli atti. – 5. Il profilo soggettivo. – 6. Il tentativo in rapporto alle varie tipologie delittuose. – 7. Desistenza e recesso attivo. – 8. Tentativo e reato putativo. – 9. Tentativo e reato impossibile. – *Nota bibliografica*.

1. *Natura e fondamento dell'incriminazione*

Come già accennato nel capitolo precedente, l'art. 56 comma 1 c.p. dispone che «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 comma 2 dello stesso art. 56 prevede per il delitto tentato una sensibile riduzione di pena rispetto a quella comminata per la fattispecie base: questa viene diminuita da un terzo a due terzi; se si tratta dell'ergastolo, subentra la reclusione non inferiore a dodici anni.

L'inquadramento del delitto tentato nel più ampio contesto delle tipologie criminose suppletive consente di ribadire con maggior consapevolezza quanto già da tempo acquisito in dottrina a proposito della natura della relativa fattispecie. Si tratta di un *autonomo* titolo di reato, che risulta dalla combinazione della clausola generale *ex* art. 56 c.p. con la norma incriminatrice di base e che si pone accanto ad essa con pari dignità. Sarebbe invece errato ravvisare in tale clausola un semplice ampliamento dell'originaria incriminazione¹, che verrebbe in tal modo a configurarsi come una sorta di delitto di attentato² compatibile tanto con il conseguimento quanto con la mancata verifica dell'evento lesivo³.

¹ Il *Tatbestandszusatz* teorizzato a suo tempo da Beling (*supra*, Cap. I, nota 3).

² *Supra*, Parte I, Tit. II, Cap. II, n. 5.2.4.

³ Altrettanto errato sarebbe ravvisare nel delitto tentato una sorta di reato circostanziato attenuato, come potrebbe lasciar intendere la tecnica di individuazione della pena *ex* art. 56 comma 2 c.p. («pena stabilita per il delitto diminuita da un terzo a due terzi»). Il delitto tentato è fattispecie *alternativa* e non certo in rapporto di *specie a genere* rispetto al delitto consumato: la disposizione ora citata non ha

È dibattuta, a livello storico-comparatistico, la questione relativa al fondamento dell'incriminazione del delitto tentato⁴: perché il legislatore non si accontenta di punire l'agente che abbia realizzato un determinato delitto, ma estende l'incriminazione alla manifestazione esteriore di un intento criminoso non attuato? Al fine di fornire risposta all'interrogativo si contendono tradizionalmente il campo una concezione *soggettiva* ed una concezione *oggettiva* del tentativo, cui si accompagnano talora teorie c.d. *miste*⁵.

Secondo il primo orientamento, la ragione che induce a incriminare il tentativo consiste nella necessità di sanzionare di per sé la manifestazione di una volontà criminosa, vuoi perché espressione di *disubbidienza* agli imperativi della legge penale, vuoi perché sintomo di *pericolosità* dell'agente⁶. In questa prospettiva diviene quasi secondaria la consumazione del delitto, mentre il tentativo può assurgere addirittura a prototipo del fatto penalmente rilevante; sul piano legislativo, tale orientamento conduce a incriminare il tentativo anche se *inidoneo* e, se non ad equiparare il trattamento sanzionatorio, quanto meno a prevedere come semplicemente facoltativa la riduzione della pena comminata per il delitto consumato⁷.

In chiave oggettivistica, il fondamento dell'incriminazione del tentativo viene ravvisato nella sia pur ridotta carica lesiva della condotta che lo integra: configuri o meno la fattispecie base un reato di danno, il delitto tentato deve comunque rappresentare un'*esposizione a pericolo* del bene tutelato: come tale, merita di essere punito, in misura necessariamente ridotta rispetto al delitto consumato, se la condotta esprime connotati oggettivi sufficienti a fondare un giudizio di pericolosità nei confronti (non dell'agente, ma) dell'interesse protetto.

È evidente – sulla base di quanto in precedenza esposto a proposito dei principi costituzionali di materialità e di offensività⁸ – che il nostro ordinamento giuridico può accogliere una concezione ed una traduzione normativa del delitto tentato esclusivamente in chiave oggettiva o, quanto meno, in una prospettiva 'mista', che ribadisca, esattamente come avviene per la fattispecie base di delitto consumato, il primato assiologico del disvalore oggettivo d'evento sul disvalore soggettivo d'azione⁹.

dunque a che vedere con il procedimento di commisurazione giudiziale della pena relativo alle circostanze comuni, rappresentando invece lo strumento di determinazione della cornice di pena edittale propria di ciascuna fattispecie di delitto tentato: cfr. MARINUCCI-DOLCINI, 432 s.

⁴ Per un'approfondita indagine v., di recente, SEMINARA, 2012.

⁵ Per un approccio in sede monografica al fondamento della punibilità del tentativo, e per i connessi richiami di dottrina più risalente, v. GIACONA, 2000, 467 ss.

⁶ Altra variante 'soggettivistica' è rappresentata dalla "teoria dell'impressione" (*Eindruckstheorie*), che ravvisa il fondamento della punibilità nel pregiudizio del sentimento di sicurezza dei consociati determinato dalla semplice manifestazione di una volontà delittuosa: cfr. ANGIONI, 2001, 1108.

⁷ È la disciplina prevista nell'ordinamento tedesco: v. *Codice penale tedesco*, § 23, 63.

⁸ *Supra*, Parte I, Tit. II, Cap. II.

⁹ *Supra*, Tit. I, Cap. I, n. 3.1.

Va peraltro riconosciuto che la disciplina codicistica, seppure anteriore alla Costituzione repubblicana, è già di per sé decisamente orientata in tal senso. Determinanti appaiono a riguardo, per un verso, la ripetuta sottolineatura negli artt. 56 e 49 comma 2 c.p., rispettivamente in positivo e in negativo¹⁰, della *idoneità* della condotta a sfociare nell'evento lesivo: requisito, questo, che sollecita chiaramente il riferimento ad un'esposizione a pericolo dell'interesse tutelato. Per altro verso, la significativa e obbligatoria riduzione della pena, prevista dall'art. 56 comma 2 c.p., può spiegarsi solo in considerazione della minore gravità dell'offesa del bene giuridico, dal momento che, dal punto di vista soggettivo della volontà criminosa, il delitto tentato e il delitto consumato esprimono la medesima consistenza.

L'opzione in chiave oggettiva non si riduce naturalmente a mera qualificazione dogmatica: essa deve tradursi in costante e coerente canone ermeneutico laddove, come si vedrà nel prosieguo, l'interpretazione letterale dell'art. 56 c.p. lasci aperte varie soluzioni applicative.

2. Il problema dell'inizio dell'attività punibile

Il fondamentale nodo politico-legislativo che il legislatore penale affronta, nel momento di confezionare una clausola generale relativa al delitto tentato, è quello di stabilire a quale livello di evoluzione dell'*iter criminis* deve collocarsi l'incriminazione: tradizionalmente tale questione viene riassunta nella formula del "problema dell'inizio dell'attività punibile". Con essa si vuol significare che il legislatore ha a disposizione un ventaglio di soluzioni aperto tra due estremi molto divaricati: da un lato, bisogna evidentemente fermare il livello dell'intervento punitivo a prima che il delitto sia commesso; dall'altro lato, potrebbe essere incriminata, sia pure nel rispetto del principio *cogitationis poena nemo patitur*, già la prima manifestazione esteriore della volontà criminosa, come l'acquisto dell'arma destinata all'omicidio, l'assunzione di informazioni sulle abitudini o il pedinamento della vittima designata. Va da sé che sulla scelta finale deve incidere il rispetto non solo del principio di offensività, ma anche di quello di sufficiente determinatezza: la formula legislativa utilizzata non può lasciare margini troppo ampi e incerti all'applicazione giudiziale.

Invero tali esigenze sono state avvertite, sia sul piano legislativo che dottrinale, fin dall'avvento delle codificazioni penali dell'età moderna. A partire dalla formula del codice napoleonico del 1810, che ravvisava il momento di rilevanza penale del tentativo nell'"inizio di esecuzione" del reato, per arrivare all'analogo riferimento dell'art. 61 del Codice Zanardelli al "cominciare con mezzi idonei l'esecu-

¹⁰ Sui rapporti tra le rispettive previsioni del delitto tentato e del reato impossibile v. meglio *infra*, n. 9.

zione del delitto”, è stata teorizzata la distinzione tra *atti esecutivi*, riconducibili in qualche modo alla tipicità del reato di base e legittimamente punibili a titolo di tentativo, e *atti preparatori*, considerati estranei all’ambito del penalmente rilevante in quanto troppo antecedenti rispetto alla fase di vera e propria realizzazione dell’illecito. Eppure le varie configurazioni fornite delle due distinte specie di atti non sono mai apparse realmente risolutive.

Il riferimento all’(inizio dell’) azione tipica, suggerito dalle formule codicistiche sopra riportate, è stato declinato in un’accezione rigorosa (*teoria formale oggettiva*) ed in una più allargata (*teoria materiale oggettiva*). Alla stregua della prima impostazione, per atto esecutivo doveva intendersi, in senso stretto, quello che già corrispondesse per una parte alla condotta descritta dalla norma incriminatrice di base; per il secondo orientamento, la qualifica poteva estendersi anche agli atti non tipici, purché immediatamente antecedenti a quelli tipici¹¹. Mentre la prima teoria finiva per collocare in posizione molto avanzata l’inizio dell’attività punibile, quasi a ridosso della consumazione, l’obiezione tradizionalmente mossa ad entrambe le versioni ne rilevava la scarsa compatibilità con i delitti causalmente orientati, laddove la tipicità tende a sua volta a risolversi in qualsiasi condotta che esprima un legame causale con l’evento. Si profila allora, soprattutto per superare tale obiezione, la variante della *teoria materiale oggettiva individuale*: gli atti prossimi o contingui all’esecuzione del reato, e quindi punibili, andrebbero individuati facendo riferimento al *concreto piano criminoso* dell’agente, cioè alle modalità di realizzazione da lui effettivamente programmate¹².

Più consistenti appaiono ancora oggi i criteri proposti dal Carrara in due distinte fasi del suo pensiero. Innanzitutto il grande penalista individuò quella qualifica di “univocità”, intesa come chiara e indubbia destinazione degli atti a commettere un determinato tipo di delitto, che sarebbe stata accolta nel vigente codice penale (*infra*, n. 4)¹³. Ma di grande interesse risulta anche l’altro criterio destinato ad identificare gli atti esecutivi, indicati come quelli invasivi della sfera personale del soggetto passivo, a differenza degli atti preparatori destinati invece a permanere nella sfera del soggetto attivo¹⁴: evocando la particolare natura della condotta dolosa, propria degli stessi reati causalmente orientati¹⁵, tale criterio potrebbe ancora fornire utili indicazioni a proposito del tentativo penalmente rilevante.

Sta di fatto che l’art. 56 c.p. ha inteso superare la classica distinzione tra atti preparatori ed atti esecutivi collegata con l’“inizio di esecuzione del delitto”, richiedendo, oltre al requisito dell’idoneità già presente nel codice previgente, l’univocità della condotta punibile a titolo di tentativo. Si è a lungo discusso se la nuova formula legislativa abbia rappresentato una reale cesura rispetto all’espe-

¹¹ Per più precisi richiami di dottrina, v., di recente, NOTARO, 81 ss.

¹² Più diffusi riferimenti a tali teorie in ROMANO, 590 e 594 s.

¹³ CARRARA, § 358, 237 ss.

¹⁴ CARRARA, 329 ss.

¹⁵ *Supra*, Tit. II, Cap. I, n. 8.2.1.

rienza precedente e se abbia in particolare assecondato una tendenza politico-legislativa alla rivalutazione degli atti preparatori in vista della configurabilità del tentativo¹⁶. Si tratta in realtà di dispute sterili¹⁷: la formula utilizzata, necessariamente elastica, è compatibile, come sopra accennato, con una pluralità di interpretazioni. Risulta dunque determinante, al di là della stretta valenza lessicale, il canone teleologico che si intenda valorizzare, in senso tendenzialmente soggettivistico od oggettivistico: se si resta doverosamente ancorati a quest'ultima dimensione, i risultati ermeneutici appariranno, come si vedrà nel prosieguo, accettabili.

3. Il profilo oggettivo del delitto tentato: a) idoneità degli atti

L'art. 56 comma 1 c.p. descrive dunque, attraverso i menzionati requisiti di *idoneità* ed *univocità* degli atti, l'aspetto oggettivo della fattispecie di delitto tentato.

La successione delle due qualifiche lascia chiaramente intendere una progressiva concentrazione nell'individuazione del fatto tipico. La prima nota è costituita dall'*idoneità*, la quale, salve le modulazioni di cui è suscettibile, esprime la fondamentale esigenza che nel tentativo debba comunque ravvisarsi la possibilità di realizzazione del delitto e quindi un qualche indice di esposizione a pericolo del bene tutelato, in modo da bandire in partenza pulsioni incriminatrici orientate in senso soggettivistico. La successiva qualifica di *univocità* ha invece il compito di selezionare in via definitiva i comportamenti, più o meno 'pericolosi', che meritano di essere sanzionati penalmente: essa rappresenta la precisa soluzione del c.d. problema dell'inizio dell'attività punibile¹⁸.

Il concetto di *idoneità* esprime – come già avvertito – una vasta gamma di significati in rapporto all'eventualità che gli atti compiuti sfocino nella consumazione del delitto. Di per sé, la "idoneità" segnala una generica capacità, attitudine a determinare un qualche risultato: nella specie, la realizzazione del delitto che viene in considerazione¹⁹. Essa è dunque compatibile, sul piano letterale, con una serie graduata di ulteriori determinazioni, che muovono dalla semplice *non impossibilità*, alla *possibilità*, per giungere poi alla *probabilità* o *verosimiglianza* e infine alla *quasi certezza*.

¹⁶ Per un approfondito esame degli orientamenti dottrinali a riguardo, v., di recente, SEMINARA, 2012, 566 ss. e 933 ss.

¹⁷ Non mancano tuttavia, anche nella giurisprudenza recente, esplicite prese di posizione in favore della rilevanza di atti preparatori, che sfociano in una sensibile anticipazione del tentativo punibile: v., per puntuali richiami, NOTARO, 84 s.

¹⁸ Che sia questa la corretta successione dei due requisiti del tentativo è riconosciuto dalla maggior parte della dottrina: per tutti, ROMANO, 590 e 592. In senso diverso, MARINUCCI-DOLCINI, 440; PALAZZO, 473 s.

¹⁹ Fra gli altri, FIANDACA-MUSCO, 485.

Se si vuole restare fedeli ad una rigorosa collocazione del delitto tentato nell'ambito del principio di offensività, con particolare riguardo alla modalità della *esposizione a pericolo* del bene protetto, bisogna escludere subito le prime due specificazioni del concetto ed esigere quanto meno un giudizio di *probabilità* di realizzazione del delitto come prevedibile conseguenza degli atti in questione. D'altra parte – come pure accennato – può darsi che il delitto, del quale si indaga la forma tentata, sia già di per sé un reato di pericolo: anche un giudizio di probabilità della sua consumazione potrebbe allora apparire insufficiente, poiché esso si attergerebbe, nei confronti della effettiva lesione del bene tutelato dalla norma incriminatrice, come una sorta di *pericolo di pericolo*²⁰ e rischierebbe dunque di fuoriuscire dall'orizzonte di una legittima anticipazione della tutela. Se non si vuole dunque escludere in partenza la compatibilità del delitto tentato con i reati di pericolo²¹, occorre, per questa tipologia criminosa, esigere il livello massimo compatibile con il significato letterale della “idoneità” degli atti: appunto la *quasi certezza* che ad essi faccia seguito la consumazione del delitto²².

Come per ogni valutazione che abbia per oggetto le possibili conseguenze di un comportamento, il giudizio di idoneità degli atti risulta dalla convergenza di due componenti: il *momento* in cui va effettuato e la *base* su cui esso si fonda.

Per quanto riguarda il primo aspetto, è fuori discussione che il *momento* del giudizio si colloca in un tempo (talora anche di molto) successivo al reale svolgersi dei fatti, quando cioè il giudice è chiamato ad accertare la rispondenza di essi alla fattispecie di delitto tentato con particolare riguardo al requisito dell'idoneità. La peculiarità di questo accertamento è dunque che esso procede quando è ormai incontrovertibile che il delitto non è stato consumato: sembrerebbe allora inevitabile che la valutazione degli atti pregressi si concluda sempre in termini di inidoneità, ‘certificata’, per così dire, dal loro esito negativo. Per escludere questo inaccettabile risultato, è necessario che il momento del giudizio venga idealmente anticipato e fatto coincidere con quello in cui gli atti da valutare erano in via di svolgimento: il giudizio deve dunque essere collocato *ex ante*, quando il risultato di tali atti non era ancora noto. La formula, apparentemente contraddittoria, che intende segnalare questa doppia valenza del momento del giudizio, è quella della c.d. *prognosi postuma*, laddove l'aggettivo segnala la sua effettiva collocazione cronologica, *successiva* agli atti da considerare, mentre il sostantivo indica la sua collocazione ideale, *contemporanea* agli stessi.

Per *base* del giudizio si intende l'insieme delle circostanze di fatto con riferimento alle quali viene condotta la valutazione di idoneità degli atti. L'anticipazio-

²⁰ *Supra*, Parte I, Tit. II, Cap. II, n. 5.2.3.

²¹ Sulla compatibilità del delitto tentato con le vari tipologie delittuose v. *infra*, n. 6.

²² Per un'approfondita analisi del grado di intensità del giudizio di idoneità, condotta nel solco della “probabilità logica” e con prospettive differenziate in ragione dell'importanza del bene protetto e della natura di reato di danno o di pericolo della fattispecie base, v. GIACONA, 2000, *passim*; ID., 1993, 1359 ss.

ne del momento del giudizio, sopra spiegata, restringe già di per sé questa ‘base’, in quanto non possono evidentemente venire in considerazione circostanze successive alla condotta dell’agente, che la abbiano sviata o al contrario meglio orientata verso il fine cui era diretta. Ma, sia pure limitando l’esame ai dati di fatto contestuali agli atti posti in essere, sono ancora prospettabili due alternative. Il giudice potrebbe prendere in considerazione *tutte* le circostanze effettivamente presenti, anche se accertate successivamente, oppure potrebbe limitare la sua verifica a quelle che erano in quel momento *conoscibili*, salvo a precisare il parametro di questa conoscibilità.

Per apprezzare meglio le diverse conseguenze cui conduce la scelta tra le due opzioni, si faccia il seguente esempio. Tizio esplode da distanza ravvicinata un colpo di pistola indirizzato verso parti vitali di Caio, suo antagonista; questi barcolla, ma non si abbatte colpito a morte, come si aspetterebbe un ideale osservatore della scena: ciò accade perché Caio, come si apprenderà *a posteriori*, indossava un giubbotto antiproiettile. Se il giudizio di idoneità dovesse assumere a sua base anche questa circostanza, esso si concluderebbe inevitabilmente nel senso della inidoneità degli atti a provocare la morte dell’uomo; se invece la stessa circostanza è esclusa dalla base del giudizio, in quanto non immediatamente conoscibile al momento in cui l’azione viene compiuta, l’esito non può che essere nel senso opposto della idoneità.

La dottrina e la giurisprudenza prevalenti optano per la seconda soluzione (c.d. *base ontologica parziale*), precisando che vanno prese in considerazione solo le circostanze conoscibili, nel luogo e nel tempo della condotta, da parte di un *uomo medio* ovvero di un *osservatore avveduto*, con l’aggiunta di quelle di cui era comunque a conoscenza lo stesso soggetto agente²³. Non mancano tuttavia fautori della prima soluzione, che fondano il giudizio di idoneità degli atti su di una *base ontologica totale*, che comprende cioè anche le circostanze, realmente esistenti al momento di svolgimento della condotta, che sono risultate evidenti solo in un momento successivo²⁴.

Certamente la considerazione della *base ontologica totale*, coincidente con l’insieme di circostanze effettivamente concomitanti alla condotta, conferisce la massima ‘oggettività’ alla valutazione di idoneità-pericolosità della condotta e corrisponde appieno alla *ratio* di incriminazione del tentativo. Eppure un elemento sistematico induce quanto meno a sospendere il giudizio in proposito. L’art. 49 comma 2 c.p., intitolato al *reato impossibile*, sembra infatti voler estendere in taluni casi la base del giudizio di idoneità a circostanze non conoscibili al momento della condotta, quale soprattutto l’“inesistenza” del suo oggetto materiale. Ora, se l’art. 56 comma 1 c.p. andasse già di per sé interpretato nella prospettiva della

²³ Tra gli altri, FIORE-FIORE, 533 s.; PAGLIARO, 2007, 353; ROMANO, 591.

²⁴ Nella manualistica, FIANDACA-MUSCO, 486; MARINUCCI-DOLCINI, 442. V. anche ANGIONI, 1994, 302 ss., che rivede peraltro questa posizione in ID., 2001, 1119 s.

base ontologica totale, l'art. 49 comma 2 c.p. perderebbe la sua ragion d'essere, a meno di non volerlo interpretare in un contesto del tutto diverso da quello del tentativo punibile. Conviene dunque rinviare una definitiva presa di posizione sul punto alla successiva trattazione del reato impossibile²⁵.

Per quanto attiene infine ai *criteri* che debbono governare il giudizio di prognosi, non può che trattarsi, a seconda dei casi, di vere e proprie *leggi scientifiche* o di *massime di esperienza*. Il primo parametro sarà utilizzabile essenzialmente quando, ai sensi dell'art. 56 c.p., «l'evento non si verifica» (tentativo c.d. *compiuto*); le massime d'esperienza, in quanto tendono a stabilire una frequenza di successione tra gli atti di cui si compone la condotta umana, verranno in considerazione essenzialmente quando «l'azione non si compie» (tentativo c.d. *incompiuto*)²⁶.

4. Segue: *b) univocità degli atti*

L'idoneità, specie se valorizzata in chiave di autentica pericolosità, rappresenta un significativo connotato oggettivo di atti che aspirino ad assumere rilevanza penale, pur se non siano sfociati nella commissione del delitto di riferimento. Tuttavia essa non è ancora sufficiente a segnalare la presenza di un *iter criminis* realmente orientato in tal senso, di modo che possa dirsi che un *certo* delitto ha “iniziato” ad essere commesso e “comincia” dunque ad essere punibile. Può darsi infatti che atti, qualificabili come idonei in vista della consumazione di una determinata ipotesi delittuosa, appaiano tali anche rispetto ad altre fattispecie criminose o, addirittura, rispetto ad un esito del tutto lecito.

Si facciano i seguenti esempi. Tizio punta il fucile in direzione di un uomo e appoggia il dito sul grilletto. Tale comportamento può ritenersi idoneo rispetto al delitto di omicidio, ma anche di lesioni personali, se la distanza è tale da risultare compatibile con la direzione del colpo verso parti non vitali; se poi in prossimità dell'uomo è ravvisabile un animale selvatico, l'atto potrebbe essere diretto ad abbattere la selvaggina. Caio viene colto mentre si introduce furtivamente nell'abitazione di una giovane donna. In questo comportamento può ravvisarsi il pericolo di commissione del delitto di furto, ma anche di rapina, di sequestro di persona, di violenza sessuale; non si può peraltro escludere che l'agente voglia soltanto giocare uno scherzo di cattivo gusto a carico di una persona amica.

In queste condizioni, la direzione criminosa degli atti è *equivoca*, cioè compatibile con una pluralità di sbocchi: l'incriminazione a titolo di tentativo di un determinato delitto realizzerebbe dunque una forzatura. Ecco perché l'art. 56 c.p. richiede che gli atti, oltreché idonei, siano «diretti in modo non equivoco a com-

²⁵ *Infra*, n. 9.

²⁶ Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, 441.

mettere un delitto», conferendo così una nota di sufficiente determinatezza alla fattispecie di delitto tentato nella prospettiva della corrispondente figura di delitto consumato. Si aprono certo margini di apprezzamento discrezionale, in qualche misura inevitabili nell'accertamento di tale requisito sulla base delle circostanze del caso concreto; ma il 'messaggio' espresso dall'indicazione legislativa è netto e chiaro: per poter ravvisare gli estremi del tentativo di *quel* delitto, occorre che l'insieme degli atti e il contesto in cui si svolgono indichino senza ombra di dubbio che il comportamento dell'agente è rivolto in *quella* direzione²⁷.

Occorre ribadire che la "base" di questo ulteriore giudizio va limitata ai dati oggettivi della situazione in esame, senza pretendere di ricavare l'*univocità* degli atti da (o far coincidere con) la prova, comunque acquisita, della volontà dell'agente. Questa concezione soggettiva del requisito in parola – sostenuta in passato²⁸ – non è proponibile, in quanto finirebbe per annullarne l'autonomia e confonderlo con il *dolo* del delitto tentato, che va invece accertato, come per ogni ipotesi delittuosa, di per sé e successivamente al profilo oggettivo della fattispecie.

L'annullamento del significato dell'univocità quale criterio di selezione dell'inizio dell'attività punibile, che discenderebbe dall'adesione alla *concezione soggettiva*, è particolarmente evidente nel seguente esempio: Tizio, avendo intravisto in lontananza, dalla finestra, il suo nemico, esce di casa brandendo un'arma da fuoco e dichiarando la sua volontà di ucciderlo agli attoniti familiari, i quali riescono a bloccarlo poco oltre l'uscio e sempre a notevole distanza dal preteso soggetto passivo: il "corto circuito", così instaurato tra una sorta di idoneità dell'atto e l'esistenza del proposito criminoso, determinerebbe un'insostenibile anticipazione del tentativo punibile, se non si richiedesse l'univocità oggettiva degli atti, nell'esempio chiaramente assente.

L'accertamento della univocità, e più in generale dell'"inizio" dell'attività punibile, quale caratteristica oggettiva degli atti di tentativo, può avvenire in quanto si abbia come punto di riferimento modalità *tipiche* di realizzazione di quel certo delitto. Trova dunque conferma quanto sopra sostenuto circa la necessità di ravvisare, al di là dell'interpretazione letterale, un'effettiva condotta tipica anche nei reati dolosi c.d. a forma libera²⁹. Tornando all'istruttivo esempio del *nipote avido* che induce lo *zio ricco* a scegliere l'aereo come mezzo di locomozione in vista di un auspicato disastro, l'evidente impossibilità di ravvisare in tale comportamento un tentativo di omicidio tutte le volte che il viaggio si concluda felicemente dipende appunto dal fatto che si tratta di una condotta – idonea o meno che voglia considerarsi – di per sé del tutto estranea all'art. 575 c.p., esattamente come è estranea alla fattispecie di rapina o estorsione (artt. 628 e 629 c.p.) una condotta non qualificabile in termini di violenza o minaccia.

²⁷ Per esemplificazioni riferite a varie tipologie delittuose, nel quadro di una concezione oggettiva dell'univocità ispirata alla *teoria materiale oggettiva individuale* (*supra*, n. 2), v. ROMANO, 595 s.

²⁸ Riferimenti, di recente, in NOTARO, 105 s.

²⁹ *Supra*, Tit. II, Cap. I, n. 8.2.

5. *Il profilo soggettivo*

Quanto in ultimo osservato, a proposito del possibile scivolamento del requisito dell'univocità sul piano soggettivo, conferma *ad abundantiam* ciò che viene suggerito in materia da una sorta di immediata 'precomprensione': il tentativo è una "forma di manifestazione" compatibile esclusivamente con il delitto doloso. Ma, al di là di quanto già suggerisce il significato del termine nel lessico comune, la delimitazione del tentativo ai delitti dolosi risulta, sul piano strettamente tecnico-giuridico, dalla seguente considerazione: in quanto definito dall'art. 56 come "delitto", il tentativo è soggetto alle regole generali sancite in punto di elemento soggettivo dall'art. 42 comma 2 c.p.³⁰; implicita, dunque, la rilevanza del dolo, va invece esclusa quella della colpa e della preterintenzione, alle quali non fa espresso richiamo l'art. 56 c.p.

Altrettanto fondata è la ricorrente affermazione che, sotto il profilo soggettivo, nessuna differenza è riscontrabile tra il delitto consumato e il delitto tentato: «Il dolo del tentativo è il dolo della consumazione»³¹.

5.1. Sulla base di queste premesse, suscita una qualche meraviglia il fatto che sia da sempre dibattuta la questione se possa ritenersi compatibile con il delitto tentato il *dolo* nella sua forma *eventuale*³². Ci si aspetterebbe invero che la soluzione negativa fosse proposta da quanti aderissero a quella concezione "soggettiva" della univocità degli atti sopra richiamata: se si identifica tale requisito con la prova dell'intenzione criminosa, è giocoforza circoscrivere il delitto tentato alle ipotesi di dolo, appunto, *intenzionale*, escludendo il dolo eventuale e lo stesso dolo diretto.

Eppure i fautori della incompatibilità del dolo eventuale con il delitto tentato sono ben fermi nel sostenere anch'essi una concezione "oggettiva" degli atti univoci, i quali debbono segnalare di per sé la loro chiara direzione verso la consumazione del delitto in questione. Essi ritengono tuttavia che tale caratterizzazione del comportamento materiale non possa non trovare altresì riscontro in un corrispondente atteggiamento psicologico dell'agente: insomma l'univoca direzione finalistica sarebbe requisito che permea di sé tanto il profilo oggettivo quanto quello soggettivo del tentativo³³.

La più argomentata di tali posizioni fa leva sulla necessità che, come in ogni delitto doloso, la fattispecie materiale del tentativo trovi esatta corrispondenza nella rappresentazione e nella volontà dell'agente. Costui dovrebbe dunque rappresentarsi il requisito oggettivo della direzione univoca dei suoi atti a commette-

³⁰ *Supra*, Tit. II, Cap. I, n. 1.

³¹ Per tutti, ROMANO, 588.

³² Ampi e diffusi richiami di dottrina e giurisprudenza, di recente, in NOTARO, 111 ss.

³³ Tra gli altri, FIANDACA-MUSCO, 492 ss.; PADOVANI, 281; PALAZZO, 476 s.

re il delitto; e ciò potrebbe evidentemente accadere solo se egli possiede già a livello soggettivo la relativa intenzione criminosa³⁴. Sennonché è agevole replicare che l'univocità, come la stessa idoneità della condotta, non è requisito che debba essere assunto di per sé ad oggetto del dolo: esso segnala una *valutazione* della consistenza materiale della condotta di tentativo, che sta “nella testa” dell'osservatore esterno e non necessariamente dello stesso soggetto agente. Costui deve rappresentarsi e volere, secondo le varie forme proprie del dolo, nient'altro che tutti gli elementi materiali della fattispecie criminosa: sarebbe strano pretendere, in termini di necessaria intenzionalità, qualcosa di più, quasi a compensare il meno che il tentativo registra sul piano della fattispecie oggettiva.

Va dunque ribadito che, una volta accertata rigorosamente la direzione obiettiva univoca degli atti, l'indagine sul carattere intenzionale, diretto o eventuale del dolo può e deve svolgersi secondo i consueti canoni e senza delimitazioni pregiudiziali³⁵. L'apprezzabile orientamento restrittivo, sotteso all'opinione che afferma l'incompatibilità del dolo eventuale con il tentativo, va valorizzato ad altri livelli: in particolare, collegando più strettamente l'univocità degli atti al profilo di tipicità della condotta dolosa anche e soprattutto nei reati c.d. a forma libera.

Riprendendo l'esempio proposto a suo luogo³⁶, il lanciatore di coltelli, il quale, invece di colpire con esito letale, conficca l'arma ad un pelo dal viso dell'ignaro viaggiatore seduto di fronte a lui e assunto arbitrariamente come inconsapevole bersaglio di una delle sue ‘esercitazioni’, ha posto in essere atti diretti in modo non equivoco a cagionare la morte dell'uomo, poiché ha (più che “cominciato”) realizzato l'intera azione tipica del delitto *ex art. 575 c.p.* Sarà poi compito dell'indagine sull'elemento psicologico accertare se egli voleva, con questa azione, uccidere il mortale nemico, occasionalmente incontrato nella sala d'attesa della stazione, o semplicemente esercitarsi nella sua arte senza alcuna ‘intenzione’ omicida: nell'uno e nell'altro caso, egli risponderà certamente di omicidio tentato con pena diversamente graduata nei limiti edittali.

È invece dubbio che debba rispondere di omicidio tentato con dolo eventuale colui il quale, nell'esempio di solito richiamato, incendi con intento di distruzione un edificio apparentemente disabitato, cagionando la morte di colui che vi si trovava occasionalmente a dormire e la possibilità della cui presenza si assume sia stata rappresentata da parte dell'agente. Qui manca del tutto la condotta tipica di omicidio doloso, che richiederebbe, già dal punto di vista obiettivo, la precisa consapevolezza di tale presenza da parte dell'agente, di modo che la sua condotta si configuri come invasiva, aggressiva della altrui sfera di libero godimento dei propri diritti. La soluzione corretta di tale esempio è, in caso di decesso del malcapitato abitante, nel senso dell'*incendio* in concorso con *omicidio colposo aggra-*

³⁴ GALLO, III, 89.

³⁵ Cfr., nella manualistica, MARINUCCI-DOLCINI, 444 s.; PULITANÒ, 460 s.

³⁶ *Supra*, Tit. II, Cap. I, n. 14.2.1.

vato (*aberratio delicti* plurilesiva ex art. 586 c.p.)³⁷; in caso invece di fortunoso salvataggio, ricorre il solo *incendio*, posto che il tentativo non è mai configurabile rispetto al delitto colposo. Se invece il ‘dubbio’ dell’agente, ben consapevole della presenza dell’uomo, riguarda solo le *chances* di quest’ultimo di scampare al pericolo, si configura pienamente il dolo eventuale, tanto nella consumazione quanto nel tentativo, poiché è presente la caratteristica carica di disvalore oggettivo della condotta dolosa nei termini ora richiamati.

6. *Il tentativo in rapporto alle varie tipologie delittuose*

Si è già detto come il tentativo non sia configurabile né rispetto alle *contravvenzioni* né rispetto ai *delitti colposi* e *preterintenzionali*.

Al di là di queste più o meno esplicite delimitazioni da parte dello stesso legislatore, occorre verificare se i requisiti strutturali del tentativo siano compatibili con le ulteriori più significative tipologie delittuose oggetto di studio nella parte generale del diritto penale: i dubbi possono insorgere con riguardo alle seguenti categorie criminose.

A) Viene innanzitutto in rilievo la figura del delitto circostanziato, sempreché – conviene ribadire – la corrispondente fattispecie base sia di natura dolosa.

In proposito si distinguono in dottrina e talora in giurisprudenza due specie di tentativo: il *tentativo circostanziato di delitto* e il *tentativo di delitto circostanziato*. L’uno ricorrerebbe se gli atti compiuti già denunciano la presenza dell’elemento circostanziale, come quando Tizio realizza un omicidio tentato a carico del proprio genitore (art. 577 comma 1, n. 1, c.p.); l’altro si configurerebbe ove sia possibile affermare che, se il delitto fosse giunto a consumazione, sarebbe stato assistito dalla presenza della circostanza in questione, come quando Tizio tenta di rubare, senza riuscirci, un quadro di rilevante valore (art. 61, n. 7, c.p.)³⁸. Il tentativo della prima specie è considerato pressoché unanimemente punibile, in vista del fatto che la circostanza è già materialmente presente; quello della seconda specie viene in prevalenza escluso, sulla base dell’inversa motivazione dell’assenza “ontologica” della circostanza³⁹; ma talora è ritenuto ugualmente configurabile⁴⁰.

In realtà queste impostazioni, complicate dall’ulteriore ipotesi di realizzazione solo parziale della circostanza nel contesto degli atti di tentativo, sono fuorvianti. Il *delitto circostanziato tentato* – è questa l’unica qualificazione realmente corretta –

³⁷ *Supra*, Tit. II, Cap. I, n. 24. Per l’ascrizione alle ipotesi legislative di divergenza tra voluto e realizzato della gran parte dei casi di solito ascritti al dolo eventuale, v., di recente, CAMAIONI, 552 ss.

³⁸ Per puntuali riferimenti di dottrina e giurisprudenza, v., di recente, LAGO, 949 ss.

³⁹ Cfr. FIANDACA-MUSCO, 497 s., i quali ravvisano altresì, nella contrastata soluzione affermativa, una violazione del principio di legalità, allo stesso modo di PALAZZO, 477 s. e ROMANO, 600.

⁴⁰ MANTOVANI, 462.