

Sergio Seminara

DELITTO TENTATO E REATO IMPOSSIBILE:  
I CONFINI DELL’AZIONE PUNIBILE

**Abstract**

*The essay starts with the historic development of the theme of the impossible attempt and moves to a consideration of the twofold question of (a) the degree of penalty for the attempt in relation to the committed crime and (b) whether the unsuccessful attempt can be punished. By intertwining what emerges at the historical level and what occurs in terms of current law, it notes that solutions cannot depend on purely philosophical or criminal-political options but rather demand full awareness of the implications and consequences of such solutions.*

1. *L’inizio della storia*

Nella scienza penalistica europea, il problema del reato (o tentativo) impossibile fa irruzione, nel 1808, attraverso la seguente riflessione di Feuerbach: «Poiché la punibilità civile è impossibile in assenza di una condotta contrastante con il diritto esterno, una condotta è (esternamente) antiggiuridica solo quando lede o minaccia il diritto. La sola intenzione antiggiuridica non conferisce ad alcuna condotta il carattere dell’antigiuridicità. Chi parla del reato di dazione di un veleno erroneamente ritenuto tale, del tentativo di omicidio di un cadavere e così via, confonde la sfera morale con quella giuridica, i fondamenti del diritto preventivo di polizia con il diritto punitivo e deve riconoscere come colpevole di un tentativo punibile di omicidio anche quel bavarese, il quale si recò in pellegrinaggio in una chiesetta a pregare per la morte del suo vicino»<sup>1</sup>.

Questa concezione del reato come fatto lesivo, di danno o di pericolo, può qualificarsi come tipicamente illuministica. Una sua enunciazione si rinviene infatti già in Beccaria, secondo cui l’assunto che il «danno della società» costituisca la «vera misura dei delitti, [...] è una di quelle palpabili verità che, quantunque non abbiano bisogno né di quadranti, né di telescopi per essere scoperte, ma sieno alla portata di ciascun mediocre intelletto, pure per una meravigliosa combinazione di circostanze non sono con decisa sicurezza conosciute che da alcuni pochi pensatori, uomini d’ogni nazione e d’ogni secolo»<sup>2</sup>. E allo stesso modo, passando dal piano filosofico a uno più tecnico, il medesimo pensiero si

<sup>1</sup> P.J.A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Heyer, Giessen 1808<sup>4</sup>, pp. 43s., nota b.

<sup>2</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene. Edizione quinta di nuovo corretta ed accresciuta*, [Coltellini], Harlem [i.e. Livorno] 1766, p. 39 (§ VIII).

rinviene, tra gli altri, in Romagnosi: «in que' delitti, ne' quali l'effetto ingiustamente nocivo è di un impossibile conseguimento, l'attentato deve calcolarsi per nulla. [...] Perciò ragionando dell'esecuzione del delitto, e dell'attentato, che n'è parte, noi parliamo di una esecuzione di sua natura efficace, ed atta ad ottenere il danno ingiusto altrui»<sup>3</sup>.

## 2. La questione della punibilità del tentativo

L'idea del reato come fatto lesivo non sortisce identici esiti all'interno della penalistica europea. Anzi, a dimostrare come quell'assunto si frantumò in una pluralità di direzioni – ciò che a sua volta depone in favore dell'esistenza non di un illuminismo penale, bensì di una pluralità dei movimenti illuministici –, può prendersi brevemente in esame il problema del trattamento sanzionatorio del tentativo.

La netta contrapposizione tra la soluzione dell'attenuazione della pena e quella della sua parificazione al reato consumato emerge già dal confronto tra Beccaria e Filangieri. Il primo, coerentemente alla sua visione utilitaristica, afferma che «l'importanza di prevenire un attentato autorizza una pena: ma siccome tra l'attentato e l'esecuzione vi può essere un intervallo, così la pena maggiore riserbata al delitto consumato può dar luogo al pentimento»; il secondo osserva invece che «se la pena dunque che siegue il delitto, non è destinata ad altro che a garantire la società dalla perfidia del delinquente, e a distogliere gli altri dall'imitare il suo esempio: nella volontà di violare la legge manifestata coll'azione dalla legge istessa vietata, si trova e l'uno e l'altro motivo della pena. Il delinquente ha mostrata la sua perfidia, la società ne ha ricevuto il funesto esempio. O che l'evento abbia o no corrisposto all'attentato, questi due motivi di punire esistono ugualmente. L'istessa causa dee dunque produrre l'istesso effetto, e quest'effetto è l'uguaglianza nella pena»<sup>4</sup>.

Sul piano legislativo trovano riscontro entrambe le confliggenti posizioni ora rappresentate. In Francia e in Austria viene accolta la teoria di Filangieri: in modo assoluto nell'art. 2 del *code pénal* del 1810, che opera una secca equiparazione sanzionatoria tra reato consumato e tentato, e in modo temperato nel § 9 dell'*Allgemeine Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung* del 1787 (ripreso dal § 8 del *Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizey-Übertretung* del 1803), che per il tentativo ammette una circostanza attenuante all'interno della medesima cornice edittale di pena prevista dalla fattispecie incriminatrice. Tutti i codici italiani preunitari, compreso il più autoritario tra essi costituito dal Regolamento sui delitti e sulle pene emanato per lo Stato pontificio nel 1832, seguono al contrario la lezione di Beccaria, stabilendo per il tentativo una riduzione obbligatoria della pena in confronto al reato consumato; al medesimo esito

<sup>3</sup> G.D. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, Stamperia del R.I. Monastero di S. Salvatore, Pavia 1791, p. 293 (§ 607). Cfr. anche ivi, p. 340 (§ 705): «se le cagioni di impotenza agiscono in una maniera conosciuta, e costante, è troppo chiaro, che l'esito nocivo dell'attentato deve sempre dal Legislatore riguardarsi come impossibile. Perciò la Società dovrà riguardarsi come affatto sicura: e sarebbe ingiusto [...] contro tali tentativi procedere con mezzi penali».

<sup>4</sup> Rispettivamente, C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., pp. 173-174 (§ XXXVII) e G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione. Edizione seconda veneta*, tomo IV, Storti, Venezia 1796, pp. 248s. (libro III, capo XXXVII).

pervengono i codici penali tedeschi del XIX secolo, sebbene sotto la decisiva influenza esercitata dall'art. 178 della *Constitutio Criminalis Carolina* del 1532.

### 3. *La punibilità del tentativo inidoneo*

Se la questione della penalità del tentativo può assumersi come sintomo delle divergenti strade percorse dall'illuminismo penalistico europeo, tale divergenza si manifesta in tutta la sua pienezza rispetto al tema del reato o tentativo impossibile, intorno al quale prende forma e consistenza la contrapposizione fra teorie oggettive e soggettive.

In particolare, mentre una concezione presto diffusasi nell'area soprattutto italiana e francese appare concordemente schierata in favore di un'accezione del tentativo come fatto pericoloso, un'opposta concezione radicata nell'area di lingua tedesca propende per una costruzione del tentativo come fatto colpevole: nella prima prospettiva, il tentativo punibile è caratterizzato dalla necessaria idoneità della condotta, nella seconda assume preminente risalto la volontà rivelata dall'azione diretta alla realizzazione del reato.

Entrambe le impostazioni – qui sono possibili solo brevi cenni – sono andate incontro a vivaci obiezioni nel corso della seconda metà del XIX secolo.

Da un lato, alla teoria soggettiva è stato rimproverato di fondare la punibilità esclusivamente sull'intenzione del soggetto agente, così esponendo il diritto penale a evidenti rischi sul piano delle garanzie personali in conseguenza della commistione tra il delitto e il mero proposito di delinquere. Tale critica – occorre ora riconoscere – coglieva certamente nel segno rispetto ai fondamenti del delitto come fatto necessariamente lesivo, mentre risultava più debole rispetto al pericolo di un'eccessiva soggettivizzazione della condotta penalmente rilevante, poiché i sostenitori della teoria in esame erano concordi nel richiedere l'univoca esteriorizzazione della volontà criminosa, impedendo un'eccessiva dilatazione dell'area della punibilità. Qui insorgeva tuttavia una nuova difficoltà concettuale, poiché proprio l'esigenza di non spingere l'applicabilità della sanzione penale a ogni caso di manifestazione esterna di una volontà criminosa induceva a riconoscere l'opportunità di non punire il tentativo c.d. superstizioso (ad es. pregare o fare scongiuri per la morte del nemico o utilizzare a tale scopo pozioni magiche) o grossolano (ad es. impiegare un mezzo manifestamente e per sua natura incapace di cagionare l'evento): con queste concessioni la teoria soggettiva abbandonava il fronte dell'intenzione, accogliendo un parametro oggettivo estraneo ai suoi presupposti<sup>5</sup>.

Ancora più complesso e incerto è stato però il cammino della teoria oggettiva, che nei primi decenni del secolo XIX comincia ad affinare la distinzione tra inidoneità assoluta e relativa del tentativo, al fine di relegare nella sfera dell'impunità le condotte contrassegnate da un'impossibilità di sfociare nella consumazione, affermando invece la punibilità delle condotte intrinsecamente adeguate ma solo in conseguenza di fattori concreti rimaste allo stadio del tentativo. La successiva elaborazione dimostrerà tuttavia che la distinzione tra inidoneità assoluta e relativa è priva di una reale base euristica, in quanto si risolve nell'accostamento di parametri eterogenei, oscillanti tra una dimensione

<sup>5</sup> Sia qui consentito il rinvio al mio *Il delitto tentato*, Giuffrè, Milano 2012, pp. 297ss.

astratta e una concreta e riferibili la prima sia all'oggetto della condotta che al mezzo impiegato e la seconda solo al mezzo nella sua relazione con l'oggetto.

Più specificamente, l'inidoneità assoluta evoca un giudizio astratto sull'inadeguatezza qualitativa del mezzo, tuttavia inevitabilmente destinato a concretizzarsi in rapporto allo scopo perseguito (rivelando così, ad es., l'assoluta inidoneità dello zucchero per scopi omicidari, salvo che esso sia impiegato per cagionare la morte di un diabetico); al contrario, l'inidoneità relativa procede da un accertamento concreto sull'insufficienza quantitativa del mezzo, che a sua volta si converte in un'astrazione sulla sua potenzialità di cagionare un evento del tipo di quello perseguito, alla luce di una valutazione ipotetica avente ad oggetto il "genere" di mezzo impiegato. Quanto vi sia di arbitrario in tale procedimento è evidente: assumendo che non si danno mezzi sempre e in ogni circostanza assolutamente inidonei, il giudizio di idoneità deve necessariamente fondarsi sulle modalità di utilizzo che si proponeva l'agente (ad es. una pistola scarica risulta assolutamente inidonea come arma da fuoco e invece idonea come corpo contundente), così da perdere una dimensione esclusivamente oggettiva e naturalistica ed estendersi anche alla volontà soggettiva. Al contrario, l'accertamento dell'inidoneità relativa si diparte dalle caratteristiche del caso concreto – valutando quindi l'intenzione dell'agente, il suo piano criminoso, la natura del mezzo e dell'oggetto – ma è inevitabilmente destinato a risolversi in un procedimento probabilistico di tipo astratto.

Le considerazioni appena svolte dimostrano la fragilità della teoria in esame, il cui tramonto coincise, nell'ultimo quarto del secolo XIX, con l'affermazione del positivismo scientifico e, in particolare, con la diffusione di concezioni causali che, negando qualsiasi possibilità di differenziazione tra i vari fattori impeditivi dell'evento, affermavano la punibilità del tentativo anche per le condotte realizzate con il mezzo più inadeguato o su un oggetto inesistente.

#### 4. *La teoria della prognosi postuma*

Nel contesto storico ora tratteggiato, caratterizzato dalle veementi critiche alla concezione soggettiva per la spiritualizzazione del fatto di reato da essa operata e dalle insuperabili obiezioni alla concezione oggettiva per la sua incapacità di enunciare chiaramente i caratteri del tentativo punibile, comincia a farsi strada l'idea che il giudizio di idoneità debba essere operato alla luce della valutazione di un osservatore, posto nel luogo e al tempo della condotta, dotato delle cognizioni di un uomo avveduto ed eventualmente delle superiori conoscenze specifiche dell'agente. Questa valutazione svolta *ex ante*, nonostante il fatto sia giunto al suo epilogo (dove appunto la natura prognostica e successiva), è dichiaratamente costruita dall'austriaco von Liszt come una soluzione intermedia fra gli opposti orientamenti, a quello oggettivo contestando che la distinzione tra inidoneità assoluta e relativa è un "rozzo disconoscimento" dell'idea che il rapporto eziologico può o no sussistere, ma non ammette valutazioni quantitative; e a quello soggettivo rimproverando che la negazione della causalità del tentativo non consente di escludere rilevanza all'elemento centrale del pericolo<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr. F. VON LISZT, *Das Deutsche Reichsstrafrecht*, Guttentag, Berlin-Leipzig 1881, pp. 136ss.

Conviene dire subito che questa teoria della prognosi postuma gode attualmente di grande favore nella penalistica internazionale, essendo ricorrentemente assunta come fondamento della punibilità del tentativo. In essa possono individuarsi due profili essenziali.

Il primo concerne la base del giudizio di idoneità, che ha natura parziale in quanto rimessa alla valutazione di un osservatore collocato nel tempo e nel luogo dell'azione e idealmente chiamato ad esprimersi sulla base delle conoscenze apprendibili nella sua posizione; in questo senso, la nozione di pericolo che ne deriva è necessariamente “soggettiva”, cioè valida limitatamente alla prospettiva dell'osservatore (che ovviamente si identifica con il giudice). In secondo luogo, il pericolo di cui si parla è fondato sulla mera possibilità di verificazione del fatto, che non ha nulla a che vedere con la probabilità. Considerando l'effetto sinergico dei due punti ora riferiti, si comprende agevolmente la seguente affermazione di von Liszt: «noi diciamo non che è punibile il tentativo pericoloso, ma che non è punibile il tentativo non pericoloso. La relatività del concetto di pericolo non rappresenta un'obiezione contro l'esattezza di questo principio, che si sforza di elevare il sentimento giuridico presente in ciascuno di noi alla chiarezza di un pensiero giuridico»<sup>7</sup>.

Entrambi gli assunti riportati sono stati criticati da una parte della dottrina italiana, che al giudizio su base parziale ha preteso di sostituire un giudizio su base totale, che cioè tiene conto di tutti i fattori esistenti al momento del fatto anche se ignorati dall'agente, e in luogo della mera possibilità ha richiesto, ai fini della punibilità del tentativo, la probabilità di verificazione del fatto.

Cominciando da quest'ultimo profilo, il requisito della possibilità significativa (e non anche remota) di consumazione del reato va certamente condiviso, in quanto rispettoso pure della necessità di provare il corrispondente dolo dell'agente. Ma se è evidente la vaghezza contenutistica del concetto di “possibilità significativa”, che porta con sé un inevitabile spazio di discrezionalità giudiziale, non può peraltro ammettersi che tale concetto si trasformi in un giudizio logico-fattuale di probabilità – ove gli atti già compiuti dall'agente andrebbero naturalisticamente valutati alla luce della «ricostruzione dell'intero piano delittuoso, sia nelle modalità in cui era stato progettato, sia secondo la sua più verosimile realizzazione»<sup>8</sup> –, essendo impossibile imbrigliare comportamenti umani entro gli schemi di una previsione rigidamente graduata alla luce delle *chances* della consumazione.

Le perplessità si accrescono rispetto al giudizio di prognosi postuma su base totale<sup>9</sup>. In suo favore potrebbe osservarsi che, in un contesto dominato dalla nozione di reato come fatto lesivo, la punibilità del tentativo deve legarsi al pericolo così come la punibilità del reato consumato si lega alla lesione dell'interesse tutelato. Siffatta affermazione, nel porre come scontata la concretezza ed effettività del pericolo caratterizzante il tentativo punibile, finisce però per provare troppo: anzitutto, una

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>8</sup> È questa la tesi sostenuta da I. GIACONA, *Il concetto d'idoneità nella struttura del delitto tentato*, Giappichelli, Torino 2000, pp. 138 e 203ss.

<sup>9</sup> Da ultimo G. DE FRANCESCO, *Sul tentativo: tra storia, dogmatica e politica criminale*, in “Quaderni fiorentini”, XLII (2013), pp. 641ss.

valutazione su base totale, comprensiva di tutte le circostanze esistenti al momento dell'azione (anche esterne al fatto dell'agente: si pensi al previo appostamento della polizia sul luogo di esecuzione del reato), salvo casi eccezionali fatalmente giunge a dimostrare l'inedoneità del tentativo; inoltre, tale valutazione trascura che già nel tentativo pericoloso su base parziale sussiste un disvalore di condotta nel quale confluiscono l'intenzione criminosa e l'adeguatezza dell'azione; infine, la tesi qui criticata contrasta con la funzione preventiva del diritto penale e con la necessità di apprestare ai beni giuridici una tutela finalizzata a sanzionare le loro lesioni, ma ancor prima ad assicurarne la sicurezza e il pacifico godimento.

A nostro avviso, il vero punto debole della teoria della prognosi postuma risiede nell'arbitrarietà legata alla determinazione delle conoscenze in possesso dell'osservatore esterno, del quale non vengono precisate le competenze e neppure si richiede che egli abbia seguito il fatto nel suo intero svolgimento: la valutazione della gittata della particolare arma, impiegata per uccidere il nemico che si trova a considerevole distanza, implica una perizia in materia balistica, mentre il fatto che l'arma sia scarica o difettosa può emergere da fattori precedenti il momento della sua utilizzazione. In altre parole: se il giudizio sull'idoneità della condotta dovesse limitarsi al luogo e al tempo dell'azione, ancora una volta gli spazi di impunità si restringerebbero al tentativo superstizioso ovvero grossolano, mentre al contrario occorre che la valutazione sia operata da una persona particolarmente avveduta e dotata delle conoscenze nomologiche corrispondenti alla migliore scienza ed esperienza e altresì delle conoscenze fattuali relative all'intero svolgimento dell'azione, seguita nella prospettiva dell'agente, al fine di accertare l'effettiva adeguatezza della condotta realizzata.

##### *5. I casi di inesistenza dell'oggetto e di errore*

Solo al fine di dimostrare la complessità del problema del tentativo punibile, conviene fare un rapido cenno di due ulteriori situazioni.

La prima riguarda i casi di inesistenza dell'oggetto: si pensi a chi, con proposito omicida, spari nei confronti di una persona appena prima deceduta. In ipotesi del genere, l'accertamento postulato dalla teoria della prognosi postuma potrebbe risolversi in senso negativo per l'agente ogni volta che all'osservatore esterno non risultasse percepibile il già avvenuto decesso della vittima. Nondimeno, l'affermazione della punibilità qui si fonderebbe solo sull'intenzione criminosa dell'agente, non potendo trovare alcun riscontro nel pericolo per un bene del quale si assume appunto l'inesistenza: la soluzione dell'impunità trova dunque giustificazione nell'esigenza di non intaccare i fondamenti oggettivistici dell'ordinamento penale e aprire così le porte a un incontrollabile soggettivismo. Come si vede, si tratta di una conclusione imposta non da pretese dogmatiche, ma dalla consapevolezza degli effetti dirompenti implicati dall'opzione contraria.

La seconda situazione concerne i casi in cui la condotta deliberata dall'agente, in sé pienamente idonea nella scelta del mezzo e delle modalità dell'azione, perde tale idoneità a seguito di un errore dell'agente o di un intervento della stessa vittima predestinata o di

un terzo: si pensi a colui che, nell'esecuzione del piano criminoso, per sbaglio introduce nella pozione una sostanza innocua al posto di quella venefica già predisposta ovvero a chi, per scopi omicidiari, si serve di un'arma a sua insaputa scaricata dalla vittima potenziale. L'elaborazione ottocentesca del tentativo dimostra che, dinanzi a tali situazioni caratterizzate da una piena idoneità del piano criminoso e da una ferma volizione illecita, non sfociate nella consumazione solo per un fattore esterno indipendente, anche alcuni sostenitori delle concezioni oggettive propendevano per la punibilità dell'agente<sup>10</sup>: così dimostrando che, nella complessa miscela di elementi soggettivi e oggettivi di cui si compone il delitto tentato, talvolta la preponderanza dei primi induce verso un abbandono delle posizioni teoriche.

### 6. *Il reato putativo*

Ritornando al piano storico, parallelamente alla difficoltosa evoluzione della teorica del reato o tentativo impossibile, soprattutto nella dottrina italiana del XIX secolo viene approfondita la nozione di reato putativo.

In un'accezione ristretta, essa designa l'errore di diritto "inverso", cioè la supposizione di violare una norma in realtà inesistente (ovvero l'ignoranza di agire in presenza di una causa oggettiva di giustificazione); qui il problema non ha ragione di porsi, poiché la volontà colpevole non trova riscontro in una norma che tipizza (o sanziona) il fatto realizzato, sicché la sua impunità – almeno in un ordinamento giuridico ancorato al principio di legalità e in particolare al divieto di analogia in materia penale – deriva dall'assenza di una disposizione incriminatrice. In un'accezione più ampia, il concetto di reato putativo riguarda invece i casi in cui taluno si rappresenta e vuole commettere un illecito effettivamente previsto dalla legge penale, la cui configurabilità è però esclusa dall'assenza di un requisito costitutivo della relativa fattispecie.

Questa più ampia configurazione del reato putativo rinviene le proprie ascendenze già nell'elaborazione, da parte dei giuristi medievali e postmedievali, della categoria dell'*impedimentum juris*, ove confluivano i casi della sottrazione di cosa altrui avvenuta ignorando il consenso del proprietario, della congiunzione carnale con donna erroneamente ritenuta coniugata e dell'uccisione di un uomo di cui si sconosce la qualità di *exbannitus*<sup>11</sup>. È evidente come, attraverso queste prospettazioni, si intendesse sul piano tecnico escludere la punibilità di fatti inoffensivi, in quanto consentiti dalla legge malgrado l'intenzione criminoso dell'agente.

Il tema viene ripreso e affinato da Carmignani, il quale, all'interno della trattazione del delitto tentato, individua le cause impeditive c.d. casuali legali, che – in contrapposizione alle cause di tipo fattuale, confluenti nell'inidoneità del tentativo – escludono la sua

<sup>10</sup> Tra gli altri, F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Giusti, Lucca 1867<sup>3</sup>, pp. 213s., nota 1 (§ 364); C.J.A. MITTERMAIER, *Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen*, in "Neue Archiv des Criminalrechts", I (1816), p. 194, nota 24; ID., *Ueber den neuesten Zustand der Criminalrechtswissenschaft in Deutschland*, in "Neue Archiv des Criminalrechts", IV (1820), pp. 104s.

<sup>11</sup> Ampiamente, sul tema, R. ISOTTON, *Crimen in itinere. Profili della disciplina del tentativo dal diritto comune alle codificazioni penali*, Jovene, Napoli 2006, pp. 108ss.

punibilità perché «manca in quegli atti la qualità dalle leggi riprovata: nel qual caso, siccome la estrinseca moralità degli atti interamente manca, ogni ispezione obbiettiva e subbiettiva diviene affatto inutile»: gli esempi riportati in nota sono il «furto di cosa propria, ed il concubito con la propria moglie»<sup>12</sup>. Il problema di questa classificazione, come rilevato da Carrara, è «che le cause che altri disse legali non degradano il conato; ne distruggono la essenza: ed è repugnante il dire che ciò che distrugge un essere attribuisce una qualità all'essere stesso»<sup>13</sup>.

Carrara aveva indubbiamente ragione: se nella nozione di reato putativo rientrano condotte caratterizzate nel senso della loro adeguatezza e di una piena colpevolezza – al punto da giungere a consumazione, seppure solo nella rappresentazione dell'agente –, mentre non riveste alcun ruolo l'alternativa tra atti idonei e inidonei, non è corretta la collocazione di tale figura nella tematica del tentativo. Vero è pure, tuttavia, che ogni volta un elemento legale risulta in grado di convertirsi in uno fattuale (si pensi all'altruità della cosa nel furto, alla qualità di coniuge nella donna con cui si ritiene di commettere adulterio, alla condizione di essere vivente per la vittima dell'omicidio) le teoriche del tentativo e del reato putativo sono inevitabilmente destinate a sovrapporsi.

Nessun criterio è riuscito infatti a districare l'intreccio tra le due prospettive: l'idea che solo nel reato putativo la condotta, anche mutando le sue caratteristiche, non è mai in grado di conseguire l'evento ovvero l'assunto che in esso fa difetto il soggetto passivo, per quanto efficaci dal punto di vista descrittivo, non sono in grado di tracciare una netta linea di confine rispetto alle ipotesi del tentativo impossibile.

Gli svolgimenti della dottrina italiana ed europea sul punto confermano una bivalenza della nozione di reato putativo, destinata a esplicitare la propria rilevanza tanto sul piano della teoria generale del reato quanto su quello del tentativo punibile.

## 7. Cenni di diritto comparato

Spostiamoci ora sul diritto positivo, estendendo l'attenzione ai sistemi penali culturalmente più vicini al nostro.

Quanto al trattamento sanzionatorio del tentativo, una riduzione di pena obbligatoria è prevista dall'art. 56 cod. pen. italiano e dall'art. 62 cod. pen. spagnolo: a fronte della contrapposta equiparazione stabilita dall'art. 121-4 cod. pen. francese, il § 34 n. 13 cod. pen. austriaco contiene una circostanza attenuante destinata a operare all'interno della cornice di pena edittale stabilita per il reato consumato, mentre il § 23.2 cod. pen. tedesco ammette una riduzione solo facoltativa.

In merito allo specifico problema del tentativo impossibile, il § 23.3 cod. pen. tedesco stabilisce: «Il tribunale può astenersi dall'inflizione della pena o può ridurla discrezionalmente qualora, per grossolana incomprendimento, l'autore abbia ignorato che, per la natura dell'oggetto o del mezzo sul quale o con il quale il fatto doveva essere

---

<sup>12</sup> G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, trad. it. C. Dingli, Sanvito, Milano 1863, p. 88 (§ 242). In precedenza, ma con insoddisfacenti esiti classificatori, il tema era stato affrontato da A. De SIMONI, *Dei delitti di mero affetto*, Scotti, Como 1783, pp. 185s.

<sup>13</sup> F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, cit., p. 227 (§ 387).

compiuto, il tentativo mai avrebbe potuto condurre alla consumazione». In dottrina è controverso se davvero possa essere comminata una pena per l'autore di un tentativo superstizioso, a causa dell'innocuità della condotta rivelatrice di un'assenza di pericolosità dell'agente; dinanzi al chiaro dettato normativo, risulta invece pacifica la punibilità del tentativo impossibile.

In Spagna, mentre l'art. 52 del codice penale del 1944 estendeva il trattamento sanzionatorio del tentativo ai «casi di impossibilità di esecuzione o di realizzazione di un delitto», il codice del 1996 nulla dispone in merito, solo prevedendo all'art. 62 l'attenuazione di pena per il tentativo «nella misura ritenuta adeguata alla luce del pericolo connesso all'intenzione e al grado di esecuzione». La giurisprudenza tende a escludere la punibilità del tentativo impossibile solo nei casi di assoluta inidoneità della condotta senza precisare il criterio di accertamento, che una dottrina prevalente riferisce alla valutazione *ex ante* di un osservatore collocato al posto dell'agente e dotato di un livello medio di conoscenze e competenze nonché di quelle specifiche dell'agente stesso.

In Francia, nell'assenza di una previsione normativa, il 16 gennaio 1986 la Cassazione ha affermato la configurabilità del tentativo di omicidio su una persona erroneamente ritenuta in vita, essendo la morte della vittima una «circostanza indipendente dalla volontà dell'agente e integrando le dette violenze un inizio di esecuzione»; la dottrina prevalente condivide questa interpretazione.

In Austria, il § 15.3 cod. pen. espressamente esclude la punibilità del tentativo quando, «per l'assenza di qualità personali o di condizioni richieste dalla legge per l'agente, o per il tipo di condotta o di oggetto sul quale [il tentativo, n.d.a.] fu compiuto, la consumazione risultava assolutamente impossibile». Nella giurisprudenza e nella dottrina è attualmente riscontrabile una situazione di forte contrasto rispetto all'adozione di parametri di giudizio oggettivi o soggettivi.

In Italia, mentre l'art. 56 cod. pen. lega la definizione del tentativo anche all'idoneità degli atti, l'art. 49 afferma la non punibilità di «chi commette un fatto non costituente reato, nella supposizione erronea che esso costituisca reato» (comma 1) nonché nei casi in cui, «per la inidoneità dell'azione o per la inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso» (comma 2); per quest'ultima ipotesi è affidato al giudice il potere di applicare la misura di sicurezza della libertà vigilata. La giurisprudenza adotta un'interpretazione restrittiva, intendendo l'inidoneità degli atti e dell'azione in senso assoluto e limitando l'inesistenza dell'oggetto alla radicale sua assenza, *in rerum natura*; in dottrina si rinvengono posizioni affini alla giurisprudenza, altre attestate su una valutazione *ex ante* di prognosi postuma e altre ancora incentrate su un accertamento su base totale<sup>14</sup>.

Riepilogando le varie soluzioni emerse dalla ricognizione appena operata in riferimento al “classico” problema del tentativo di omicidio nei confronti di una persona già deceduta, può dunque affermarsi che esso è certamente punibile in Germania (in conformità a un orientamento affermatosi con la sentenza 10 giugno 1880 del *Reichsgericht*, relativa a un infanticidio su un feto nato morto) e in Francia (alla stregua dell'indirizzo inaugurato dalla citata sentenza della Cassazione del 1986); in Spagna la

<sup>14</sup> Un'indagine comparata sui sistemi penali qui presi in considerazione è già nel mio *Il delitto tentato*, cit., pp. 855ss.

situazione della dottrina (più che quella della giurisprudenza) appare favorevole alla punibilità; in Austria è verosimile che la punibilità sia esclusa; in Italia, a fronte del chiaro dettato dell'art. 49, comma 2, cod. pen., il giudice può applicare solo la libertà vigilata.

#### 8. *Una conclusione aperta*

La soluzione della punibilità del tentativo impossibile trova un'agevole spiegazione nel quadro di una concezione soggettiva del reato, fondata sulla volontà colpevole: caratterizzandosi il tentativo alla luce dell'incompletezza della condotta o della mancata verifica dell'evento, l'accento non può non gravitare sull'intenzione di compiere l'illecito. Come infatti affermato dal *Reichsgericht* tedesco nella citata sentenza del 1880, «per il tentativo, in contrapposizione alla consumazione, rileva solo la rappresentazione dell'agente che diede causa all'esecuzione, mentre è indifferente la possibilità o impossibilità della consumazione dovuta alla qualità dell'oggetto contro cui il reato è diretto»; d'altra parte, osserva di rincalzo la prevalente dottrina francese, «se non si può consumare l'impossibile, lo si può sempre tentare»<sup>15</sup>.

Il problema è costituito dall'incompatibilità tra una concezione del reato come fatto lesivo di beni giuridici e una concezione del tentativo totalmente svincolata dalla sua potenzialità di danno e legata alla manifestazione della volontà di realizzare il delitto. L'inammissibilità di una convivenza di queste prospettive costringe a optare tra la prevalenza del fatto ovvero della volontà colpevole: la prima, il cui fondamento non richiede di essere illustrato alla luce delle sue evidenti ragioni garantistiche, solleva perplessità sul piano della politica criminale in tutte le situazioni non sfociate nella verifica dell'evento a causa di fattori impeditivi estranei alla condotta dell'agente, mentre la seconda determina una dilatazione della responsabilità penale agganciata alla rappresentazione del soggetto attivo e quindi potenzialmente in grado di confondere la sfera etica e quella giuridica.

Il nodo, come si vede, non può essere sciolto semplicemente affermando l'esattezza di una teoria e la fallacia dell'altra: piuttosto, si tratta di operare una scelta consapevole alla luce delle sue implicazioni e conseguenze.

---

<sup>15</sup> Così A. PROTHAIS, *Tentative et attentat*, Librairie generale de droit et de jurisprudence, Paris 1985, p. 103.