

L'INDICE PENALE

Rivista fondata da
PIETRO NUVOLONE

Diretta da
ALESSIO LANZI

Tra l'altro in questo numero:

- ◇ **L'autoriciclaggio**
- ◇ **Reati tributari e consolidato fiscale**
- ◇ **In tema di reati fallimentari**
- ◇ **Sulle nuove forme di corruzione**
- ◇ **In tema di diritto penale alimentare**
- ◇ **Nuvolone sul processo di Norimberga**



Giuridica Editrice

SULLA CIRCOSTANZA CHE NON C'È. LIMITI TEORICI E PROBLEMI PRATICI DI UN'INVENZIONE ERMENEUTICA (*)

SOMMARIO: 1. Qualche premessa e metodo di lettura “tailored”. – 2. Un cenno al rapporto *tentativo/circostanze*. – 2.1. (Segue) La suddivisione tricotomica del rapporto. – 3. (il)Legalità e (in)compatibilità delle circostanze: due assiomi centrali. – 3.1. Qualche veloce riflessione sui rapporti cronologico-strutturali fra circostanze e reato-base. – 3.2. (Segue) I riflessi dell'autonomia del tentativo sulle circostanze “comuni” e “speciali”. – 4. Verso l'incompatibilità c.d. ontologica col delitto tentato delle circostanze concernenti l'evento. La circostanza “ipotetica”. – 5. La nuova “formula magica”: dalla circostanza “ipotetica” a quella “voluta”. – 5.1. (Segue) Abbandono della legalità, finalità ed esportabilità del “modello”. – 5.2. Un problema (anche) di disciplina. – 6. Conclusioni. Quando la soluzione è già nel Codice (art. 133 c.p.).

“È mai possibile che il legislatore abbia voluto punire identicamente colui che tenta di rubare milioni da una cassaforte e colui che tenta di rubare cinque lire da un cassetto?”

[G. PAOLI, *Il valore del danno nel tentativo*, 1935]

1. Qualche premessa e metodo per una lettura “tailored”

La presente riflessione sul rapporto fra *delitto tentato e circostanze del reato*¹, re-

(*) Il presente contributo è stato valutato positivamente da un revisore esterno.

¹ Sullo specifico rapporto fra le circostanze e il delitto tentato, la bibliografia è davvero ampia. In ordine di anno di pubblicazione: G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, Zanichelli, 2014, p. 496 ss.; R. URBANI, *Ancora sul rapporto fra tentativo e circostanze: punti fermi e nodi irrisolti*, in *Dir. pen. proc.*, v. I, 2014, p. 51 ss. (nota a) Sez. Un., 28 giugno 2013, sent. n. 28243, brevemente annotata anche da F.G. CAPITANI, *L'attenuante della lieve entità del danno si applica anche al tentativo di furto*, in *Dir. Giust. (on-line)*, 2013; M. GULLINO, *L'attenuante del danno di particolare tenuità è compatibile con la figura del delitto tentato*, in *Cass. pen.*, 2014, n. 1, p. 110 ss.; C.F. GROSSO-M. PELISSERO-D. PETRINI-P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 494; A. CRESPI-G. FORTI-G. ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, Cedam, 2013, art. 56, p. 355 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, V ed., Torino,

cupera un enigma che stuzzicava l'intelletto d'illustri autori del secolo scorso; quel-

Giappichelli, 2013, p. 483 ss.; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, V ed., Torino, Giappichelli, 2013, p. 416 ss.; E. MENGONI, *Reati contro il patrimonio: dalle Sezioni Unite via libera alla compatibilità tra tentativo ed attenuante del danno di speciale tenuità*, in *Cass. pen.*, 2013, n. 11, p. 3837 ss.; R. RIZ, *Lineamenti di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Padova, Cedam, 2012, p. 386 ss.; R. URBANI, *Univocità e circostanze nel tentativo: tra oggettivismo e soggettivismo*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, II, p. 187 ss.; D. NOTARO, *Tentativo*, in *Le forme di manifestazione del reato*, G. DE FRANCESCO (a cura di), Torino, Giappichelli, 2011, p. 125 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 2013, p. 461 ss.; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, Nel diritto ed., 2014, p. 1182 ss.; A. LAGO, sub art. 56 c.p., in *Codice penale commentato*, E. Dolcini-G. Marinucci (a cura di), Milano, Giuffrè, 2011, p. 949 ss.; O. ERONIA, sub Art. 56, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, G. LATTANZI-E. LUPO (a cura di), v. II, Milano, Giuffrè, 2010, p. 981 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte generale*, III ed., Torino, Giappichelli, 2009, p. 462; A. SPENA, *Accidentalità delicti? Le circostanze nella struttura del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, II, p. 639 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, IX ed., Milano, Giuffrè, 2008, p. 277 ss.; A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, II ed., Padova, Cedam, 2012, p. 438 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Studi di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 1092 ss.; S. DE MATTIA, *Tentativo e circostanze: applicazione in tema di concorso di persone nel reato*, in *Giur. merito*, 2008, v. X, p. 2702 ss.; A. NAPPI, *Guida al codice penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 547 ss.; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, Utet, 2008, p. 478 ss.; A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Padova, Cedam, 2010, p. 405 ss.; A. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, C.F. GROSSO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO (diretto da), Milano, Giuffrè, 2007, p. 313; S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 683 ss.; A. KAPUN, *L'applicabilità della circostanza aggravante di cui all'art. 7 legge 575 del 1965 alle ipotesi di delitto tentato*, in *Il corriere del merito*, n. 11, 2007, p. 1319 ss.; M.V. FERACO, *Tentativo di delitto circostanziato: una figura ancora controversa*, in *Cass. pen.*, 2007, II, p. 592 ss.; S. MESSINA, *Manuale breve di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2006 p. 181; S. CORBETTA, *Violazione di domicilio tentata con violenza sulle cose: delitto tentato circostanziato o delitto circostanziato tentato?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, IX, p. 1076 ss.; I. MAGRO, *Circostanze aggravanti dell'art. 576 c.p.p. e rapporti tra delitto tentato e circostanze del reato*, in *Giur. merito*, 2005, I, p. 133 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, Giuffrè, 2004, art. 56, p. 600 ss.; F. ANTOLISEI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 514; S. BELTRANI, *Il Delitto tentato*, Padova, Cedam, 2003, p. 89 ss.; G. ZUCCALÀ, *Nota introduttiva al Capo II del Titolo III del Libro I del Codice penale*, in *Comm. C.p.*, A. CRESPI-F. STELLA-G. ZUCCALÀ (a cura di), Padova, Cedam, 2003, p. 263 ss.; M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, v. III, Torino, Giappichelli, p. 108 ss.; G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Milano, Giuffrè, 2000, Vol. II Artt. 56, p. 639 ss.; E. MORSELLI, *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 36 ss.; C. LATTANZI, *Sull'attenuante del danno di speciale tenuità nel delitto tentato*, in *Cass pen.*, 1994, p. 584 ss.; G. MARCONI, *Il nuovo regime d'imputazione delle circostanze aggravanti*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 111 ss.; A. ALBAMONTE, *Delitto tentato e circostanze, con particolare riferimento alle circostanze che attribuiscono rilievo al danno patrimoniale*, in *Riv. pen.*, 1992, p. 530 ss.; G. MONTANARA, voce *Tentativo (Dir. vig.)*, in *Enc. dir.* XLVI, 1992, p. 93; S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, v. II, Torino, Utet, p. 60; A. CALABRIA, *Considerazioni sul delitto "tentato circostanziato", "circostanziato tentato", "circostanziato tentato circostanziato"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1354; T. PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, 1988, p. 204 ss.; FINI, *Delitto tentato e circostanze con particolare riferimento a quelle di cui agli art.li 61 n. 7 e 62 n. 4 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 550 ss.; A. LAI, *La circostanza attenuante della riparazione del danno e il delitto tentato*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 814; G. BETTIOL-L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 1986, p. 661; P. MUTTI-M. ZANNOTTI, *Il delitto tentato*, in F. BRICOLA-G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Codice penale, parte generale*, Torino, Utet, 1984, p. 69 ss.; C.F. GROSSO, *Brevi note in tema di compatibilità tra l'attenuante del risarcimento del danno anteriormente al giudizio ed il delitto tentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 313 ss.; M.G. GALLISAI PILO, *Ancora in tema di tentativo circostanziato*, in

li immersi nelle prime analisi del nuovo Codice penale, per intenderci. Oggi più che ieri, ci si domanda cosa abbia spinto il legislatore del 1930 a non sottolineare con vigore la diversificazione della risposta sanzionatoria a fronte di due tipologie d'offesa così dissimili come quelle oggetto dell'aforisma in esergo.

Il tema del rapporto *tentativo/circostanza* costituisce una minuta nervatura che evidenzia il *macro*-dibattito della progressiva erosione della legalità in favore di una giurisprudenza disorganizzata e non vincolante. Ciò che occorre comprendere, in primo luogo, è se una circostanza *voluta ma materialmente inesistente*, possa gravare legittimamente sull'entità della sanzione finale. In secondo luogo, posto che gli arresti giurisprudenziali sembrano concentrarsi prevalentemente su circostanze capaci di quantificare (*pro reo*) un danno patrimoniale mai avvenuto, converrà verificare l'effettiva esportabilità del *trend* su ben altre tipologie d'illecito. Fatto ciò, non rimarrà che recuperare il bandolo della matassa, specificare la disciplina applicabile e concludere con qualche riflessione.

Orbene, posta la specificità del tema e, soprattutto, data la sua importanza per il pratico, si cercherà di ritagliare un percorso di lettura *ad hoc*, agile e quanto più efficace. In quest'ottica, chi preferisce potrà isolare il contenuto fondamentale del ragionamento, concentrandosi su circa un terzo del contributo: inizialmente sul § 2.1, essenziale per comprendere la *terminologia*; da lì è possibile passare al § 4, ai tre esempi (1, 2 e 3) inerenti il pacifico utilizzo del *tentativo circostanziato di delitto* e ai §§ 4, 5.1 in cui, invece, risiedono rispettivamente il nuovo *trend* della circostanza ipotetica (ma *voluta*) e quattro diversi casi (a, b, c e d) di *tentativo di delitto circostanziato*. Infine, per assimilare il contenuto della soluzione, basterà spostare l'attenzione sulle conclusioni al § 6. Quanto alla giurisprudenza maggioritaria – contraria alla tesi qui (*ri*)proposta – il lettore troverà le indicazioni essenziali all'interno della nota 74.

Il punto centrale, si diceva, quello intorno al quale ruota l'intero ragionamento, è il confine dell'estensione ermeneutica della legalità in favore di soluzioni (*concrete*, ma solo) apparentemente più eque e *pro reo*. Ma vi è di più. Spesso si assiste a

Riv. it. dir. proc. pen., 1978, p. 773 ss.; F. DASSANO, *In tema di circostanze e tentativo*, in *Giur. it.*, 1977, p. 557; D. CERINI, *Sulla determinazione del danno ai fini delle circostanze previste dagli art.li 61 n. 7 e 62 n. 4 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1975, p. 1060; M.L. DE LUCA, *La problematica delle circostanze nel tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 579 ss.; A. ALBAMONTE, *L'estensibilità delle circostanze al delitto tentato*, in *Giust. pen.*, v. II, 1973, p. 241 ss.; A. BERNARDI, *Il danno derivante da reato e il problema della configurabilità delle circostanze di cui agli art.li 61 n. 7 e 62 n. 4 in fattispecie di delitto tentato*, in *Giur. merito*, 1971, v. II, p. 269 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Sui criteri di valutazione dell'entità del danno ai fini delle circostanze di cui agli art.li 61 n. 7 e 62 n. 4 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 966 ss.; G. MARINI, *Questioni in tema di applicabilità dell'attenuante prevista dall'art. 62 n. 4 c.p.*, in nota a Sez. II, 3 luglio 1964, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, p. 439; G. CONTENUTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, Jovene, 1963; M. BOSCARRELLI, *Tentativo circostanziato e tentativo di delitto circostanziato*, in *Scuola pos.*, 1962, p. 673; A. MALINVERNI, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 104; O. VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 155 ss.; G. BATTAGLINI, *Diritto penale. Parte generale*, III ed., Padova, Cedam, 1949, p. 439 ss.; G. PAOLI, *Valore del danno nel tentativo*, in *Annali di dir. e proc. pen.*, 1935, p. 673.

scalate ermeneutiche ... *anche a costo dei principi*. La pregevole intenzione di dare “a ciascuno il suo”, colmando con la *law in action* lacune o approcci incomprensibili, non pare qualcosa capace di celare davvero la presenza di forzature (forse) *inutili*, ancor prima che (probabilmente) *analogiche*.

Il rapporto tra legislatore e giurisdizione, non vi è dubbio, risulta immancabilmente modificato. Esso appare oggi profondamente diverso da come lo immaginavano i liberali del '800 o da come lo dipingevano i penalisti della prima metà del secolo scorso. La democrazia contemporanea ha infatti imposto, oltre che una rilettura in chiave costituzionale dell'onnipotenza del legislatore, una revisione profonda della presunzione *legge = certezza del diritto*. Il momento legislativo non è più centrale, né il suo prodotto indiscutibile. Come negare, del resto, che una visione globale del diritto si scorga solo dopo la correzione della disposizione, la sua eventuale disapplicazione, parziale revisione o abbattimento *tout court*, di matrice giurisprudenziale (costituzionale, ma anche ordinaria; di legittimità, ma anche di merito; in sede di Appello, ma anche in prima istanza). Il prodotto finale subisce poi anche l'influsso spesso migliorativo (non dichiarato in sentenza²) di molteplici e variegate dogmatiche, quando va bene; ma anche di spinte politico-mediatiche generatrici d'interpretazioni (spesso giustizialiste) orientate al recupero *made in Italy* di una morale politica sperduta³, quando va male.

² Qui, la *lex* di riferimento – già Regolamento del 24 dicembre 1854 per l'esecuzione del c.p.c. per gli Stati i S.M. il Re di Sardegna (art. 103), ma anche nel l'art. 98 del Reg. 18 aprile 1860 per l'es. del c.p.c. degli Stati Sardi del 1859 o nell'art. 265, comma 2, del Reg. generale giudiziario per l'esecuzione del Codice di procedura civile, approvato con R.D. 14 dicembre del 1965 n. 2641; il concetto, sebbene in forme differenti, risulta trasposto nell'art. 118 *disp. att.* c.p.c. contemporaneo ad integrazione dell'art. 132 dello stesso – è *imperfecta*, perché la sua violazione risulta priva di conseguenze concrete (cfr., da ultimo, Cass. civ., sez. II, 23 ottobre 2001, n. 12999), ma non per forza ingiusta. Il ragionamento meriterebbe ben altre riflessioni, tuttavia si proverà qui, in un micro-intervento *flash*, a riassumere una soluzione. Se nessuna norma ha mai vietato l'utilizzo del “prodotto” dell'attività scientifica del singolo autore (il che sarebbe assurdo), ma solo la citazione del *nome e cognome* di quest'ultimo in sentenza, è per evitare una esplicita deresponsabilizzazione del giudicante. Da un lato, egli non può spostare la responsabilità di una decisione concreta su soggetti prescelti (autorevoli, ma) esterni; dall'altro lato, una sponsorizzazione esplicita della dottrina prescelta non sposterebbe di una virgola lo stato attuale delle cose. Se mai – oltre a creare difficoltà tecniche come l'onere di confutare le tesi contrarie a quella prescelta – genererebbe un sistema di *ipse dixit* suscettibile, potenzialmente, di modalità di selezione anche poco limpide (e spesso diverse dalla persuasività della tesi accademica prescelta) e dannose per l'avanzamento della scienza giuridica nel suo complesso. D'altra parte, quando una sentenza recupera una tesi specifica, l'autore si riconosce eccome [ad es., da ultimo anche se la casistica è ben più ampia, si confronti l'impianto teorico presente in M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto illecito e colpevolezza*, in *Dir. pen. cont., Riv. Trim.*, n. 1 del 2014, p. 70 ss. con il contenuto pratico della sentenza Thyssenkrupp, Sez. Un., 18 settembre 2014, sent. n. 38343]. Sul tema, anche se da una prospettiva romanistica, si v., tra gli altri, il lavoro di M. DE BERNARDI, *La legge delle citazioni del 426 d.C. e l'art. 118 delle disposizioni per l'attuazione del vigente Codice di procedura civile vigente*, in *Riv. dir. rom.*, 2013, p. 1 ss.

³ Sul tema si v. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Padova, Cedam, 2011, p. 207; tema poi riorganizzato e sviluppato in ID, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, Mucchi, 2014.

In questo quadro, posto che la realtà richiede l'individualizzazione del reato e della sanzione, ovvero di ricavare il *diritto* (giusto e applicabile) dall'*illecito* (offensivo e colpevole) al fine di consentire all'equità di correggere la legalità, rimane comunque il giudicante interno che, partendo dall'ordine politicamente (anche se non più scientificamente!) insindacabile del legislatore, ricava la *norma*⁴ da utilizzare mediante l'interpretazione (*tecnico-giuridica*, ma, in parte, anche politica): l'unica capace di evitare la concretizzazione (ingiusta) di disposizioni troppo generali e astratte, o inevitabilmente imprecise⁵.

D'altro canto, che la giustizia sia chiamata a rendere servizio a due padroni (la *legge* e la *realtà*)⁶ è una verità innegabile che riflette tematiche assai attuali, ma i problemi maggiori risiedono, da sempre, nella legittimità dei loro ordini.

2. Un cenno al rapporto tentativo/circostanze

Il dilemma-base, ovvero il rapporto *delitto tentato/circostanze del reato*, si sviluppa all'interno del dibattito sull'istituto che più di ogni altro *influisce* (meglio, influiva) *su tutto quanto il sistema criminale*, pur non esaurendosi in esso. Per la verità, che il delitto tentato comunichi con le circostanze del reato, è cosa nota e pacificamente ammessa; i più aspri scontri fra scrittori e giuristi si registrano sulla tormentata (*il*)legittimità di circostanze *non*, o *solo parzialmente*⁷, *realizzate* all'interno degli atti *idonei e diretti in modo non equivoco*. In altre parole, il duello teorico si svolge sulla circostanza ipotetica, quella materialmente inesistente o, meglio, solo *tentata*.

⁴ Sulla distinzione tra disposizione e norma, per primo, tra i penalisti italiani: M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 27 ss. e, successivamente, in ID, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, Cedam, 2003, p. 11 ss. Richiamato anche in ID, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 87 ss.

⁵ L'ermeneutica costituisce la *condicio sine qua non* del momento giudiziale della tassatività come principio. Sul punto si veda il lavoro di M. DONINI, *Lettura di C. Beccaria, Dei delitti e delle pene (1764)*, § 4: "Interpretazione delle leggi", svolto durante il ciclo di studi "Dei delitti e delle pene – 1764-2014 – Rileggere Beccaria", svoltosi nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Bologna (anche) il 28 ottobre 2013; oggi, il contributo è in corso di pubblicazione su *Diritto penale XXI sec.* Inoltre, sulla distinzione norma-disposizione si rimanda sempre a M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, Giuffrè, 2011, cap. II.

⁶ In questo senso l'osservazione di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, p. 181. Il macro-tema *diritto/giustizia*, geneticamente poliedrico, risulta oggi assai attuale. Ci si riferisce, da ultimo, alla requisitoria del dott. Iacoviello nel processo *Eternit*, conclusosi con un annullamento senza rinvio per intervenuta prescrizione (v. la requisitoria schematica del processo *Eternit* in F. IACOVIELLO, *Tra diritto e giustizia il giudice deve scegliere il diritto*, in *Dir. pen. cont.*, 21 novembre 2014).

⁷ A mero titolo di esempio, si pensi al caso di scuola del tentato omicidio condotto con atti diretti a sevizare la vittima. Nella trattazione che segue, questa sfaccettatura non verrà presa in considerazione come ipotesi autonoma, ma verrà ricompresa nel *macro-gruppo* delle circostanze tentate.

2.1. (Segue) *La suddivisione tricotomica del rapporto*

L'ormai celebre tripartizione⁸ – *delitti tentati circostanziati/delitti circostanziati tentati/delitti circostanziati tentati circostanziati* – seziona ed isola con estrema nitidezza (*sic!*) i termini del problema.

La prima figura pacificamente ammessa⁹ – il *delitto tentato circostanziato* o *tentativo circostanziato di delitto* – riflette la situazione tipica in cui le circostanze si sono compiutamente realizzate all'interno del delitto non giunto a consumazione o, meglio, tentato. È il caso classico delle circostanze concernenti la qualifica del soggetto attivo (ad esempio, art.li 61 n. 6 – 62 n. 5 – 635 n. 2 c.p.), dei presupposti della condotta (es., art. 61 n. 5 c.p.) o delle motivazioni (es., art. 62 n. 1, 2, 3 c.p.). Prototipi plausibili potrebbero essere l'omicidio tentato attenuato dalla provocazione o il tentato furto aggravato dall'art. 9 comma 2, L. 1423 del 1956¹⁰.

La sospetta¹¹ categoria che segue – il *delitto circostanziato tentato* o *tentativo di delitto circostanziato* – individua, invece, i casi in cui la circostanza non si è realizzata all'interno del tentativo pur rientrando nel proposito criminoso del soggetto agente. In altri termini e solo al fine di chiarire, questo è il caso (ormai di scuola) della valutazione dell'entità del danno nel tentato furto¹².

⁸ Ampiamente già M. BOSCARRELLI, *Tentativo*, cit., p. 662.

⁹ Fra gli altri, A. LAGO, sub *art. 56*, cit., p. 193; M. BOSCARRELLI, *Tentativo*, cit., p. 671; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 461; G. MARINI, *Circostanze*, cit., p. 154; G. MONTANARA, voce *Tentativo*, cit., p. 93; A. CALABRIA, *Considerazioni*, cit., p. 1366; M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 600; G. FIAN-DACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 497; T. PADOVANI, voce *Circostanze*, cit., p. 204.

¹⁰ Si v., ad es., Cass. pen., Sez. IV, 30 maggio 2014, n. 22660.

¹¹ Per la legittimità giuridica di tale categoria, tra gli altri, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 462; A. CALABRIA, *Considerazioni*, cit., p. 1371; G. ZUCCALÀ, *Nota*, cit., p. 263 ss.; C. LATTANZI, *Sull'attenuante*, cit., p. 586; R. RIZ, *Lineamenti*, cit., p. 388; S. DE MATTIA, *Tentativo*, cit., p. 2708 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 427; S. BELTRANI, *Il delitto tentato*, cit., p. 95; E. MORSELLI, *Condotta*, cit., p. 61; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 478 ss. Contrari, principalmente per aperto contrasto con la riserva di legge e inesistenza di circostanze tentate, fra i tantissimi in letteratura, D. CERINI, *Sulla determinazione*, cit., p. 1060; O. VANNINI, *Problema*, cit., p. 155 ss.; M.G. GALLISAI PILO, *Ancora*, cit., p. 774; M.L. DE LUCA, *Problematica*, cit., p. 587; F. ANTOLISEI, *Diritto penale*, cit., p. 514 ss.; C.F. GROSSO-M. PELISSERO-D. PETRINI-P. PISA, *Manuale*, cit., p. 494 ss.; F. RAMACCI, *Diritto penale*, cit., p. 417; F. PALAZZO, *Corso*, cit., p. 484; A. MALINVERNI, voce *Le circostanze*, cit., p. 104; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 184; A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Manuale*, cit., p. 411 ss.; A. ALBAMONTE, *L'estensibilità*, cit., p. 241; R. URBANI, *Univocità*, cit., p. 193; FINI, *Delitto*, cit., p. 552 ss.; A. MANNA, *Corso*, cit., p. 438. Con specifico riferimento (anche) alla necessità di verificare il riflesso di ogni elemento del fatto sull'elemento psicologico richiesto dalla fattispecie di riferimento, v.; G. MARINI, *Circostanze*, cit., p. 153. Tuttavia, nemmeno la riforma intervenuta con la l. 19 del 1990 il rifiuto della categoria può essere messo in discussione, v., tra gli altri, G. MARCONI, *Il nuovo regime*, cit., p. 111 ss.; G. MONTANARA, voce *Tentativo*, cit., p. 129; A. ALBAMONTE, *Delitto*, cit., p. 530.

¹² L'esempio non è per nulla casuale. La linea giurisprudenziale che si cercherà di analizzare nel § 5, infatti, si concentra sulla valutazione del danno nei delitti che offendono il patrimonio. Ebbene, lo si anticipa, la giurisprudenza maggioritaria ritiene la circostanza di cui all'art. 62 n. 4 c.p. compatibile (sia a livello *giuridico* che *ontologico*) col delitto tentato contro il patrimonio [Cfr., ancora, Sez. Un., 28 giugno 2013, n. 28243 Pres. Lupo – est. Fumo; contraria, fra le poche recenti, Cass. pen., Sez., V, 27 gennaio 2010, n. 11923].

L'ultimo gioco di parole – il *delitto circostanziato tentato circostanziato* – invece, richiama la combinazione delle due classificazioni precedenti (*circostanza tentata* + *circostanza esistente* nel medesimo fatto). La valutazione dell'entità del danno nel tentato furto commesso da colui che si sottraeva ad un ordine di carcerazione per precedenti reati, potrà rendere bene l'idea.

Solo negli ultimi due “tipi”, lo si precisa nuovamente, esistono circostanze che non hanno trovato compiuta realizzazione all'interno degli atti effettivamente posti in essere (circostanze c.d. *tentate*). In altre parole, se la circostanza si è materialmente realizzata all'interno del tentativo – vuoi perché inerente alla frazione di condotta posta in essere, vuoi perché legata alle caratteristiche dell'autore o della vittima, vuoi perché concernente il quadro della colpevolezza, *etc.* – il problema, rientrando nella prima ipotesi (*tentativo circostanziato di delitto*), non sussiste già all'origine.

3. (il)Legalità e (in)compatibilità delle circostanze: due assiomi centrali

Sul problematico rapporto *tentativo/circostanze* – tralasciando l'opinione di chi nega tipicità autonoma al delitto tentato e, da sempre, rifiuta le differenze fra fattispecie consumata e non; atteggiamento, questo, che determina una generica compatibilità delle circostanze (tutte!) sia con il delitto consumato che con quello tentato¹³ – i punti nevralgici non possono che diramarsi ora sul bistrattato sentiero della legalità¹⁴: primo assioma, *la circostanza incide sulla sanzione solo se, e nei casi in cui, lo prevede legislatore*; ora sull'incerta via della (in)compatibilità ontologica: secondo assioma, *non ogni circostanza è naturalisticamente compatibile con tutte le strutture dei reati presenti nel nostro codice penale*.

3.1. Qualche veloce riflessione sui rapporti cronologico-strutturali fra circostanza e reato-base

Quanto all'influenza delle circostanze sulle singole fattispecie alle quali si aggiungono, le prime anziché consistere, tradizionalmente, in meri “satelliti” del reato – da qui la definizione classica di *quid pluris* con effetti sanzionatori o *accidentalialia delicti* – potrebbero (*de lege ferenda*) essere trasformate in veri e propri elementi costitutivi di fattispecie circostanziate autonome¹⁵. Insomma, anche per via dell'assenza di differenze ontologiche tra elementi circostanziali e costitutivi, si potrebbe far confluire le circostanze nel fatto tipico (*Tatbestand*), aggiungendo alle

¹³ Celebre, in questo senso, la (ampiamente superata) teorica del tentativo come “schema vuoto” presentata in B. PETROCELLI, *Delitto tentato*, Padova, Cedam, II ed., 1966, p. 12 ss.

¹⁴ Principio, questo, riconosciuto addirittura in Cina dopo l'abbandono del Codice penale del 1979. Sul punto, v. A. TUCANO, *I principi generali del diritto penale*, in *Il diritto penale cinese dal 1979 al 2010. Linee di cambiamento*, in *Dir. pen. XXI sec.*, v. 10, 2011 p. 100 ss.

¹⁵ M. GALLO, *Sulla distinzione tra figura autonoma e figura circostanziata*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1949, p. 560 ss.

classiche fattispecie autonome circostanziate (*reato-base* come fattispecie autonoma + *circostanza*), antitradizionali fattispecie circostanziate autonome (*reato-base* + *circostanza*, come fattispecie a sé stante)¹⁶. Così operando, la capacità estensiva dell'art. 56 c.p. non esplicherebbe i suoi effetti solo verso i delitti semplici, ma anche verso quelli circostanziati e caratterizzati da elementi specifici e ulteriori, come i delitti circostanziati *tentati* e i delitti *tentati* circostanziati¹⁷. Tuttavia, questa pur acuta lettura del dato normativo, quantomeno per via della dubbia creazione di una *curiosa figura di reato unitaria dagli elementi costitutivi interni imputabili con regole differenti*, non pare meritevole di accoglimento *de lege lata*. Le circostanze, infatti, non integrano una responsabilità penale, ma la presuppongono, incidendo (anche) sulla sanzione e costituendo una *nuova ipotesi* (circostanziata) del *reato-base*¹⁸. Mai un'innovativa e autonoma fattispecie penale. Ciò, si badi, non significa rifiutare la graduabilità del substrato sostanziale del tipo (*illecito e colpevole*), ma confinare quest'ultima nei limiti della *legalità*¹⁹, che impedisce di applicare *contemporaneamente* a una figura autonoma di reato criteri di imputazione propri degli elementi costitutivi e delle vigenti circostanze.

Questa premessa svelerà presto un suo preciso significato pratico e garantista proprio in relazione al tema qui trattato.

¹⁶ In termini sovrapponibili, tra gli altri, v.: A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, Cedam, 2000, p. 771 ss.; A. SPENA, *Accidentalia*, cit., p. 648. Contrario, M.L. DE LUCA, *La problematica*, cit., pp. 575, 576 e 578.

¹⁷ Per tutti, v. A. CALABRIA, *Considerazioni*, cit., p. 1373 ss.

¹⁸ In questo senso, fra i tanti, si v.: F. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite (legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 1019 ss.; G. DE VERO, *Le circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione sistematica*, *ivi*, 1986, p. 188; T. PADOVANI, *Voce Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, Utet, 1988, p. 188; A. VALLINI, *Circostanze del reato*, *ivi*, Torino, Utet, 2000, p. 36.

¹⁹ La tesi criticata, più che andare contro alla nostra tradizione giuridica [v., ad es., già G.D. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, 1791, § 1555-1559; ma anche C. FERRINI, *Diritto penale romano*, Milano, Hoepli, 1899, X, p. 312 ss.; Ar. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, Flli Bocca, 1913, p. 508], il che può costituire di per sé anche sintomo di progresso, porterebbe alla macchinosa verifica di quali elementi della fattispecie (*tutti costitutivi!*) imputare con schemi psichici classici e quali con lo schema di cui all'art. 59, comma 2, c.p. Il passaggio da elemento secondario a essenziale, infatti, pur non intaccando particolari vincoli ontologici distintivi [per tutti, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, pre-art. 59, p. 634. Per la giurisprudenza si rinvia a: Sez. Un., 26 giugno 2002, Fedi, in *CED Cass.*, n. 221663] incide profondamente sia sulla disciplina sostanziale, su quella processuale e, dunque, sul futuro prossimo di ogni imputato [Cfr. F. BASILE, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni Unite sui "criteri di distinzione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, v. III, 911 ss.]. Non per puro caso, data la presenza di una disciplina positiva *ad hoc* delle circostanze, si è deciso di: *regolare* il loro computo solo dopo la valutazione della pena per il reato-base, *sorvolare* sull'effettiva ignoranza delle stesse (seppur nei sacrosanti limiti della responsabilità colpevole) da parte del soggetto attivo e *legittimare* un bilanciamento potenzialmente idoneo ad annullarne gli effetti. Piccola curiosità, una definizione rilevante di "circostanza" appare solo nel lontano 1966 [cfr. *Cass. pen.*, sez. V, 2 dicembre 1966, Bianco, in *CED Cass.*, 1966/118].

3.2. (Segue) *Gli effetti dell'autonomia del tentativo sulle circostanze "comuni" e "speciali"*

I principali punti d'incontro fra dottrina e giurisprudenza si concentrano, come noto, su di un postulato ben preciso: l'autonomia del tentativo ne battezza l'astratta compatibilità con le circostanze di applicazione generale, quelle c.d. "comuni". Sul punto, difatti, non sfugge²⁰ che, costituendo il delitto tentato una vera e propria fattispecie incriminatrice indipendente e pari a quelle previste dalla Parte speciale del Codice penale – (*ad abundantiam*) assimilabile, almeno sotto questo profilo, alle *incomplete offences* canadesi²¹ – pare opportuno non modificare, nei suoi confronti, l'approccio scientifico, anche in tema di legalità, solitamente utilizzato nel rapporto fra reati giunti a consumazione e *quid pluris* con effetti sanzionatori.

Divergenze non di poco conto, al contrario, abitano la compatibilità fra l'art. 56 c.p. e quei *quid pluris* previsti dal legislatore solo con riferimento ad alcuni delitti specifici. Il rapporto *tentativo/circostanze speciali* costituisce il primo ambito in cui s'incomincia a mescolare senza una logica ben precisa la *teoria (penale)* con la *giustizia*. Qui, l'autonomia del tentativo, se abbinata al divieto di analogia, potrebbe divenire ostacolo alla compatibilità giuridica fra circostanze speciali²² (o solo *aggravanti speciali*²³) e delitto tentato²⁴. Nonostante il problema s'inserisca in un impianto che sembra vietare espressamente l'estensione di singole circostanze speciali (quantomeno, in onore del *favor libertatis*, se aggravanti) ad altre fattispecie autonome, l'opinione dominante sembra – tutto sommato, giustamente – incline a non farne una "questione" di legalità.

²⁰ Per l'ammissibilità delle circostanze comuni, dottrina e giurisprudenza sono concordi. Fra i numerosi, v.: G. MARINI, *Le circostanze*, cit., p. 152 ss.; M. BOSCARRELLI, *Tentativo*, cit., p. 637; M.L. DE LUCA, *La problematica*, cit., p. 579; M.G. GALLISAI PILO, *Ancora*, cit., p. 778; T. PADOVANI, *Circostanze*, cit., p. 204 ss.

²¹ Per ulteriori approfondimenti si rinvia a: M.G. VAGLIASINDI, *Introduzione allo studio del diritto penale canadese. I Principi*, Padova, Cedam, 2012, pp. 201 ss.

²² Fra coloro che ritengono illegittima la valutazione delle circostanze speciali all'interno del tentativo di delitto, per tutti: M.L. DE LUCA, *La problematica*, cit., p. 579 ss.; M.G. GALLISAI PILO, *Ancora in tema di tentativo circostanziato*, cit., p. 778 ss.; G. MARINI, *Le circostanze del reato*, cit., p. 154 ss.; M. BOSCARRELLI, *Tentativo*, cit., p. 673 ss.

²³ La trattazione più completa è certamente quella di T. PADOVANI, voce *Circostanze*, p. 205 ss., ma in qualche modo anche F. PALAZZO, *Corso*, cit., 484; A. LAGO, sub *Art. 56*, cit., p. 949; sicuramente G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 496; M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 600; F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., p. 514; A. MALINVERNI, voce *Circostanze*, cit., p. 104; A. KAPUN, *Le circostanze*, cit., p. 1321 ss.

²⁴ Sul punto, è chiaro che, stando alla teorica del Petrocelli sul tentativo come "schema vuoto" (v. nota 13), anche le circostanze speciali avrebbero potuto essere applicate all'art. 56 c.p.; ciò in quanto il delitto tentato altro non sarebbero se non un titolo a sé di reato, ma privo di qualsivoglia autonomia tipicità. Illuminante l'esito (*compatibilità giuridica tentativo/circostanze speciali*), ma scorretta la premessa (*il tentativo non gode di propria tipicità*). Allo stesso modo, anche la ritenuta esistenza delle fattispecie circostanziate autonome [Cfr. A. CALABRIA, *Considerazioni*, cit., p. 1369], lo si anticipa, arriverebbe alla medesima conclusione errando comunque nelle (seppur diverse) premesse.

4. *Verso l'incompatibilità c.d. ontologica col tentativo delle circostanze concernenti l'evento. La circostanza "ipotetica"*

Posta la dipendenza del tentativo da una figura di delitto – trattandosi di figura applicabile pacificamente e sicuramente al delitto-base, che è titolo autonomo, e al delitto base circostanziato speciale solo se anche questo sia un titolo autonomo di delitto a sé stante – e il rispetto della legalità – il tentativo di una parte di fattispecie che non costituisca “delitto” appare in contrasto con il tenore e la ratio dell’art. 56 c.p. – nell’ammettere coerenza normativa nei confronti del rapporto *tentativo/circostanze* (sia comuni sia speciali anche se aggravanti), sopraggiunge il diverso problema della loro compatibilità, questa volta *ontologica*, col tentativo. È opportuno segnalare sin da subito che il concetto di compatibilità non pare sovrapponibile a quello di adattabilità: la *prima* implica la verifica di un dato di fatto in assenza di modifiche artificiose protese all’ottenimento di un risultato desiderato; la *seconda*, invece, ammette lievi ritocchi diretti ad uno scopo. In questo senso, ogni approccio “ontologico”, inteso come la comprensione dell’essere in quanto essere, non può prescindere dalla conoscenza di quei dati scientifici che consentono di valutare l’(in)compatibilità di due o più istituti, in questo caso giuridici. Le evidenze che fondano la base del giudizio: *l'incompiutezza dell'azione tentata* e il *vincolo di obiettiva esistenza della circostanza se non altrimenti specificato*, costituiscono tutto ciò “che è”, o meglio ciò “che esiste” e, perlomeno in questo contesto, *tutto ciò che non può non essere preso in considerazione*.

Siffatti limiti edificanti impongono di affrontare il grattacapo lottizzando le circostanze in base al loro modo di essere (frazionamento *statico*) e in relazione al loro divenire (frazionamento *dinamico*). Così, esse potrebbero risolversi in *modi di essere o in qualità soggettive dell'agente*, in *presupposti dell'illecito*, in *suoi elementi costitutivi* o in eventuali *surplus post-consumazione*. Da ultimo, con riferimento al momento esecutivo del reato, esse (le circostanze) sono suddivisibili in *antecedenti*, *concomitanti* e *successive*²⁵. Con l’ausilio di tali raggruppamenti, alcuni attenti studiosi hanno dedotto giustamente la (possibile) compatibilità col delitto tentato di tutte quelle circostanze inerenti la premeditazione²⁶, il soggetto attivo²⁷, il soggetto

²⁵ La distinzione, nata nel pensiero del primo studioso che strutturò una teoria completa delle circostanze [A. SANTORO, *Le circostanze del reato*, Torino, Utet, 1952], è ripresa puntualmente nell’illuminante scritto di M.L. DE LUCA, *La problematica*, cit., p. 589 ss.

²⁶ Di recente la prima sezione penale della Suprema Corte di Cassazione si è pronunciata in ordine alla configurabilità della premeditazione nel tentato omicidio. I giudici, premessa l’ormai celebre distinzione fra *delitto tentato circostanziato* e *delitto circostanziato tentato*, hanno ritenuto bene d’inserire il caso di specie nel novero di quest’ultima categoria. Del resto, nell’*iter criminis* in parola ben può realizzarsi la circostanza soggettiva, ontologicamente precedente alla condotta, della premeditazione (art. 577, comma 1, n. 3, c.p.). Sul punto, v. Cass. pen., Sez. I, 26 febbraio 2014, n. 9284.

²⁷ Si rifletta sul tentativo aggravato dall’art. 61 n. 11 c.p.

passivo, l'oggetto materiale del reato²⁸, il quadro generale della colpevolezza²⁹, la condotta (se, e solo se, si riferiscono a modalità esecutive già, o parzialmente, poste in essere³⁰) e quelle relative al tempo, al luogo e al mezzo per delinquere³¹.

Qualche esempio aiuterà a chiarire il punto.

Caso 1 – Tizio, giovane benestante del Vomero, si avvia verso l'Università Federico II con la propria autovettura. Prima di entrare in macchina, però, decide di lasciare lo zaino sul sedile anteriore, nonostante il finestrino semi-aperto e rotto. Durante il viaggio, precisamente al primo semaforo, un motorino con a bordo Caio affianca l'automobile e tenta di afferrare la borsa del giovane senza successo per via della tracolla rimasta incastrata nella leva del freno a mano. Nonostante i ripetuti e violenti tentativi, il malfattore, non senza imbarazzo, capisce di non riuscire a estrarre la refurtiva e decide bene di abbandonare l'idea; tuttavia, un carabiniere – passando da quelle parti per controlli di *routine* e attirato dalle grida del giovane – riesce comunque a interrompere la fuga.

Caso 2 – Sempronio – un giovane con numerosi precedenti penali – decide di rubare un'autovettura di lusso parcheggiata sotto casa sua, al solo fine di poter dimostrare di essere “pronto” per entrare a far parte di una pericolosa banda criminale della periferia di Milano. Tuttavia, poco prima di riuscire a collegare i cavi di accensione, viene immobilizzato da un componente dell'arma dei Carabinieri, in zona per un sopralluogo.

Caso 3 – Mevio, *ex* campione italiano di “tiro a volo” con seri problemi di alcolismo, non riuscendo a sopportare l'idea di non poter più vivere insieme al figlio di pochi anni per via di una separazione in corso decide di ucciderlo. Una volta rispolverato il suo fucile Beretta S3EELL-Trap, si dirige verso la casa dalla (ormai *ex*) moglie e, dopo essere entrato con una scusa, punta l'arma da fuoco verso il capo del figlio premendo il grilletto. L'intervento repentino della madre impedisce però alla pallottola di raggiungere il corpo del bambino. Mevio, resosi conto dell'immensa gravità della sua (*re*)azione, decide di abbandonare l'idea e di costituirsi spontaneamente alle forze dell'ordine.

Nei tre casi appena proposti – tentato furto (1 e 2) e tentato omicidio (3) – potrebbero sussistere, rispettivamente, quantomeno tre circostanze: (1) art. 625 n. 6 c.p.; (2) art. 61 n. 1 c.p.; (3) art. 577, comma 1, n. 1 c.p. Il delitto, in questi casi,

²⁸ Come poter negare l'aggravio di pena provocato dalla presenza delle circostanze di cui all'art. 625 nn. 7 e 8 nel il tentato furto?

²⁹ Ad esempio, la circostanza comune di cui all'art. 61 n. 2 c.p.

³⁰ Questo è il caso dei c.d. tentativi compiuti (“reato mancato” nel codice Zanardelli o, per i tedeschi, *geendigte Verbrechen*). In essi, ciò che manca è solo l'evento; dunque, tutte le circostanze riferibili alla condotta risultano tranquillamente compatibili. Esempio: un tentato furto in cui il colpevole pur volendo introdursi all'interno di un edificio destinato ad abitazione (art. 624, 625, comma 1, n. 1 c.p.), a seguito dell'intervento di estranei è costretto ad interrompere la condotta prima di fare concretamente ingresso nell'abitazione scelta.

³¹ Si pensi, senza pretesa di completezza, alla recidiva, all'attenuante della provocazione (art. 62 n. 2 c.p.), alle attenuanti generiche (art. 62 *bis* c.p.) alla circostanza comune *ex* art. 62 n. 3, o a quelle previste dall'art. 61 nn. 5 e 6 c.p.

rimarrebbe pur sempre tentato, ma a nessuno verrebbe mai in mente di discutere l'effettività di (almeno) queste circostanze ("materialmente esistenti" all'interno degli atti – idonei e diretti in modo non equivoco – effettivamente posti in essere). Qui, in altre parole, i *quid pluris* ci sono; non sono ipotetici. Il primo furto poco fortunato risulta effettivamente commesso sul bagaglio di un viaggiatore³², così come il secondo perpetrato per futili motivi e l'omicidio tentato diretto verso il figlio. Pertanto, i *quid pluris* summenzionati *devono* poter incidere sul trattamento sanzionatorio dei relativi delitti non giunti a consumazione.

Al contrario, ecco il punto centrale, *ontologicamente incompatibili col tentativo divengono tutte quelle circostanze che richiedono elementi soggettivi diversi dal dolo* (art. 61, comma 1, n. 3 c.p.), *quelle che si risolvono in modalità esecutive di atti non ancora compiuti nel momento in cui l'attività criminosa è stata interrotta e – qui, invece, quello più attuale – quelle concernenti il disvalore d'evento del (diverso) reato consumato; riparazione del danno compresa* (art. 62, comma 1, n. 6 c.p.).

A ben vedere, infatti, i *quid* concernenti l'evento, che nel tentativo costituiscono ovviamente circostanze *ipotetiche*, stridono con quest'ultimo più di quelli inerenti a condotte (addirittura!) *successive* alla consumazione del fatto. In ipotesi tipiche di progressione criminosa (ad esempio, *lesioni-omicidio*), il tentativo ben potrebbe produrre effetti dissimili dalla consumazione, ma comunque lesivi di un bene minore; in questi casi, è evidente come l'interprete mai potrebbe escludere *tout court* un possibile intervento (attenuante o aggravate) da parte del soggetto attivo³³.

5. La nuova "formula magica": dalla circostanza "ipotetica" a quella "voluta"

Che la *law in action* abbia mostrato, nel corso dei decenni, poca incertezza in relazione al *delitto circostanziato tentato*, è cosa nota. Tuttavia, sin dai primi anni del secolo scorso, essa ha individuato, esclusione fatta per qualche sporadico caso³⁴, autoritativamente la conclusione (favorevole all'ammissibilità della figura in anali-

³² Sulla configurabilità nel caso 1 della circostanza ex art. 625, comma 1, n. 6, v., da ultimo, Cass. pen., sez. V, sent. n. 24386 del 2011.

³³ In tema di effettiva compatibilità fra circostanze e tentativo è possibile richiamare due casi emblematici: l'aggravante di cui all'art. 7 legge n. 575 del 1965 nella tentata estorsione e il caso del tentato omicidio attenuato dalla prestazione di soccorso. In relazione al primo di essi, cfr. Cass. pen., sez. V, 17 febbraio 2000, in *Riv. pen.*, 2000, p. 813. Per un commento sintetico si rinvia ad A. KAPUN, *L'applicabilità*, cit., p. 1319 ss. Un tentato omicidio che si dovesse risolvere in una lesione personale grave ad un arto, ben potrebbe attenuarsi, per esempio, a seguito di una pronta condotta di soccorso. Per una completa disamina del tema, si rinvia a M.L. DE LUCA, *La problematica*, cit., 596 ss. Sull'inapplicabilità della circostanza di cui all'art. 62 n. 6 c.p. all'omicidio tentato, si v.: Cass. pen. Sez. I, 8 aprile 2014, n. 15745.

³⁴ Fra le più "recenti", v. Cass. pen., Sez. V, 6 ottobre 2005; 16 gennaio 1979; 1 marzo 1979; Cass., sez., II, 24 novembre 1975, in *Riv. it.*, 1978, p. 773; 21 aprile 1972 n. 2596 "... sono compatibili, e quindi estensibili al tentativo, tutte le circostanze (attenuanti e aggravanti), con esclusione di quelli concernenti un'attività nemmeno parzialmente posta in esecuzione e di quelle che presuppongono l'avvenuta consumazione del reato".

si³⁵), senza accompagnarla con motivazioni univoche e convincenti³⁶. Il problema, secondo l'opinione prevalente all'interno della Corte nomofilattica, non sfiora la legalità ma, diversamente, la mera compatibilità logico-strutturale da verificare in concreto, sul versante probatorio³⁷.

Come è stato già ricordato nelle premesse, pare che la maggior parte degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia, interessino la quantificazione del danno nei delitti tentati contro il patrimonio. Qui, – *sempre previa verifica sull'esistenza di indicazioni chiare, desumibili dalle modalità del fatto, dell'entità del pregiudizio che si sarebbe determinato nel caso in cui l'illecito fosse stato portato a compimento* – l'approccio più seguito ha sempre proposto, *post-1993* anche grazie a un *passepars-tout* della Consulta³⁸ non certo – per ciò solo – davvero risolutivo³⁹, per la valuta-

³⁵ In questo senso, fra le numerosissime: Cass. pen., 9 novembre 1971, in *Cass. pen.*, 1973, p. 228; sez. II, 28 giugno 1972, in *Cass. pen.*, 1973, 1624; sez., II, 11 gennaio 1974, in *Riv. it.*, 1978, p. 773; sez. II, 20 ottobre 1979, *ibidem*, p. 251 ss.; 13 giugno 1984; 19 ottobre 1988, n. 55, in *CED*, 180074; 23 gennaio 1989; 29 ottobre 1992; 4 giugno 1992, in *Cass. pen.*, 1993, p. 584 ss.; 10 novembre 1994, in *CED*, n. 200553. Per le più recenti si v. Cass. pen., sez. V, 30 settembre 2008, n. 44153; sez., II, 22 maggio 2009, n. 39837, in *C.E.D. Cass. pen.*, 2009, n. 255258; sez. fer., 13 agosto 2009, n. 33408; sez. V, 4 giugno 2010, n. 35827; sez. V, 19 ottobre 2011, n. 43268.

³⁶ Alcune pronunce davvero risalenti, optando per motivazioni soggettivizzanti, ritennero, ad esempio, che l'intenzione dell'agente riflettesse chiaramente la misura dell'entità, lieve o rilevante, del danno nel delitto tentato contro il patrimonio [*ex plurimis*, Cass. pen., 15 febbraio 1939, in *Giust. pen.*, 1939, v. II, 759 ss.; 24 marzo 1942, *ivi*, 1942, v. II, p. 504.]. In altre vennero preferiti approcci più oggettivi, desumendo l'entità del danno inesistente dalle modalità degli atti posti in essere [fra le altre, Cass. pen., 26 luglio 1971, in *Cass. pen.*, *Mass. ann.*, 1972 p. 1193; sez. II, 14 luglio 1955, in *Giust. pen.*, 1956, 134]. Di recente, invece, la giurisprudenza ha preferito fondare tale compatibilità su motivazioni *cripto-soggettiviste*, richiedendo che la circostanza rientri nella volontà criminosa di chi agisce e che quest'ultima risulti desumibile dall'idoneità degli atti effettivamente posti in essere [v. sempre Sez. Un., 28 giugno 2013, n. 28243].

³⁷ Cfr. Cass. pen., sez. V, sent. 24 gennaio 2006, n. 16313, con nota di M.V. FERRACO, *Tentativo di delitto circostanziato: una figura ancora controversa*, in *Cass. pen.*, 2007, v. I, p. 147 ss. Il caso concerneva una violazione di domicilio *tentata* aggravata da una violenza sulle cose (*tentata*). L'autore del commento sostiene, addirittura contro una statuizione garantista della Suprema corte, che la circostanza aggravante ipotetica andrebbe imputata (*si deduce*, anche se non prevista nel codice) per meglio valorizzare il diverso disvalore che una fattispecie di reato può assumere.

³⁸ Il riferimento è alla sentenza n. 54 del 1993, redatta da Ugo Spagnoli, in tema d'illegittimità costituzionale dell'art. 380, comma 2, let. e), c.p.p. nella parte in cui prevedeva l'arresto obbligatorio in flagranza per il reato aggravato consumato (*e tentato*) di cui all'art. 625, comma 1, n. 2, prima ipotesi c.p., connotato anche dall'attenuante cristallizzata nell'art. 64, comma 1, n. 4, c.p., consumata (*o solo tentata*). In questo modo la Consulta, coscientemente o meno, pare aver legittimato l'esistenza del *quid* materialmente inesistente.

³⁹ In effetti, che l'intervento della Consulta, a volte, abbia solamente legittimato (formalmente) gravi problemi pratico-teorici, è un dato francamente ormai acquisito. Tra gli altri, icastico è l'esempio di quella sentenza del 2008 (n. 327) che, non senza sforzi, è riuscita a "salvare" una fattispecie penale *de facto* atipica dall'oblio perpetuo: il c.d. disastro innominato. L'incompatibilità costituzionale è risolta, tutte le problematiche scientifiche che derivano da una sostanziale trasposizione del 2043 c.c. nel sistema criminale, ad es., no. Occorre guardare con diffidenza le correnti che, al fine di avvicinare il diritto alla realtà, propendono per una dogmatica cieca, incapace di carpire le differenze genetiche delle diverse discipline. "La cautela non deve esser mai troppa nello estendere i dogmi del diritto pri-

zione della circostanza *ipotetica*⁴⁰ *concernente l'evento del diverso reato consumato*⁴¹; ciò, si badi, senza aver mai assunto posizioni particolari sulle criticità teoriche di carattere generale sottese alla scelta⁴². Il medesimo modello, seppur con qualche speciale sfumatura in più, è poi stato di recente accolto e cristallizzato dalle Sezioni Unite⁴³.

Analizziamone le ragioni. I giudicanti partono dalla nota quanto dubbia constatazione secondo cui gli art.li 56 e 59 c.p., lungi dal fare esclusivo riferimento alla figura tipica del reato, si rivolgono anche all'ipotesi circostanziata; sia essa (la circostanza) *reale* o *ipotetica*. In quest'ottica, i *quid pluris* non rimarrebbero limitati al solo campo sanzionatorio, ma descriverebbero la *condotta* e il profilo *psicologico*. Pur riconoscendo l'esistenza di alcuni casi d'incompatibilità ontologica fra tentativo e circostanze, la giurisprudenza dominante, evidenziando la natura squisitamente dolosa del delitto tentato, arriva a sostenere come l'attenuante in parola possa sussistere già nel momento *volitivo/ideativo* del reato. Tuttavia, l'intenzione deve poi potersi *riconoscere* all'interno sia dell'univocità (*direzione dell'azione*) che dell'idoneità (*potenziale efficacia degli atti, come presupposto per individuarne le finalità*). Se ciò accade, le circostanze che quantificano il danno nei delitti contro il patrimonio possono essere considerate ed influire sulla sanzione finale. L'azione diretta a uno scopo – qui il nodo centrale – ben può contenere una circostanza materialmente inesistente che specifica le modalità della condotta o l'oggetto dell'attività criminosa. Insomma, se l'agente li avrebbe voluti, perché mai non stimare danni patrimoniali inesistenti ma identificabili?

Vediamo se e perché qualcosa non torna in questo ragionamento, anche se esso viene svolto solo *in bonam partem*, in quanto riferito cioè ad *attenuanti* tentate e non venute in essere⁴⁴.

vato al diritto pubblico. Sono incroci che sovente generano mostri", avvisava, seppur con riferimento a tematiche un poco differenti, un illustre giurista del passato. [cit. G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, v. I, III ed., Bologna, Zanichelli, 1943, p. 45].

⁴⁰ Tra le altre, v. Cass. pen., Sez., IV, 23 novembre 2007, in *Mass. Uff.*, n. 235937.

⁴¹ Alcuni, seppur critici nei confronti del delitto tentato circostanziato, al fine d'includere la lieve entità del danno nei delitti tentati, hanno ritenuto la circostanza di cui all'art. 62 n. 4 c.p. inerente alla condotta [vedi A. SANTORO, voce *Tentativo*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, Utet, 1971, p. 1141 ss.].

⁴² L'unica eccezione è costituita da Cass. pen., sez. II, 22 maggio 2009, De Luca, in *Mass. Uff.*, n. 245258. Sul punto si v. la completa rassegna di G. CASELLA, *L'attenuante del danno di particolare tenuità nei delitti contro il patrimonio nell'evoluzione della giurisprudenza di cassazione*, in *Arch. pen.*, v. I, 2014, p. 45, nota 105.

⁴³ Cfr., ancora, Sez. Un., 28 giugno 2013, n. 28243 Pres. Lupo – est. Fumo. Questa la conclusione: "Nei reati contro il patrimonio, la circostanza attenuante comune del danno di speciale tenuità, di cui al n. 4 dell'art. 62 c.p. può applicarsi anche al delitto tentato, sempre che la sussistenza della attenuante in questione sia desumibile con certezza dalle modalità del fatto, in base ad un preciso giudizio ipotetico che, stimando il danno patrimoniale che darebbe stato causato alla persona offesa, se il delitto di furto fosse stato portato a compimento, si concluda che il danno cagionato sia di rilevanza minima".

⁴⁴ Dell'idea che l'attenuante in parola sia inapplicabile al delitto tentato contro il patrimonio perché trattasi di danno "cagionato" e non "potenziale" o tentato, la principale dottrina penalistica contemporanea: per tutti, v. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale*, p. 523 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO,

5.1. (Segue) *Abbandono della legalità, finalità ed esportabilità del “modello”*

Secondo la giurisprudenza principale, dunque, la circostanza *tentata*, superato (positivamente, quanto alla sua struttura) il vaglio di compatibilità giuridica col tentativo, necessita di un secondo setaccio meramente probatorio (la c.d. *riconoscibilità*), diretto ad intravedere la stessa all'interno di quei parametri – l'*idoneità e univocità* – che, in quanto presupposti per individuare la volontà del *reo*, consentono al giudicante di operare un giudizio teleologico⁴⁵.

Qui però si dimentica che l'*idoneità* – *probabilità di lesione del bene giuridico protetto di rilevanza costituzionale, da verificare con giudizio ex ante, in concreto e, in attesa di riforma, su base totale*⁴⁶ – e, soprattutto, l'*univocità* – *direzione finalistica della condotta desunta dal significato degli atti e dall'offesa descritta nella fattispecie di riferimento*⁴⁷ – s'inseriscono, come criteri prevalentemente (ma non solo) oggettivi d'essenza, all'interno di un testo normativo sostanziale; pertanto, essi non costituiscono metodi atti a districare grovigli probatori, strumentali all'accertamento processuale dell'intento del *reo*⁴⁸. In altre parole, individuare nell'univocità

Diritto penale, cit., p. 496 ss.; M. GALLO, *Appunti*, cit., p. 109 ss.; A. ALBAMONTE, *Delitto*, cit., p. 530; T. PADOVANI, voce *Circostanze*, cit., p. 205; M.G. GALLISAI PILO, *Ancora*, cit., p. 774; M.L. DE LUCA, *La problematica*, cit., p. 593 ss.; A. ALBAMONTE, *L'estensibilità*, cit., p. 241 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Sui criteri*, cit., p. 972 ss.

⁴⁵ Queste le parole delle Sezioni Unite: “*solo un atto idoneo si presta ad un giudizio di tipo teleologico, essendo la potenziale efficacia dello stesso un presupposto per individuarne la finalità*”. Cfr. Sez. Un., 28 giugno 2013, n. 28243 § 9.4.

⁴⁶ Il riferimento è al noto problema dell'utilizzo, o meno, della *prognosi postuma su base parziale*: in estrema sintesi, anche se il tema meriterebbe ben altro spazio, la diversa *base totale* assicurerebbe una valvola di sfogo nei casi di inidoneità *ex ante* rilevabile solamente *ex post* (è il caso classico del tentato furto di un portafoglio che non c'è, in uno zaino vuoto). Questo approccio – lo si comprende – difetta su di un punto: la condotta, *ex ante*, rimane illecita, ma *ex post*, magari dopo un “colpo di fortuna”, diviene completamente lecita. Tuttavia, il soggetto deve poter conoscere, *ex ante*, la liceità/illiceità di ogni suo comportamento; qui sta il problema. Forse, come è stato opportunamente rilevato, in una prospettiva *de lege ferenda*, il rispetto del principio di offensività (e di *extrema ratio*, uno dei suoi presupposti) potrebbe portare il legislatore a mediare tra le varie posizioni, mantenendo ferma l'illiceità del fatto, ma diminuendo la pena per i tentativi (solo *ex post*) inidonei. In tal modo si potrebbe finalmente valutare la condotta *ex ante*, ma su “base totale” [in questo senso: M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, Cedam, 1996, p. 179]. Ad ogni modo, la lettura classica su “base totale”, più marcatamente oggettivistica – anche se qui, allo stato degli atti, preferita – non è mai stata presa davvero sul serio dalla giurisprudenza; né, in verità, si conoscono esperienze europee orientate in tal senso [così S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, p. 1004].

⁴⁷ In questo senso, S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale*, cit., p. 673 ss.

⁴⁸ Infatti, senza l'oggettiva univocità, gli atti non sarebbero punibili nemmeno con la prova madre (ad esempio, la confessione) della volontà interiore di realizzare il reato (esemplare il caso n. 41 del venditore ambulante proposto da G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 476 e 491). Per la giurisprudenza, a mero titolo di esempio: Cass. pen., Sez. I, 28 settembre 1987, in *Riv. pen.*, 1988, p. 1058 ss.; Sez. I, 15 febbraio 1989, n. 2571; Sez. I, 27 febbraio 1998, in *C.E.D. Cass*, n. 210074. Detto per inciso, non è un caso che gli autorevolissimi autori del Manuale appena citato: considerino il delitto tentato una figura autonoma di reato, rifiutino l'idea degli atti univoci come mera prova della volontà criminosa (proposta, per la verità anche la teoria c.d. *materiale oggettiva individuale*, già in M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 512 ss.) e ritengano le circostanze tentate degli esercizi ermeneutici

un criterio che precede, a livello logico, la valutazione dell'idoneità⁴⁹ e diretto ad estrarre la volontà dell'autore, non è forse un *escamotage* argomentativo *cripto-soggettivizzante* che provoca, seppur indirettamente, l'apertura di pericolose brecce, già tristemente conosciute⁵⁰, nel controllo della portata applicativa del tentativo? Non per forza, certo; ma l'assenza del rischio non pare poter essere ricondotta alla sfera dell'ovvio.

Senza contare, poi, che il nostro sistema penalistico – quantomeno per la dottrina principale, sin dai tempi del Codice del 1889⁵¹ – riflette concezioni dell'art. 56 c.p. orientate all'esito più che alla volontà. Ciò dovrebbe traghettare il dibattito verso orizzonti affini al tentativo come protezione *da un fatto offensivo di beni giuridici comparabili con la perdita della libertà personale*, piuttosto che *dalla pura volontà criminale dimostrata dal reo*⁵². È pur vero che *non c'è fatto senza autore*⁵³, ma è altrettanto certo che l'approfondimento subiettivo rimane essenziale se non rischia di trasformarsi in spinte soggettivistiche pericolose⁵⁴ che spingono il po-

de lege ferenda. Sul più vasto tema della processualizzazione di categorie sostanziali si v., per tutti, S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, Napoli, Ed. Scient. It., 2007.

⁴⁹ Anche qui la linea non è chiara. Benché s'intenda farla passare come argomentazione oggettivistica, l'idea che l'univocità preceda (a livello logico) la valutazione dell'idoneità, induce a riflettere. Storicamente, è l'univocità che richiama la volontà. Ebbene, in un'ottica *cripto-soggettivistica*, anteporre l'univocità (leggi: *l'intenzione del reo*) all'analisi della portata lesiva del fatto, non significa forse sporcare quel rimasuglio d'oggettività che dovrebbe rimaner fermo?

⁵⁰ “...il tentativo è punibile non solo quando l'esecuzione è compiuta ma anche quando l'agente ha compiuto uno o più atti che indichino, in modo inequivoco, la sua volontà di voler compiere un determinato delitto”, con queste parole, tanto per fornire un esempio, la seconda sezione della Suprema Corte liquidava nel 2012 il concetto-limite di atto esecutivo [Cfr. Cass. Pen., sez. II, 4 dicembre 2012, 46776] protetto già a suo tempo dalla Consulta [v. Corte cost., sent. n. 177 del 1980].

⁵¹ Per una illuminante analisi storica (e attuale) del tentativo si v. R. ISOTTON, *Crimen in itinere. Profili della disciplina del tentativo dal diritto comune alle codificazioni penali*, Napoli, Jovene, 2006.

⁵² Per una completa ricostruzione storica del fondamento del tentativo non si può che citare l'encomiabile opera di S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, Giuffrè, 2012, nonché l'interessante discussione in G. CHIODI, *Il tentativo e la penalistica europea. Dal XIX al XXI secolo: una riflessione storica per il giurista contemporaneo*, in *Quaderni fiorentini*, XLII, 2013, p. 601 ss.

⁵³ In questo modo, seppur lontano da logiche d'autore *stricto sensu*, v.: G. BETTIOL, *Colpa morale e personalità*, in ID., *Scritti*, v. II, p. 868.

⁵⁴ Il soggettivismo opera da sempre su due livelli: uno indesiderabile e uno essenziale, uno come valutazione “etica” sulla costante forma del carattere del reo (versione “personale” o *forte*) e uno come giudizio “giuridico” sulla sua volontà al momento del fatto (versione “interiore” o *debole*). Per la distinzione dei due momenti del soggettivismo, v., per primo, FRANZ VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in *Straf. Aufs. und Vorträge*, 1905, p. 159. In estrema sintesi, poi, nella declinazione *forte*, il soggettivismo può: ritenere il fatto un mero “sintomo” della personalità criminale del deviante [il c.d. tipo *criminologico* d'autore] oppure considerare il reo come nemico della comunità [c.d. tipo *normativo* d'autore]. Sul diritto penale del nemico, per tutti, si rinvia a M. DONINI, *Il diritto penale del nemico*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 772 ss.; in lingua tedesca si v. ID., *Das Strafrecht und der “Feind”*, Lit Verlag, Berlin, 2007; ID., *Diritto penale di lotta v. diritto penale del nemico*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, A. GAMBERINI-R. ORLANDI (a cura di), Monduzzi, Bologna 2007, p. 131 ss. Tristemente attuale, poi, la tematica – rapporto *nemico/terrorista* Oltre Adriatico – trattata nel recente articolo di E. BOZHEKU, *Guerra in Siria: il diritto penale del*

tere d'intervento del giudicante *aldilà* dei limiti prestabiliti, appannando – tra le altre – tutte le garanzie insite nel diritto penale *del fatto*⁵⁵.

Un altro dato rimane comunque quello centrale: l'idea di valutare una “circostanza che non c'è” perché *voluta* oltre che *ipotetica*”, non sposta il problema della sua *materiale inesistenza, non contemplata dal Codice*. Conoscibilità e conoscenza, in effetti, sono concetti che presuppongono la presenza materiale⁵⁶. Pur asserendo che la circostanza manovri non solo la dosimetria sanzionatoria, ma anche la descrizione della condotta e la connotazione psicologica, occorre adoperare particolare cautela nel giustificare atteggiamenti d'indifferenza nei confronti di un sistema penale che non lascia spazio alcuno, nemmeno con la più impavida operazione ermeneutica *de lege lata*, ad *accidentalia delicti* putativi a là “...*comunque credevi che esistessero*”, o voluti a là “...*ti hanno fermato prima, ma, volendoli, li avresti sicuramente realizzati*”. Il testo dell'art. 59, comma 3, c.p., lo si ripete, non contempla siffatte ipotesi e pare azzardato, se non inutile per le ragioni che si vedranno, personalizzare l'illecito *a costo del patrimonio della modernità* (legalità)⁵⁷.

Più in generale, è possibile affermare che il Codice penale conosce bene *la differenza sia fra circostanze esistenti o solo volute* (v. art. 60 c.p.) – ma appunto quando ha inteso imputare circostanze solo ipotizzate lo ha previsto espressamente come regola d'eccezione – *sia fra condotte consumate oppure tentate* quali parti di una circostanza (v. art. 61 n. 8 c.p.); ciò posto, ogni discostamento dalla precisa e tassativa logica del codice produce figure penali nuove, che come si vede hanno fatto ingresso anche in funzione punitiva, e non solo attenuante⁵⁸.

nemico (ri)sbarca in Albania? Dalla disciplina antiterrorismo (al ritorno) al terrore dei reati d'opinione, in *Arch. pen.*, 2014, n. 2, p. 1 ss.

⁵⁵ Cfr. Cass. pen., sez. II, 11 ottobre 2011, n. 36536 con commento di R. URBANI, *Univocità*, cit., p. 187 ss. In questo recente caso, in effetti, una rapina tentata presso un ufficio postale veniva dedotta dal possesso di due pistole – di cui una giocattolo, ma priva del tappo rosso – due passamontagna, una scatola di vernice gialla, dello stucco e dal tentativo di passare per una finestra già rotta. Con questo compendio probatorio, i giudici di legittimità, dopo una breve lezione sul contenuto dell'univocità degli atti, si esprimevano dichiarando apertamente di preferire la lettura prevalentemente soggettiva dell'univocità; quella in base alla quale, appunto, “... *la prova del requisito dell'univocità dell'atto può essere raggiunta non solo sulla base dell'atto in sé considerato, ma anche aliunde e, quindi, anche sulla base di semplici atti preparatori qualora rivelino la finalità che l'agente intendeva perseguire*”. La ricetta è chiara: **si prendano atti preparatori (già idonei), si sostenga che essi riflettono una chiara volontà criminosa, si dica che l'intenzione del reo richiama** – e, per ciò solo, conferma – **l'univocità degli atti e il gioco è fatto**. Ecco servita una *preparata* rapina aggravata.

⁵⁶ In questo senso, per tutti, M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 601 ss. Sul punto, nemmeno la novella del 1990 sul sistema d'imputazione delle circostanze aggravanti pare un buon pretesto per convergere su conclusioni opposte a quella qui condivisa.

⁵⁷ L'espressione è tratta da FERNANDO VELÁSQUEZ, *La flexibilidad del principio de legalidad y los crímenes que agravan a la humanidad*, in *Cuadernos de derecho penal*, 2012, p. 93.

⁵⁸ Oltre ai limiti imposti dall'art. 59 c.p., è comunque da ricordare anche l'idea di coloro che, partendo dall'assenza del danno nel delitto tentato e dalla *ratio* delle circostanze di cui gli art.li 61 n. 7 e 62 n. 4 c.p. (diversa dalla pericolosità dell'agente), escludono l'applicabilità analogica delle stesse, anche se in *bonam partem* [Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Sui criteri*, cit., p. 973]. Generalmente d'accordo con la lettura della giurisprudenza principale in tema di *delitto circostanziato tentato*, tra i pochi già citati,

Due altri profili assai delicati e meritevoli d'attenzione, rivelano infine lo scopo e l'ambito d'applicazione del *trend* analizzato.

L'esposizione ha assunto volutamente un approccio "a Matrioska" (*tentativo/circostanze* → *tentativo/circostanze tentate* → *tentativo/lieve entità del danno*), perché la giurisprudenza dominante – come già ricordato – potrebbe sembrare che applichi la circostanza *tentata* in ambiti prevalentemente patrimoniali e al fine di privilegiare ridimensionamenti di pena in *bonam partem*. Ma non è affatto così.

L'invenzione ermeneutica trattata (e, da alcuni, anche elogiata⁵⁹) approda spesso su isole ben dissimili dalla tutela del patrimonio e spesso in *malam partem*. Su di un piano verticale, infatti, le pronunce della Suprema Corte non si sono certo astenute dall'utilizzare il ragionamento per orientare la pena verso l'alto⁶⁰. Le operazioni *contra reum* inducono quindi a temere futuri *blitz* non sovrapponibili alla "pregevole" intenzione d'infrangere gli argini della legalità per convogliare risposte sanzionatorie eccessive verso il basso. L'attaccamento assoluto ai principi penalistici di rilievo costituzionale c'impone di sottolineare come *la pregevole intenzione di dare sempre e comunque a ciascuno il suo debba, in questi casi, necessariamente concretizzarsi con mezzi utili già esistenti e, soprattutto, costituzionalmente legittimi*. Vedremo poi in che modo.

Sul diverso piano orizzontale, l'argomento-prototipo della rilevanza minima del danno patrimoniale (oggettivo⁶¹) inesistente, viene impiegato in scenari assai variegati dell'insieme penale.

Qualche esempio chiarirà anche quest'ultimo passo.

v.: M. GULLINO, *L'attenuante*, cit., p. 118-119; R. RIZ, *Lineamenti*, cit., p. 388. Non è un caso se nel d.d.l. n. 2038 – Progetto Riz per la riforma del Codice penale –, previo inserimento dell'*intenzione di cagionare l'evento* all'interno del delitto tentato [Capo IV, art. 54], nulla si dica in ordine al suo rapporto con la circostanza imperfetta. Sulla tematica *interpretazione/invenzione* si vedano, fra gli altri, i contributi di M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale fra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004; O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale, tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, Giuffrè, 2006.

⁵⁹ Tra gli altri interventi positivi "a caldo", si vedano le conclusioni di: E. MENGONI, *Reati*, cit., p. 3845. "... *la sentenza delle Sezioni Unite merita un ampio apprezzamento per la qualità degli argomenti che la connotano e per lo spessore delle motivazioni...*", sostiene il giudice commentatore.

⁶⁰ L'ultima statuizione delle Sezioni Unite, benché incentrata sull'attenuante della lieve entità del danno, non si esime dal supportare quel *trend* giurisprudenziale in corso [da ultimo, Cass. pen., Sez. fer., 13 agosto 2009, n. 33408, in tema di tentata truffa aggravata] relativo alle ipotesi di aggravio sanzionatorio derivante dalla "rilevante" quantità di un danno mai prodotto.

⁶¹ Sull'opportuna valutazione della rilevanza del danno "oggettivo" nell'attenuante di cui all'art. 64 n. 4 c.p. si v. Cass. pen., sez. IV, sent., 21 aprile 2010, n. 31391. Questa sentenza assume importanza anche ai fini del rapporto *tentativo/circostanza tentata*. In effetti, la pronuncia prende vita da un furto in un supermercato di otto pezzi di parmigiano "Reggiano" del valore complessivo di Euro 120,00. Il fatto, ribattezzato poi nel giudizio di appello come *tentato* perché avvenuto sotto lo sguardo attento della vigilanza, è stato ritenuto non circostanziato dall'art. 61 n. 4 c.p. per via della valutazione marcatamente oggettivistica del danno, non per incompatibilità del *quid* con la forma tentata.

(A) – Mevio, giovane appartenente ad un'associazione criminale dedita allo spaccio di stupefacenti, fornito di un conto corrente alquanto sospetto (150.000 Euro, *poi successivamente sequestrati*), viene fermato, sottoposto a procedimento penale e condannato in primo grado ai sensi dell'art. 74, commi 1, 2, 3, del d.P.R. 309/90 per aver partecipato ad un collegio criminale dedito al traffico di cocaina. Secondo il giudice di seconde cure, invece, il fatto deve essere derubricato in quello di cui agli art.li 56 c.p., 73 ed 80, comma 2, del d.P.R. 309/90, con conseguente diminuzione di pena. Il legale di Mevio chiama in causa la Corte di Cassazione lamentando un errore sulla legge penale in relazione alla configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 80, comma 2, del d.P.R. già citato.

(B) – Caia, dopo aver partecipato ad un'importante cena di gala, viene accompagnata a casa dal cognato. Una volta arrivata, scende dall'autovettura, saluta quest'ultimo e si accinge ad aprire il cancello del condominio. Proprio in quel momento arriva un giovane che, minacciandola di morte e brandendola per i fianchi, la spinge verso i bui *garages* sotterranei ed incomincia ad accarezzarle i capelli. Poco dopo, però, il passaggio providenziale di una volante dei Carabinieri induce l'aggressore alla fuga. I giudici di primo grado (e quelli d'Appello) confermano la penale responsabilità dell'aggressore per tentato abuso sessuale senza concedere la circostanza di cui all'art. 609-*bis*, comma 3, c.p. Il difensore del *reo* ricorre in Cassazione per il diniego dell'attenuante della lieve entità appena menzionato.

Il caso (A) concerne il delitto tentato in materia di stupefacenti e, nello specifico, la configurabilità, o meno, dell'aggravante di cui all'art. 80 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309. In un caso reale pienamente sovrapponibile⁶², la Suprema Corte ha applicato il modello della circostanza *tentata* deducendo la rilevante entità dello stupefacente che il *reo* avrebbe voluto trafficare dall'ingente somma di denaro presente nel conto corrente. Nelle motivazioni, tanto per amor di precisione, non sono mancati richiami espliciti alla linea tenuta in tema di valutazione del danno nel furto tentato.

Nel curioso esempio (B), il fatto riflette una violenza sessuale tentata. Orbene, in un caso praticamente analogo⁶³, la Suprema Corte ha sancito la fondatezza del diniego della circostanza attenuante richiesta dal difensore perché l'azione delittuosa, se fosse stata portata a compimento, non sarebbe risultata di lieve entità.

Il risultato pare corretto, il ragionamento meno.

In realtà, accogliendo la tesi qui (*ri*)proposta, la violenza non dovrebbe essere di lieve entità (ma, piuttosto, non circostanziata) perché è impossibile dedurre qualcosa che materialmente non c'è. Invece, dicono i giudici, al fine di valutare la *lieve entità del fatto* nel tentativo non si deve considerare l'azione compiuta, ma quella che il soggetto agente avrebbe voluto realizzare. Leggendo questo ragionamento in negativo, allora, ben si comprende come i giudici tornino a sottolineare che (magari in altro caso) applicare un'attenuante o un'aggravante solo "tentata" sulla base di un mero giudizio ipotetico, non risulti cosa impossibile; ciò anche se, lo si

⁶² Cfr. Cass. pen., 23 novembre 2006, n. 2631, in *Riv. pen.*, 2007, v. I., p. 519 ss.

⁶³ Cfr. Cass. pen. Sez. III, Sent., 30 novembre 2011, n. 44416. Inoltre, conformi, 23 maggio 2006, in *Mass. Uff.*, n. 234780; 9 novembre 2011, in *Mass. Uff.*, n. 251216.

ripete ancora una volta, *la sua esistenza meramente psichica* – o, al contrario, *la sua inesistenza materiale* – pare insufficiente ai sensi dell'art. 59 c.p. Non è tutto. L'opzione accolta dalla giurisprudenza maggioritaria ben potrebbe, in futuro, trovare applicazioni ulteriori e non prevedibili.

Non serve nemmeno troppa immaginazione.

(C) – Tizio, ingegnere chimico con esperienza ventennale, lavora presso una famosa azienda che produce bibite gassate. Egli, dopo una violenta discussione col datore di lavoro per via della delocalizzazione appena decisa in una provincia costiera della Cina orientale, afferra un barattolo di acido solforico ad altissima concentrazione chimica e lo scaglia contro il volto di quest'ultimo; tuttavia, l'intervento repentino del collega Sempronio riesce ad affievolire la potenza del lancio e ad evitare il tragico impatto col liquido.

(D) – John, illustre capo-meccanico di un famoso campione di *rally*, prima di una gara decisiva per il *World Rally Championship* decide di recarsi nell'officina del principale avversario, nonché amante della moglie, e di sabotare la sua autovettura con un *liquido-motore* capace di provocare la rottura dello stesso durante la marcia. Poco prima della partenza, un veloce controllo rileva però la presenza del liquido anomalo e impedisce al pilota di partecipare alla gara. Una volta verificate le registrazioni presenti nelle due telecamere a circuito chiuso dell'officina, tutto diviene chiaro.

Negli esempi (C) e (D) il reato configurabile è la lesione personale tentata (art.li 56, 582 c.p.). Quanto alle aggravanti ipotizzabili⁶⁴, sia le lesioni gravissime (*ex art. 583, comma 2, n. 4, c.p.*), che le lesioni gravi (*ex art. 583, comma 1, n. 1*), rimangono mere ipotesi prive di riconoscimento codicistico. Tuttavia, la *volontà* dei due soggetti è chiara e le circostanze concernenti un evento mai avvenuto – ma che in caso di consumazione si sarebbe certamente (*certamente?*) verificato – *riconoscibili* negli atti compiuti⁶⁵. Assai interessante risulta poi l'esportabilità del “modello” all'interno del nuovo art. 131-*bis* c.p.; tuttavia, almeno in questa sede, non ci resta né tempo né spazio a sufficienza.

5.2. Un problema (anche) di disciplina

Una volta compreso il *trend* giurisprudenziale in tema di rapporto *tentativo/circostanze ipotetiche*, occorre soffermarsi su ciò che attrae chi, non dovendo riflet-

⁶⁴ Optare per la natura circostanziale delle ipotesi di cui all'art. 583 c.p. non significa non riconoscere le esigenze pratiche d'illustri autonomisti (che, tra l'altro, costituiscono una parte consistente della principale manualistica: Mantovani, Fiandaca e Antolisei). Ciò nondimeno, alcune evidenze – la *rubrica* (“circostanze aggravanti”), la *tecnica normativa* (il rinvio per la descrizione del tipo all'articolo precedente) e l'*inclusione delle aggravanti nell'alveo del principio di colpevolezza* (riforma dell'art. 59 c.p.) – fanno propendere per soluzioni maggiormente attente alla lettera del Codice. Ritenerle qualcosa di diverso da mere specificazioni della “malattia”, inoltre, comporterebbe l'impossibilità di far rientrare la lesione grave o gravissima nei *reati-base* richiesti dall'omicidio preterintenzionale ai sensi dell'art. 584 c.p.

⁶⁵ Per conclusioni analoghe, si v. Cass. pen., Sez. V., 13 ottobre 2010, n. 36573; Corte App. di Milano, Sez. II, 23 settembre 2009; Trib. dell'Aquila, 14 gennaio 2009.

tere sulla coerenza del sistema ma sulla sua applicazione, si trova dinnanzi ad un problema di disciplina. Sunteggiando, all'interno di una scelta dogmaticamente discutibile e dalla illegittimità costituzionale latente, l'opzione più logica e non in aperto contrasto con parametri di autonomia (*del tentativo*⁶⁶) e legalità (*come principio*), pare essere quella che sconsiglia di operare determinazioni di pena non rigide⁶⁷ diverse da quelle previste per il delitto imperfetto con *circostanze perfezionate*. Pertanto, a meno che non s'intenda ipotizzare (e motivare) una pena-provvisoria derivante da una consumazione mai avvenuta, occorrerà: rideterminare i margini edittali in ragione della natura tentata del fatto, individuare la sanzione all'interno di quella forbice mediante i parametri di cui all'art. 133 c.p. ed applicare la variazione di pena scaturente dalla presenza della circostanza; sia essa tentata oppure perfetta.

In tema di bilanciamento, poi, non si comprende *per qual motivo dovrebbero*, né parimenti *in qual modo potrebbero*, le circostanze inesistenti sottostare a criteri diversi (*ne esistono altri?*) da quelli previsti dal Codice. Se una circostanza (solo voluta) è *riconoscibile* all'interno degli atti posti in essere dal soggetto agente, allora prende vita; ma se vive c'è e se c'è, essa non può che sottostare alle regole di commisurazione e bilanciamento⁶⁸ predisposte dal legislatore penale.

Su sponde opposte, invece, pare approdare la riflessione sul criterio d'imputazione applicabile. Qui, come attentamente osservato in recentissimi contributi⁶⁹, la linea giurisprudenziale dominante riflette un'incoerenza quasi paradossale. Il

⁶⁶ La prima (e unica) proposta generale in questo si ritrova del Progetto Ferri del 1921. Non è certo un caso che una proposta siffatta provenisse da un positivista-sociologo, né è un caso che essa fosse accompagnata da modifiche di Parte Generale protese a neutralizzare *l'autore pericoloso* con sanzioni indeterminate. Ebbene, gli unici due casi nella storia del diritto penale italiano in cui la pena per il delitto imperfetto, recuperando curiosamente l'incondivisibile orientamento (totalmente) soggettivistico sul fondamento della punibilità del tentativo, viene equiparata a quella del rispettivo reato consumato, sono l'art. 293, d.P.R. 23 gennaio 1973 in tema di contrabbando e l'art. 40, comma 3, D.lgs. 26 ottobre 1995 n. 504 in materia di sottrazione all'accertamento dell'avvenuto pagamento dell'accisa sugli oligo-minerali. Storicamente, quantomeno a livello codicistico, il tentativo di delitto – dopo la sua nascita in quel *commencement d'exécution* dell'art. 2 del *Code pénal* napoleonico e dopo la sua trasposizione esatta nelle due edizioni del codice penale austriaco del 1803 e del 1852 – in Italia, viene percepito come qualcosa dal disvalore inferiore rispetto a quello della consumazione (si vedano, ad esempio, il Codice del Regno delle Due Sicilie del 1819, il Codice parmense del 1820, quello sardo del 1839, quello toscano del 1853, quello estense del 1855, *etc.*). Sul punto si v., tra gli altri, E. TAVILLA, *Diritto, istituzioni e cultura giuridica in area estense. Lezioni e percorsi di storia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 345 ss. *Un pericoloso corso, per quanto grave, non potrà mai equivalere ad un danno patito*, si leggeva già nel *Programma* di Carrara; una verità, questa, che l'illustre maestro difenderebbe oggi con più ardore di quello che, ieri, impiegò per diffonderla.

⁶⁷ Come noto, anche in tema di commisurazione della pena per il delitto tentato semplice su pene identificate con l'ergastolo o con pena-base fissa, non sussistono particolari problemi procedurali.

⁶⁸ In tema di bilanciamento si è giunti ad ipotesi piuttosto fantasiose. Secondo alcuni, in presenza di un *delitto circostanziato tentato circostanziato* (v. *sub* § 2.1.), occorrerebbe coniare un metodo capace di bilanciare solo le circostanze simili; insomma, *tentate con tentate ed esistenti con esistenti* [cfr. A. CALABRIA, *Considerazioni*, cit., p. 1388].

⁶⁹ V. per tutti, R. URBANI, *Ancora*, cit., p. 63.

quid pluris che non c'è nasce, da ciò che si è capito, dalla volontà di realizzarlo (e dalla sua riconoscibilità "oggettiva"); dunque, essa non può che risultare irrilevante laddove *non voluta* o *non rappresentata*. Pare dunque curioso scavalcare completamente il dettato normativo di cui all'art. 59 c.p. e concedere una diminuzione di pena a chi, senza avere successo, tenta un furto volendo rubare pochi spiccioli, ma non concederla, di contro, a coloro che, astuti o baciati dalla dea bendata, riescono nell'intento senza nulla sapere in merito all'umile valore della refurtiva.

6. Conclusioni. Quando la soluzione è già nel Codice (art. 133 c.p.)

Ciò che si è specificato in apertura, relativamente alle peculiarità dell'epoca contemporanea sul rapporto tra legalità (legislatore) ed equità (giustizia, giurisprudenza) rimane valido.

Il problema, piuttosto, è che la *law in action*, almeno per come pensata fino ad oggi, risulta informe e inafferrabile: non è pronosticabile perché non generalizzabile e dotata di mero potere persuasivo. Come una sorta d'innomerevoli *dottrine del singolo caso* che, ignorandosi spesso⁷⁰, riescono in ogni modo ad incidere profondamente sulla libertà personale dei singoli autori. Il giudicante, muovendosi in questo recinto dai confini labili può certamente (e legittimamente) colmare lacune codicistiche non intenzionali; che è poi l'obiettivo-base dell'interpretazione classica del tipo: da quella restrittiva fino all'estensiva. Certo, spesso capita di passare il confine (ammesso di comprendere davvero bene il suo posizionamento) facendo, al fine di espandere il diritto, "*ciò che il legislatore avrebbe comunque fatto*". Tuttavia, non sempre ci si limita a colmare lacune inconsapevoli ed effettive nel recinto, più o meno stabile, della medesima *ratio*, ma ci si muove come strumenti politico-repressivi – spesso incostituzionali – creando "*ciò che il legislatore (o, peggio, il Governo di turno) vorrebbe fare se la Costituzione non vi fosse*". È il caso, anche se ce ne sarebbero tanti altri, dell'estensione di tutela predisposta *ad hoc* dalle Sezioni Unite 21 settembre del 1998 n. 9973, Kremi, sulla base dell'art. 73 d.p.r. 309/90. Un non senso: *sacrifichiamo principi* (in questo caso l'offensività) *sviluppati per ridurre l'iniquità, proprio per fare giustizia?* Come se non bastasse, il giudice si trova a creare artificialmente dotti passaggi logico-ermeneutici anche laddove basterebbe applicare l'esistente. Qui, la giurisprudenza pare compiere *un intervento* chirurgico inutile sulla base di (spesso scivolose) esigenze generali d'equità e giustizia.

⁷⁰ Esempio (e davvero incredibile) in questo senso, la giurisprudenza in tema di sostanze stupefacenti. Sul punto, si veda L. MIAZZI, *Determinazione della pena in materia di stupefacenti. È possibile elaborare delle linee guida?*, in *Dir. pen. cont.*, 3 giugno 2014. Ma anche nella giurisprudenza costituzionale, seppur con meno frequenza, si assiste a pronunce altalenanti e prive di continuità logica. Si pensi, ad esempio, al vaglio di proporzionalità delle pene in relazione all'offensività dell'illecito che le precede effettuato da due pronunce opposte (ma vicinissime nel tempo) in tema di oltraggio a pubblico ufficiale (sent. n. 341 del 1994) e di oltraggio ad un Corpo politico, amministrativo, giudiziario o ad un magistrato in udienza (sent. n. 313 del 1995). La lista è lunghissima.

Quest'ultimo approccio – che è poi quello criticato nel presente scritto e dal quale scaturiscono le circostanze ipotetiche – non fa altro che implementare lo smarrimento tipico di un cittadino (del mondo) già assai disorientato⁷¹.

La linea oggi dominante sul rapporto fra delitto imperfetto e circostanze tentate potrebbe apparire, infatti, almeno *prima facie*, saggio e diretto a non *annullare l'individuo nell'astrazione*⁷². Ma, come abbiamo visto, così non è proprio. Pertanto, occorrerebbe soprassedere sull'eventuale imbarazzo sistematico-applicativo derivante dall'esistenza di istituti processuali che il diritto sostanziale ignora⁷³ e resi-

⁷¹ L'espansione giurisprudenziale segue quella (penale-)legislativa, aggiungendosi ad essa. Il tema della proliferazione degli illeciti penali tocca (e spesso genera) numerose altre tematiche – diritto penale minimo, obbligatorietà dell'azione penale, esiguità, *etc.* – e la maggior parte dei Paesi del mondo. Sul tema si veda, tra i numerosi e al netto degli italiani, un autore degli *States* assai attento al tema D. HUSAK, *The criminal law as last resort*, in *Oxford journal of legal studies*, (XXIV), 2004, p. 206 ss., ID., *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2008; ma anche E. LUNA, *Overcriminalization Phenomenon*, in *American University Law Review* (54), 2005, p. 703 ss.; SILVA SANCHEZ, *La expansion del derecho penal. Aspectos de la politica criminal en la sociedades postindustriales*, II, Madrid, 2011; PARAMONOVA SVETLANA, *Concept and systematization of the criminal offense in Russia*, in U. SIEBER-M. FORSTER-K. JAVERS, *National criminal law in a Comparative legal context*, v. 3.1.; JUAN BUSTOS RAMIREZ, *Bases criticas de un nuevo derrecho penal*, Bogotà Temis, 1982; A. GARAPON, *Le Gardien des promesses Justice et démocratie*, Paris, 1996, p. 103 ss., poi H.J. ALBRECHT, *Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik*, in NJ, 1994, p. 193 ss. e, recentemente, si veda un contributo che riprende il problema evidenziandone la natura “comune” G.P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, IV, 2013, p. 1674 ss. Anche se la critica compare spesso nei contributi di dottrina, qualche “numero” può essere comunque utile. Nel 2009, ad esempio, si parlava già di circa 5431 norme-precetto fuori dal Codice (874 delitti e 4557 contravvenzioni). Si veda M. DONINI-D. CASTRONUOVO, *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, Cedam, 2007, (introduzione) p. IX. A questo mare di condotte penalmente rilevanti si aggiunga che, nel 2010, si parlava di circa 50.000 procedimenti definiti (sentenza od ordinanza) nelle sole sezioni penali della Corte di cassazione. Oggi, entrambi i dati – anche se non si dispone di analisi precise riferite all'anno in corso, dunque basandosi sul loro sviluppo dal 2009 al 2013 – non possono che essere in aumento. Non è tutto. Il cittadino nasce oggi inserito in un universo (penalistico) in cui proliferano fattispecie a tutela di beni giuridici inesistenti o privi di rilevanza costituzionale, e cresce in continenti dominati da quel principio di *prima* (e spesso unica) *ratio* (*in*)capace di sostituire quella carenza disarmante di etica pubblica e senso civico che colora l'individualismo dilagante tipico dell'epoca contemporanea. Egli, posto che riesca a comprendere a fondo i tecnicismi tipici del professionista, non riuscirà a comprendere gli sviluppi della legge con un codice commentato solo. Ce ne vogliono almeno due, magari di case editrici selezionate e particolarmente attente o scrupolose nell'attività di selezione della giurisprudenza principale.

⁷² L'espressione è presente nell'introduzione di L. TUMMINELLO, *Il volto del reo. Individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, Giuffrè, 2010.

⁷³ Oltre ad evitare che un furto tentato possa subire punizioni più aspre di un furto consumato attenuato dalla lieve entità del danno, ammettere la valutazione delle circostanze inesistenti (nello specifico quella della lieve entità del danno) risolverebbe numerosi altri problemi (l'arcano dell'arresto in flagranza, ad esempio). Tuttavia, posto che non si tratta di problematiche di matrice sostanziale, occorre ritenere la riforma dell'art. 380, comma 2, c.p.p. non comprensiva della configurabilità della diminuzione in esame nel tentativo, con le aspre e irragionevoli conseguenze del caso: una su tutte, l'arresto *obbligatorio* in caso di tentato furto aggravato con (ipotetica) lieve entità del danno, ma *facoltativo* nella stessa ipotesi consumata. Ulteriori problematiche possono poi trarsi: 1) dall'inter-

stere nell'attesa di un cambiamento della giurisprudenza (ben poco persuasiva) *summenzionata*⁷⁴. Un ripensamento, quello qui auspicato, forse già avvenuto⁷⁵.

L'ultimo arresto della sezione seconda della Suprema Corte di Cassazione, si è in effetti confrontato con il seguente caso:

Tizio, al fine di impossessarsi di uno zaino rimasto incustodito a bordo di un'autovettura di lusso appartenente ad un rappresentante di preziosi, infrangeva il cristallo posteriore (in pieno giorno) e tentava di sottrarre il contenitore; tuttavia, l'azione criminosa veniva interrotta per l'intervento di fattori non dipendenti dalla volontà del *reo*. A seguito di normali accertamenti, si scopriva che lo zainetto conteneva solo dell'abbigliamento da mare di scarsissimo valore.

In questa occasione, i giudici hanno ritenuto corretto – seppur richiamando una delle poche sentenze contrarie all'orientamento giurisprudenziale prevalente sul tema (v. *sub* note 12 e, in qualche modo, 61) – il rifiuto della valutazione della lieve entità del danno nel tentato furto; il danno patrimoniale, sostiene la seconda sezione penale, *non è* elemento costitutivo dell'ipotesi delittuosa. Seppur consci del fatto che nemmeno sposando la lettura delle Sezioni Unite 28 giugno 2013, n. 28243, sarebbero mai arrivati ad esiti differenti – l'automobile era di lusso, il proprietario un gioielliere e il *reo* non conosceva *ex ante* il contenuto dello zaino. Insomma, che Tizio non volesse rubare solo “pochi spiccioli”, in effetti, pare chiaro – i giudici prendono dunque posizione rifiutando l'impostazione della giurisprudenza dominante cristallizzata dalle Sezioni Unite pochi mesi prima.

Comunque sia – e si conclude – basterebbe comprendere come la valutazione delle *circostanze tentate*, ovvero solo quelle materialmente inesistenti all'interno degli atti (già) posti in essere, si risolva in una invenzione ermeneutica non necessaria; qualcosa capace d'individualizzare il reato (sotto il profilo oggettivo e soggettivo

vento della Corte costituzionale sull'art. 380, comma 2, c.p.p. (Corte cost., sent. n. 54 del 1993); 2) dall'ampliamento dell'art. 62 n. 4 c.p. ad opera dell'art. 2 L. 7 febbraio 1990 n. 19; 3) dai problemi di coordinamento dell'ultima amnistia concessa con l'eventuale esclusione della circostanza in esame nei confronti dei delitti tentati contro il patrimonio. Queste, però, non sono certo colpe addebitabili ai teorici, piuttosto che ai pratici, del diritto. Detto per inciso, la Commissione Pagliaro all'art. 20, comma 3, disciplinava “l'applicazione delle circostanze al delitto tentato” ipotizzando una norma giuridica che prevedesse esplicitamente “...il tentativo di delitto circostanziato sulla base degli artt. 61, n. 7 e 62, n. 4, c.p.”. Una tale modifica è inserita in un progetto completo (anche se poco fortunato) di revisione codicistica.

⁷⁴ Si veda *sub* note: 10, 11, 12, 34, 35, 37, 40, 60, 62 e 65.

⁷⁵ Il riferimento è alla recentissima sentenza che, nonostante le Sezioni Unite più volte menzionate del 2013, riconoscono l'incompatibilità genetica del *quid* “lieve entità del danno” nel furto tentato. Cfr. Cass., sent. n. 7034 del 2014. Tuttavia, dato che si tratta di un caso concreto in cui anche l'applicazione della lettura fornita dalle Sezioni Unite avrebbe portato allo stesso risultato pratico (la circostanza tentata non è rilevabile), è meglio essere prudenti. Cosa accadrà quando la giurisprudenza si troverà davvero davanti ad una circostanza solo tentata ma davvero voluta? Cosa accadrà quando tale *quid pluris* dovrà aggravare la pena finale? Non rimane che attendere.

vo⁷⁶), ma – in assenza di una modifica capace di trasformare davvero le circostanze ad effetto speciale in titoli autonomi di reato⁷⁷, il che, a parer nostro, eliminerebbe buona parte dei problemi qui prospettati – ampiamente sostituibile con l'utilizzo dell'art. 133 c.p., nella parte in cui consente la calibrazione della *gravità dell'illecito (tentato)* in base “... alla natura, alla specie, ai mezzi, all'oggetto, al tempo, al luogo e ad ogni altra modalità dell'azione”⁷⁸.

Di spazio nelle cornici edittali ce n'è già, anche troppo.

FRANCESCO DIAMANTI

⁷⁶ Il procedimento d'individualizzazione del diritto penale è ambito assai noto e studiato. In breve, esso accompagna il diritto criminale sin dal sec. XVIII, da quando l'umanizzazione ha prodotto attenzioni “individualizzanti” a livello legislativo. Inoltre, per ciò che qui importa, una migliore individualizzazione dell'illecito è, da sempre, l'argomento “di supporto” nelle letture *de lege lata* favorevoli alla valutazione della circostanza tentata. Cfr., fra i già ampiamente citati, vedi: A. CALABRIA, *Considerazioni*, cit., p. 1371; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 462; M.V. FERRACO, *Tentativo*, cit., p. 579; M. BOSCARRELLI, *Tentativo*, cit., p. 602 ss. Il punto, lo si ribadisce, è comprenderne i limiti.

⁷⁷ Sul punto, molto chiara la proposta contenuta in M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, v. 56, 3, 2013, pp. 1202, 1203 (v. anche nota 83).

⁷⁸ La conclusione è condivisa da autori (già più volte citati) come Malinverni, Marini, De Luca e altri. La principale critica alla summenzionata visione pare essere quella orientata al rapporto apparente fra circostanza tentata e criteri di commisurazione della pena. Tuttavia, per essere in rapporto apparente, due norme – o due circostanze – devono esistere e risultare astrattamente applicabili al caso concreto. Qui, invece, la circostanza *tentata* potrà al massimo abitare le speranze di qualcuno, ma non di certo il codice penale vigente.