

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MODENA E REGGIO EMILIA  
IN CONVENZIONE CON L'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PARMA

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE  
XXXV CICLO

TESI DOTTORALE IN DIRITTO PENALE

LA SITUAZIONE PERICOLOSA NEL DELITTO TENTATO.  
RISCHIO INTERNO E DEFINIZIONE DELL'ATTO PUNIBILE

RELATORE - TUTOR

CHIAR.MO PROF. MASSIMO DONINI

DOTTORANDO

RICCARDO ORLANDI

COORDINATORE DEL CORSO

CHIAR.MO PROF. LUIGI FOFFANI

ANNI ACCADEMICI 2019 - 2022



*Ai miei genitori*

*Paola e Rino*

“Die Strafjustiz ist ein notwendiges Übel.  
Überschreitet sie die Grenzen der Notwendigkeit,  
dann bleibt nur das Übel –  
La giustizia penale è un male necessario.  
Se essa supera i limiti della necessità,  
allora resta soltanto il male”.

CLAUS ROXIN

*Fragwürdige Tendenzen der Strafrechtsreform, Radius, 1966, 3, 37*

*Al termine del percorso di dottorato, il primo pensiero di profonda gratitudine, molto più che doveroso, va al Prof. Massimo Donini per avermi dato questa straordinaria opportunità di crescita intellettuale e umana in un ambiente di studio libero e rigoroso. Un grande ringraziamento, quindi, al mio Maestro, per i Suoi insegnamenti, causa principale della mia passione per questa terribile materia, per la fiducia e il sostegno sapiente e paziente che mi ha sempre dimostrato in questi anni; per aver guidato i miei studi con importanti sollecitazioni scientifiche ed innumerevoli occasioni di riflessione.*

*Desidero esprimere la mia riconoscenza al Prof. Luigi Foffani, Coordinatore del Corso, per i Suoi incoraggiamenti e la grande disponibilità che ha sempre dimostrato per le attività del dottorato. Lo ringrazio per aver contribuito in maniera decisiva ad allargare i miei orizzonti verso una dimensione internazionale e per avermi trasmesso un poco del Suo entusiasmo.*

*Un ringraziamento particolare va al Dott. Francesco Diamanti per la costante disponibilità, per l'attenzione con la quale ha sempre seguito il mio percorso di ricerca, per avermi indirizzato con preziosi consigli e pratiche indicazioni e per non avermi mai fatto mancare un generoso supporto.*

*I debiti di riconoscenza che ho contratto durante il dottorato si estendono anche al di là delle Alpi, in cui ho svolto parte del lavoro di tesi, iniziato all'ombra della torre Ghirlandina e completato tra Marienplatz e la Siegestor. Ringrazio sentitamente il Prof. Helmut Satzger per avermi concesso la possibilità di trascorrere un fruttuoso semestre presso il prestigioso Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften della Ludwig-Maximilians-Universität di Monaco di Baviera, per la Sua cordiale ospitalità e per le occasioni di confronto. Questo ringraziamento deve poi essere esteso al Dott. Patrick Born, alla segretaria Sig.ra Dóra Wagner e alla Sig.ra Anja Morris per l'ottima organizzazione del mio soggiorno bavarese.*

# INDICE

|                    |         |
|--------------------|---------|
| INTRODUZIONE ..... | VIII-IX |
|--------------------|---------|

## CAPITOLO PRIMO

### IL «VECCHIO» E IL «NUOVO» DEL DELITTO TENTATO: SOLUZIONI ACCOMODANTI PER QUESTIONI IRRISOLTE

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Il dibattito dottrinale sul delitto tentato nel XIX secolo: l'emersione dei criteri dell'idoneità e dell'univocità. Il confronto tra le Scuole classica e positiva. L'art. 61 del codice penale Zanardelli .....                                                                                                                                                                                                            | 11 |
| 2. L'emersione e l'affermazione dell'indirizzo tecnico-giuridico. Il tentativo nel progetto Ferri del 1921 e l'involuzione autoritaria e repressiva della disciplina del delitto tentato: gli artt. 49 e 56 del codice Rocco e il loro ambiguo inquadramento .....                                                                                                                                                             | 21 |
| 3. Il fallimento dei diversi progetti di riforma del codice penale e l'esigenza di doversi confrontare ancora con la disciplina codicistica originaria. La linea di tendenza verso un fondamento oggettivo del delitto tentato anche in una prospettiva <i>de lege ferenda</i> .....                                                                                                                                           | 34 |
| 4. La distinzione tra atti preparatori ed esecutivi nella dottrina contemporanea e la perdurante rilevanza degli atti preparatori nella giurisprudenza. L'idoneità degli atti tra possibilità e probabilità: base, momento e grado del giudizio e rapporti con il principio di offensività e il reato impossibile. Natura e caratteristiche del pericolo .....                                                                 | 49 |
| 5. L'univocità degli atti nell'accezione oggettiva e soggettiva e il suo raccordo con l'identità del dolo nel tentativo: particolare utilità del criterio e sua pregnanza nella definizione della condotta punibile .....                                                                                                                                                                                                      | 74 |
| 6. Il delitto tentato nel sistema penale del rischio: dalla punizione del pericolo alla prevenzione dei pericoli. L'attuale tendenza a costruire le fattispecie di reato come reati di pericolo e la residualità del tentativo nella produzione legislativa contemporanea. L'incidenza del processo di decodificazione sulla marginalità del tentativo e la conseguente necessità di circoscriverne l'ambito applicativo ..... | 83 |

## CAPITOLO SECONDO

### UN ALTRO TENTATIVO: IL REATO TENTATO NEL SISTEMA PENALE TEDESCO. PROFILI DI COMPARAZIONE

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. La disciplina e il fondamento della punibilità del tentativo nel diritto penale tedesco. Genesi e sviluppi della teoria soggettiva nella dottrina e nella giurisprudenza: la pericolosità dell'autore e il ruolo dell'elaborazione della <i>personale Unrechtslehre</i> . I lavori di riforma del codice penale e l'articolato dell' <i>Alternativ-Entwurf</i> . La <i>Eindruckstheorie</i> ..... | 91 |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

2. Le tesi oggettivistiche: dalla teoria del *Mangel am Tatbestand* alle moderne tesi oggettive. Pericolosità dell'azione e pericolosità per l'oggetto materiale del reato. Il tentativo come reato di pericolo astratto. L'emersione di teorie intermedie: le *dualistische Konzeptionen* ..... 117
3. Il problema della definizione dell'atto punibile e il riferimento alla fattispecie tipica dal punto di vista esecutivo-materiale: caratteristiche e limiti della *Zwischenaktstheorie*. Il pericolo per il bene giuridico, l'invasione della sfera della vittima e la costante sovrapposizione di aspetti oggettivi e soggettivi. L'emersione di criteri normativi ..... 129
4. Il tentativo inidoneo: l'opzione legislativa della punibilità e le sue ricadute sulla concezione dell'illecito penale. Gli sforzi della dottrina per limitarne in via ermeneutica l'applicazione e la ripresa del criterio della prognosi postuma ..... 140
5. La riduzione facoltativa della pena per il tentativo: i criteri commisurativi adottati dalla giurisprudenza e la valutazione dello stadio di sviluppo della condotta criminosa ..... 147

## CAPITOLO TERZO

### IMPUTAZIONE NORMATIVA E TENTATIVO DI DELITTO: VIOLAZIONE DELLA NORMA E CREAZIONE DEL PERICOLO

#### *Sezione I – Imputazione oggettiva e nesso di rischio nei reati dolosi di mera condotta*

1. Introduzione alla teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento: le insufficienze del rapporto causale-condizionalistico e la selezione normativa delle condotte rilevanti. Diversi criteri per un'unica teoria: l'aumento del rischio. Nesso di rischio tra condotta e risultato ..... 151
2. Imputazione oggettiva dell'evento e reati dolosi. La presenza e la valutazione del dolo già a livello del fatto oggettivo. Il rischio che precede la causa e il rischio *ex post*. La fisionomia del rischio nel reato doloso e le sue peculiarità rispetto al reato colposo. Adeguatezza sociale e rischio consentito: bilanciamento di interessi nel fatto tipico e significato della condotta .... 171
3. Forme di manifestazione del reato (tentativo e concorso personale) e criteri normativi di imputazione in una più ampia dimensione assiologica. *Objektive Zurechnung* e realizzazione del piano criminoso ..... 183

#### *Sezione II – Imputazione oggettiva e delitto tentato*

4. L'anticipazione dell'analisi del dolo nel delitto tentato rispetto agli altri elementi. La necessità di stabilire primariamente il fine delittuoso dell'agente, da impiegare come secondo termine del rapporto nell'accertamento degli elementi oggettivi. L'impossibilità di accertare idoneità ed univocità su un piano solamente oggettivo: l'insuperabilità altrimenti del problema delle condotte pluridirezionali ..... 189
5. Applicazione della teoria dell'imputazione oggettiva al delitto tentato e trasversalità del criterio alla dimensione oggettiva e soggettiva. La creazione di un rischio non permesso come criterio di selezione della condotta punibile e come discriminazione nella distinzione tra atti preparatori ed esecutivi. Il superamento del rischio consentito come momento del giudizio d'idoneità ..... 202

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 6. L' idoneità degli atti come nesso di rischio tra condotta e risultato. Il concetto di «risultato» nel delitto tentato tra piano materiale e astratto. Il processo bifasico di valutazione dell' idoneità e concretizzazione del rischio: caratteristiche della parzialità del giudizio ..... | 213 |
| 7. Alla ricerca di conferme: l' utilità di criteri di imputazione normativa per il tentativo nei reati omissivi .....                                                                                                                                                                           | 224 |
| 8. La funzione dell' elemento della direzione non equivoca degli atti: giudizio oggettivo e soggettivo di prova “conclusiva” per la punibilità del delitto tentato .....                                                                                                                        | 228 |
| Proposta di riforma .....                                                                                                                                                                                                                                                                       | 231 |
| BIBLIOGRAFIA .....                                                                                                                                                                                                                                                                              | 233 |

*Lo stato della letteratura e della giurisprudenza sono aggiornati al 1° ottobre 2022.*

*I criteri di citazione e le abbreviazioni sono quelli consueti.*

## ABSTRACT

### *The Dangerous Situation in the Criminal Attempt. Inherent Risk and Identification of Punishable Act*

*The attempted crime is the only one that has resisted the charm of modernity; it remains there, stationary over the years, out of the political-criminal lines and the attention of most. The increasingly frequent fractionability of the criminal conduct given the complexity of offences may allow the old attempt to revive its second youth. The discipline of attempted crime, as conceived and defined by the legislator of the Italian Criminal Code, was created with the clear aim of widening the scope of punishability compared to that contained in the previous text after the Unification of Italy. Hermeneutic lines outlined by the doctrine are still prisoners of the obvious congenital limits and the vagueness of the requirements of suitability and unambiguousness of acts. The guidelines of the Supreme Court judgements also respond to the needs of social defence with excesses of punitivism that are often recorded in practice, reaching a sublimation of the two criteria of assessment. However, the attempt suffers from a congenital lack of strict construction feature due to the vertical extension of criminal liability, through expressions that are incapable of fully grasping the multiform reality that can occur in a criminal conduct. The halting of conduct at the attempt stage reveals a series of basic problems: objective or subjective approach, naturalism and normativism, and in essence the need to backtrack in description of the offence in order to criminalise facts that are inchoate, even if intended, due to the intervention of independent factors. It is not possible today, however, to analyse the law of attempt without placing it in its current context, without taking into consideration the changes that the criminal justice system has recorded in recent years. Criminal law traditionally, through its sanctions, prosecutes acts that have already caused harms to an interest worthy of protection, intervenes in essence when it is too late. But the tendencies of modern criminal law, increasingly directed towards the construction of inculpatory cases that punish inchoate acts that do not cause an injury to the legal asset but only its actual or presumed endangerment, create a link with police law: the criminal law of harm, increasingly gives way to the criminal law of risk and security. It is precisely in this context that the law of attempt needs a deep and articulate reinterpretation, in the dual perspective of current state and in a prospect of reform. The comparative perspective, in this respect, provides cues for new interpretations, for seeking alternative hermeneutic solutions, which, however, require subsequent harmonisation in order to be correctly cast in the domestic regulatory context, with what is the wording of the provision. The problem of identifying when an act is suitable, how to assess suitability, on what basis to assess it and what meaning to attach to the requirement of its unambiguous direction, have not yet found truly satisfactory solutions. The assessment of the elements characterising the attempted crime mainly concerns the extent and potential charge of the offence, orbiting within the concepts of risk and danger and their reciprocal interactions. A normative assessment of the fraction of conduct enacted by the offender could make it possible to identify on a safer basis the moment at which conduct becomes relevant to criminal law.*

L'istituto del delitto tentato è forse l'unico a resistere al fascino della modernità; rimane lì, fermo negli anni, fuori dalle linee politico-criminali e dall'attenzione dei più. La sempre più frequente frazionabilità dell'*iter criminis* data dalla complessità di realizzazione delle condotte criminose può consentire all'anziano tentativo di rivivere una sua seconda giovinezza. La disciplina del delitto tentato, così come pensata e definita dal legislatore del codice, fu realizzata con il chiaro scopo di ampliare gli spazi di punibilità rispetto a quella contenuta nel testo *post-unitario*. Le linee ermeneutiche delineate dalla dottrina sono ancora prigioniere degli evidenti limiti congeniti e della vaghezza dei requisiti dell'idoneità e dell'univocità degli atti. Gli orientamenti della giurisprudenza rispondono soprattutto ad esigenze di difesa sociale con eccessi di punitivismo che si registrano sovente nella prassi, arrivando ad una sublimazione dei due criteri di accertamento. L'istituto del tentativo sconta comunque una congenita carenza di determinatezza data dall'estensione verticale della punibilità, attraverso espressioni che sono incapaci di afferrare completamente la realtà poliforme che può ricorrere nel *crimen in itinere*. L'arrestarsi della condotta criminosa allo stadio del tentativo palesa una serie di problemi di fondo: approccio oggettivo o soggettivo, naturalismo e normativismo e in sostanza l'esigenza di "fare marcia" indietro nella tipizzazione dell'offesa per sanzionare fatti che non si sono completamente realizzati, seppur voluti, per l'intervento di fattori indipendenti. Non si può oggi, però, analizzare un istituto così classico senza calarlo nel contesto attuale, senza prendere in considerazione i mutamenti che il sistema penale ha registrato negli ultimi anni. Il diritto penale tradizionalmente attraverso le sue sanzioni, attraverso la pena interviene a sanzionare fatti che già hanno causato un danno a interessi meritevoli di tutela, interviene in sostanza quando ormai è troppo tardi. Ma le tendenze del diritto penale moderno, sempre più indirizzato alla costruzione di fattispecie incriminatrici che puniscono fatti che non provocano una lesione del bene giuridico ma soltanto una sua messa in pericolo effettiva o presunta, creano un collegamento con il diritto di polizia: il diritto penale dell'evento, della lesione cede sempre con maggior frequenza il passo al diritto penale del rischio e della sicurezza. È proprio in questo contesto che l'istituto del delitto tentato necessita di una profonda ed articolata rilettura, nella doppia prospettiva *de lege lata* e *de lege ferenda*. La prospettiva comparata, a tale riguardo, fornisce spunti per nuove interpretazioni, per cercare quindi soluzioni ermeneutiche alternative, le quali tuttavia necessitano di una armonizzazione successiva per essere correttamente calate nel contesto normativo interno, con quello che è il tenore letterale della disposizione. Il problema di individuare quando l'atto è idoneo, come valutare l'idoneità, su quale base valutarla e quale significato attribuire al requisito della sua direzione non equivoca, non hanno ancora trovato soluzioni veramente appaganti. La valutazione degli elementi che caratterizzano il delitto tentato riguardano principalmente l'entità e la carica potenziale dell'offesa, orbitando nell'ambito dei concetti di rischio e di pericolo e nelle loro reciproche interazioni. Una valutazione di carattere normativo della frazione di condotta posta in essere dall'agente potrebbe consentire di individuare su basi più sicure il momento in cui un comportamento assume rilevanza per il diritto penale.



## CAPITOLO I

### IL “VECCHIO” E IL “NUOVO” DEL DELITTO TENTATO. SOLUZIONI ACCOMODANTI PER QUESTIONI IRRISOLTE

SOMMARIO: 1. Il dibattito dottrinale sul delitto tentato nel XIX secolo: l'emersione dei criteri dell'idoneità e dell'univocità. Il confronto tra le Scuole classica e positiva. L'art. 61 del codice penale Zanardelli – 2. L'emersione e l'affermazione dell'indirizzo tecnico-giuridico. Il tentativo nel progetto Ferri del 1921 e l'involuzione autoritaria e repressiva della disciplina del delitto tentato: gli artt. 49 e 56 del codice Rocco e il loro ambiguo inquadramento – 3. Il fallimento dei diversi progetti di riforma del codice penale e l'esigenza di doversi confrontare ancora con la disciplina codicistica originaria. La linea di tendenza verso un fondamento oggettivo del delitto tentato anche in una prospettiva *de lege ferenda* – 4. La distinzione tra atti preparatori ed esecutivi nella dottrina contemporanea e la perdurante rilevanza degli atti preparatori nella giurisprudenza. L'idoneità degli atti tra possibilità e probabilità: base, momento e grado del giudizio e rapporti con il principio di offensività e il reato impossibile. Natura e caratteristiche del pericolo – 5. L'univocità degli atti nell'accezione oggettiva e soggettiva e il suo raccordo con l'identità del dolo nel tentativo: particolare utilità del criterio e sua pregnanza nella definizione della condotta punibile – 6. Il delitto tentato nel sistema penale del rischio: dalla punizione del pericolo alla prevenzione dei pericoli. L'attuale tendenza a costruire le fattispecie di reato come reati di pericolo e la residualità del tentativo nella produzione legislativa contemporanea. L'incidenza del processo di decodificazione sulla marginalità del tentativo e la conseguente necessità di circoscriverne l'ambito applicativo

1. L'elaborazione sistematica del tentativo di delitto nella scienza penalistica italiana è in larga parte debitrice delle acquisizioni teoriche e del pensiero di Francesco Carrara, uno dei suoi più grandi Maestri, il quale si occupò in diverse opere approfonditamente dell'istituto, tracciando quelle linee dottrinarie e filosofiche che ancora oggi, a più di un secolo di distanza, caratterizzano le basi fondamentali del dibattito sul tentativo nella dottrina contemporanea. Le riflessioni dell'insigne Giurista toscano, influenzate anche dal pensiero di Giovanni Carmignani e prima ancora di Gian Domenico Romagnosi in cui cominciarono ad emergere i due criteri dell'idoneità e dell'univocità, coinvolgono tutti gli aspetti del delitto tentato, dalla sua definizione rispetto al reato consumato, passando per l'individuazione della condotta punibile, fino a giungere all'analisi del grado della «forza fisica» nel tentativo, presentando mutamenti ed evoluzioni che forniscono la somma della complessità della sua elaborazione ed imprimendo ai successivi svolgimenti sul tema contenuti innovativi rispetto al dibattito coevo ma che non sfuggiranno a difficoltà e ad ambiguità interpretative<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Per una rilettura aggiornata e sull'attualità del pensiero di Carrara, sotto il duplice profilo dottrinario e politico-criminale, v. AA.VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Atti del convegno internazionale Lucca-Pisa 2-5 giugno 1988, a cura di T. Delogu - A. Antuofermo, Milano, 1991, 645 ss. e 691 ss.; T. DELOGU, «Vivo e morto» nell'opera di Francesco Carrara, in AA.VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, cit., 59 ss.; v. anche l'ultima parte del lavoro di R. ISOTTON, *Crimen in itinere. Profili della disciplina del*

In un intreccio quanto mai complicato di istanze unitarie della (nuova) «scuola italiana» e approcci di tipo localistico per la presunta superiorità attribuita al codice penale del Granducato di Toscana del 1853 (c.d. codice leopoldino) rispetto a quello sardo-piemontese, per quanto concerne il fondamento della punibilità del tentativo, il Carrara a più riprese sottolinea che la ragione per punire un delitto, costruito sull'idea di «fatto», deve soddisfare due condizioni: la prima, è quella di un «fatto lesivo della sicurezza»; la seconda, derivare da un «atto volontario dell'uomo». L'insieme di queste due condizioni fa mergere quelle che sono le conseguenze dell'atto criminoso e cioè un danno «immediato» e un danno «mediato o riflesso» che è necessario comunque punire affinché si ristabilisca «nei cittadini l'opinione della propria sicurezza»<sup>2</sup>. Pur sussistendo una «malvagia volontà determinata dalla violazione della legge», quando l'agente inizia a porre in essere quegli atti esterni orientati a questo obiettivo ma il loro corso si interrompe, non si avrà un delitto perfetto, bensì un «delitto attentato», detto anche «conato»<sup>3</sup>, dal latino *conatus*, sforzo, impulso.

L'illustre Studioso prosegue la sua analisi domandandosi quale possa essere l'interesse nutrito dal diritto criminale per punire il conato, anche in mancanza di un danno immediato. Nel rispondere all'interrogativo, Carrara delinea il fondamento del tentativo, sostituendo il danno (del reato consumato, perfetto) al pericolo: «Alla ragione di punire desunta dal danno immediato, che cessa nei tentativi, sottentra in questi la ragione desunta dal pericolo corso: questo fa le funzione del danno»<sup>4</sup>; pericolo corso che non deve essere assimilato ad una condizione di apprensione né tantomeno riguardare un pericolo futuro, ma che si deve palesare in un atto esterno di realizzazione dotato di forza necessaria a raggiungere l'obiettivo

---

*tentativo dal diritto comune alle codificazioni penali*, Napoli, 2006, 407 ss. Per un'ampia disamina delle elaborazioni teoriche carrariane sul tentativo, qui soltanto abbozzate, e per una ricostruzione storica completa dell'istituto (da Cesare Beccaria al codice del '30), con approfondite escursioni anche nel diritto e nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale straniero, si rinvia all'imponente e fondamentale opera di S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2012, 3 ss., 72 ss., 111 ss. e 395 ss.; partendo dal diritto romano e poi germanico, v. anche l'importante lavoro di A. CAVANNA, *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, in *Annali della facoltà giuridica genovese*, IX, 1970, 1, 4 ss. Sull'emersione dei criteri della idoneità e dell'univocità alla fine del Settecento, cfr. G.D. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale* (Pavia, 1791), Studi Romagnosi, Milano, 1996, 289, § 615; G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* (5° ed., 1833), Milano, 1863, 84, § 227, secondo cui il reato tentato è un: «[F]atto umano avente carattere estrinseco di mezzo, assunto da malvagio proposito, e idoneo a conseguire il suo fine nella consumazione di certa e determinata offesa sociale»; per un approccio ancora più concreto del concetto di idoneità, v. S. ROBERTI, *Corso completo del Diritto Penale del Regno delle Due Sicilie secondo l'ordine delle leggi penali*, Napoli, 1833, III, 60 ss. e 98 ss. Per una analisi storica sul concetto d'idoneità degli atti, diffusamente I. GIACONA, *Il concetto d'idoneità nella struttura del delitto tentato*, Torino, 2000, 21 ss.

<sup>2</sup> F. CARRARA, *Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto (conato, complicità)*, 4° ed., Lucca, 1860, 2-3.

<sup>3</sup> Il valore semantico assunto dal concetto di «attentato» nel senso di un pericolo per la sicurezza è rimasto pressoché inalterato fino ai nostri giorni. Sul punto, v. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1915, VI, 430-432, in cui il pericolo viene definito come «attuale probabilità della verificazione di un disastro»; poi, anche E. GALLO, voce *Attentato (delitti di)*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, 349 ss., il quale sosteneva che il pericolo era elemento caratterizzante tutte le fattispecie di attentato.

<sup>4</sup> F. CARRARA, *Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto*, cit., 5.

criminoso<sup>5</sup>. Tutta la tematica del tentativo ruota allora attorno al concetto di pericolo, di pericolo per la sicurezza, che è anch'esso un danno in senso "politico" e che giustifica quindi l'intervento del diritto punitivo<sup>6</sup>.

«Quantunque non abbia a deplorarsi un evento dannoso, pure l'animo dei cittadini si scuote all'aspetto di una volontà malvagia che già aveva cominciato la esecuzione di atti indirizzati a quel tristo evento, ed abili a procacciarlo; ed al pensiero che una mera accidentalità, di cui non può calcolarsi la ripetizione, ha salvato la vittima dal male minacciatole, e la società dal lutto e dal terrore di un delitto compiuto. Il tentativo col porre in pericolo la sicurezza ha prodotto anch'esso un danno politico. A cotesto danno politico occorre il rimedio politico della punizione di colui alle malvagie voglie del quale nulla mancò tranne i favori della fortuna»<sup>7</sup>.

La distinzione tra atti preparatori ed esecutivi operata dal Carrara ruota attorno al concetto della non equivocità dell'atto, ritenuto preminente – almeno in una prima fase del suo pensiero – rispetto a quello dell'idoneità, in base al quale l'atto preparatorio non è punibile perché continuerebbe a conservare una direzione ambigua, che può indirizzarsi sia verso un risultato lecito sia illecito. Scrive chiaramente sulla questione Carrara: «La univocità è la formula che segna il confine fra gli atti preparatori e il conato»<sup>8</sup>; la terminologia impiegata è diversa ma la sostanza non cambia: pur parlando di «conato remoto» e «conato prossimo», egli ritiene che il primo (anche se può comunque orientarsi al delitto) identifichi un momento ancora lontano<sup>9</sup>. Ma il giudizio sulla direzione non equivoca degli atti viene parametrato non in termini assoluti e generali ma sul singolo caso concreto, sul tipo di reato, secondo criteri di tipo probabilistico in base alle circostanze che l'atto materiale viene a creare<sup>10</sup>.

Così argomentando, il campo di incidenza dell'univocità intesa dunque come criterio probatorio si allarga notevolmente e con esso la rilevanza in termini esecutivi di atti tendenzialmente e comunemente preparatori. Per porre, dunque, un argine anche di tipo garantistico a questo ampliamento della punibilità, Carrara, attraverso una distinzione non

---

<sup>5</sup> F. CARRARA, *Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto*, cit., 42.

<sup>6</sup> F. CARRARA, *Tentativo e consumazione*, Parte prima, XI, in ID., *Reminiscenze di cattedra e foro dell'avvocato Francesco Carrara*, Lucca, 1883, 328: «Perché ad avere il delitto consumato occorre il danno immediato, cioè la effettiva violazione di un diritto. Al tentativo per lo contrario, che ha pur esso necessità di una forza fisica (altrimenti la punizione sarebbe tirannide) questa forza si costituisce dal solo pericolo nel quale è stato posto il diritto nel caso concreto; o nel quale potrebbe esser posto il diritto ove il fatto si ripetesse con altre circostanze».

<sup>7</sup> F. CARRARA, *Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto*, cit., 5.

<sup>8</sup> F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, I, Firenze, 1898, 441, § 132.

<sup>9</sup> F. CARRARA, *Sunto di alcune lezioni sul grado nella forza fisica del delitto (conato, complicità)*, 3° ed., Lucca, 1859, 27.

<sup>10</sup> Con riferimento agli atti esecutivi nel reato di furto, F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, 2° ed., Lucca, 1869, 351, § 2239.

molto sicura e piuttosto oscura opera una distinzione tra il soggetto passivo dell'attentato e della consumazione, intendendosi con tali accezioni il soggetto passivo del reato e allo stesso tempo l'oggetto materiale del reato<sup>11</sup>: il soggetto passivo dell'attentato riguarda: «[T]utto ciò su cui cadono gli atti esecutivi precedenti la consumazione»; quello della consumazione: «[C]iò su cui cade l'ultimo atto consumativo del delitto» e dunque si avrà un conato prossimo: «[Q]uando l'agente, recatosi sul campo destinato all'azione, è alla presenza dell'uomo o dell'oggetto sul quale deve consumarsi il delitto»<sup>12</sup>.

Il vero elemento impiegato da Carrara per identificare il tentativo punibile è in definitiva quello dell'univocità, perché nell'analizzare la «forza fisica» del delitto tentato, segue una concezione dell'idoneità alquanto fumosa. Sono due le questioni sull'idoneità che meritano, a tale riguardo, di essere evidenziate: la prima, concerne la distinzione tra idoneità assoluta e relativa, dove nel caso di una inidoneità soltanto relativa non è sufficiente ad escluderne la punibilità, poiché il mezzo adoperato poteva presentare comunque una idoneità in termini astratti e assoluti<sup>13</sup>; la seconda, che il giudizio di idoneità deve riguardare non l'atto nel suo complesso, bensì le singole fasi, i singoli momenti dell'*iter criminis*, instaurandosi tra questi una sorta di reciproca comunicabilità: «Se la impossibilità intervenne fino dal primo di tali atti, tutta la serie loro, e tuttocìò che fu fatto, dovrà dirsi non imputabile. Ma se durante un primo periodo della azione la violazione del diritto era sempre possibile, questa serie di atti presenta le condizioni di un pericolo che in quel periodo fu corso dal diritto»<sup>14</sup>.

Subito dopo la morte di Carrara nel 1888, il suo impianto sistematico inizia già a vacillare, in particolare sotto i colpi di quella Scuola positiva che si formerà proprio alla fine del XIX secolo e che eserciterà per molto tempo un'importante influenza nel dibattito penalistico interno e straniero<sup>15</sup>, in contrapposizione alla Scuola classica (che in realtà proprio una «scuola» non era<sup>16</sup>), la quale cercherà invece di mantenersi fedele ai principi garantistici e alle strutture dello Stato di diritto liberale di derivazione illuministica. Orbene, dopo l'Unità d'Italia, le posizioni prevalenti della dottrina sul tentativo, anche per non cedere terreno ai sussulti delle teorie positiviste, continuano ad essere in buona parte seguaci del pensiero

---

<sup>11</sup> Per una più compiuta disamina della distinzione, v. S. DEL CORSO, *Atti preparatori ed atti esecutivi nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 1990, 148 ss. (spec. 154).

<sup>12</sup> F. CARRARA, *Sunto di alcune lezioni sul grado nella forza fisica del delitto*, cit., 28.

<sup>13</sup> Per un esame storico dell'inidoneità degli atti, v. M. CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli, 2004, 34 ss. e 45 ss.

<sup>14</sup> F. CARRARA, *Sinopsi delle mie opinioni sul conato*, Lucca, 1878, 14.

<sup>15</sup> Iniziatore della Scuola positiva fu Cesare LOMBROSO con la pubblicazione de *L'uomo delinquente* nel 1876.

<sup>16</sup> Così M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie ed ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in AA.VV., *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, 1990, 186.

carrariano, anche se con il tempo iniziano ad emergere voci discordanti ed indirizzi soltanto formalmente allineati alle teorie del Carrara, ma in realtà non del tutto sovrapponibili<sup>17</sup>.

Sul versante opposto, la posizione della Scuola positiva sul fondamento della punibilità del tentativo imprime una netta inversione al paradigma del fatto e del pericolo corso, rivolgendosi verso la colpevolezza del soggetto agente, riprendendo quelle teorie già emerse Oltralpe nella dottrina e nella giurisprudenza tedesca. Ma il fondamento in chiave soggettiva del tentativo assume caratteristiche del tutto peculiari di derivazione antropologica e psicologica, basandosi – secondo la posizione di Raffaele Garofalo – sulla: «[T]emibilità del delinquente solo criterio di penalità e doversi sostituire al criterio del danno e a quello della forza degli impulsi. Il reato ha rivelato il delinquente, e l'esame di questo rivelerà la categoria a cui egli appartiene»<sup>18</sup>; reato che è la conseguenza di anomalie psichiche, di irriducibili comportamenti malsani. Ancora più frontale è l'attacco sferrato dai positivisti al binomio dell'idoneità e dell'univocità: «Nel tentativo, siano i mezzi idonei od inidonei, la volontà criminosa si è manifestata. Tanto deve bastare perché in massima generale si affermi la punibilità»<sup>19</sup>; nel ripudio di quelle teoriche che in nome di certi principi giuridici astratti hanno aperto la strada alla crimine, anche il criterio dell'univocità soccombe e viene esteso con particolare ampiezza a tutti gli atti preparatori, senza alcuna preoccupazione.

Quasi logica conseguenza di questa impostazione, che tuttavia non conosce un particolare grado di approfondimento, né tantomeno si inserisce all'interno di una più generale elaborazione sistematica del diritto penale, ma si concentra in termini critici soltanto su alcuni suoi aspetti, è la questione del trattamento sanzionatorio del tentativo. Il tema del danno, del danno privato, viene così accantonato, perdendo rilevanza, perché ora ciò che veramente importa è la tutela dell'ordinamento giuridico dall'attacco del «delinquente», il quale anche nel solo tentativo di commettere un reato mostra comunque ostilità nei confronti dell'ordine costituito, mostrando, al pari di un reato portato a consumazione, la stessa indole perversa<sup>20</sup>.

Per rafforzare dunque la difesa della società e rendere innocui coloro che si sono rivelati inadatti all'ambiente sociale, la Scuola positiva ritiene assolutamente insensata la diminuzione della pena per il tentativo e osserva al riguardo Cesare Lombroso, discutendo della stesura di un

---

<sup>17</sup> Per questi orientamenti, cfr. C. OLIVA, *Del tentativo*, in *Riv. pen.*, 1882, XVI, 5 ss. e 87 ss., il quale, con alcune differenze rispetto alla linea del Carrara, sostiene che il tentativo consiste: «[P]iù che nel pericolo passato, nel pericolo avvenire, nel timore che si desta per la diminuita sicurezza, per la scemata fede nella tutela sociale»; F. BENEVOLO, *Il tentativo nella dottrina, nella legge e nella giurisprudenza*, Torino, 1887, 73 ss.

<sup>18</sup> R. GAROFALO, *Il tentativo criminoso con mezzi inidonei*, Torino, 1881, 8; nello stesso senso G. FIORETTI, *Note critiche sul tentativo*, in *Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale*, 1890, 11, 480 ss.

<sup>19</sup> R. GAROFALO, *Il tentativo criminoso con mezzi inidonei*, Torino, 1881, 8.

<sup>20</sup> F. PUGLIA, *Del tentativo*, Messina, 1884, 65 ss. (spec. 73).

nuovo codice penale post-unitario, che: «[C]hi propina una sostanza che crede veleno, mentre poi non lo è, pel più semplice buon senso che non badi alle formole magiche di vecchi giuristi, è colpevole perché altrettanto pericoloso di chi ha dato vero veleno, tanto più, tanto più quando si sappia la tenacia degli avvelenatori»<sup>21</sup>.

Il problema di dotare il nuovo Regno d'Italia di un codice penale unitario, così come, in termini più generali, la creazione di un ordinamento giuridico per lo Stato italiano, si pose all'attenzione del legislatore subito dopo il 1861, ma mentre l'elaborazione degli altri codici (civile, di procedura civile e del commercio) videro la luce dopo pochi anni, non fu lo stesso per quello penale. L'ostacolo principale era rappresentato dal fatto che nel codice toscano del 1853, a seguito di una decisione assunta nel 1860, quindi poco prima dell'annessione della Toscana al Regno di Casa Savoia, era stata abolita la pena di morte, ancora contemplata però nel codice piemontese del 1859<sup>22</sup> che si decise di estendere ai "nuovi" territori. A fronte di forti resistenze, si decise allora di continuare ad applicare, almeno inizialmente, nei territori toscani il codice leopoldino, mentre al resto della Penisola venne estesa la legislazione penale piemontese.

Questa soluzione compromissoria non arrestò comunque il percorso di riforma e quindi di stesura di un nuovo codice penale, che vide il susseguirsi di ben dodici progetti di riforma, con il contributo dei più importanti esponenti dell'accademia, della magistratura e del mondo forense: a partire dal 1863 con l'istituzione ad opera dell'allora Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti Giuseppe Pisanelli di una commissione incaricata di procedere alla compilazione di un progetto di codice, al progetto presentato da Paolo Onorato Vigliani nel 1874, che costituiva un sunto dei progetti precedenti, fino a quello presentato nel 1876 dal Ministro Pasquale Stanislao Mancini, con l'avvento al governo della Sinistra storica, che riprendeva a sua volta il progetto Vigliani; progetti che non concluderanno il loro *iter* a causa del succedersi di vari governi<sup>23</sup>.

A prevalere nei progetti di riforma del codice penale e in coloro che vi contribuirono fu una concezione di marca giusrazionalista, che assunse le definizioni giuridiche come espressioni

---

<sup>21</sup> C. LOMBROSO, *Troppo presto*, in AA.VV., *Appunti al nuovo codice penale*, Torino, 1889, 16.

<sup>22</sup> Sul punto, v. A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa e il codice del 1865*, Milano, 1960, 24 ss.; M. DA PASSANO, *La codificazione penale nel Granducato di Toscana (1814-1860)*, in *Codice penale pel Granducato di Toscana (1853)*, a cura di S. Vinciguerra, Padova, 1995, VII ss.; ID., *Il problema dell'unificazione legislativa e l'abrogazione del codice napoletano*, in *Codice per lo Regno delle Due Sicilie (1819)*, a cura di S. Vinciguerra, Padova, 1996, LXIX ss.

<sup>23</sup> Tutti questi progetti per un nuovo codice si caratterizzano per un quadro di riferimento culturale comune rappresentato dal pensiero di Carrara, alieno e sordo ai mutamenti che invece si registravano ormai da diversi anni nella dottrina penalistica.

dotate di una valenza assoluta ed inalterabile: questa tendenza emerse chiaramente nel dibattito sul delitto tentato che si incentrò nei lavori delle commissioni e nelle discussioni parlamentari sulla nozione di «atti esecutivi», che racchiude in sé, quasi in modo naturale, gli elementi dell'idoneità e dell'univocità, con la chiara e conseguente esclusione degli «atti preparatori». Pur in presenza di una concordanza di fondo, non mancarono divergenze sulla necessità di esplicitare nella formulazione legislativa soprattutto il concetto dell'idoneità e, successivamente, se questo andasse inteso in termini sia assoluti che relativi o solo assoluti<sup>24</sup>.

La spiegazione del fatto che il percorso seguito dai lavori preparatori del nuovo codice e l'impostazione teorica da essi assunta anche in materia di tentativo rimase in buona parte sorda alle sirene della Scuola positiva<sup>25</sup> è dovuta in modo particolare alla presenza, nella doppia veste di giuristi e di parlamentari, di alcuni importanti rappresentanti della penalistica italiana classica come Giovanni Lucchini, stretto collaboratore di Zanardelli, Enrico Pessina e Giampaolo Tolomei. È proprio il Lucchini che con *Rivista penale*, fondata dallo stesso nel 1874, fornì la possibilità di porre in evidenza le posizioni e le istanze di un diritto penale senza pena capitale, che tenesse insieme repressione e libertà politiche in un quadro normativo moderato che fosse rispettoso dei principi ereditati dall'Illuminismo, da quello di legalità a quello di proporzionalità, e che fosse quindi in grado di inserirsi a pieno nella struttura dello Stato liberale<sup>26</sup>.

Il testo definitivo del nuovo codice penale per il Regno d'Italia fu presentato al Re dal Ministro di Grazia e Giustizia Zanardelli nel 1889. Il 30 giugno dello stesso anno Umberto I promulgò il codice che entrò in vigore il 1° gennaio 1890<sup>27</sup>. Il delitto tentato era disciplinato

---

<sup>24</sup> S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., 431-432.

<sup>25</sup> Se è senz'altro vero che i contrasti tra la Scuola positiva e quella classica non erano riusciti a fare breccia nel dibattito parlamentare sul nuovo codice, a partire dal progetto presentato nel 1883 dal Ministro Giuseppe Zanardelli, poi non giunto all'approvazione a causa della caduta del governo, le idee positiviste iniziano a provocare le prime crepe nell'impianto teorico dominante, senza però riuscire ad incidere sulla disciplina del tentativo, che proprio da quel momento, in risposta all'avanzata delle idee della Scuola positiva e quindi a concezioni soggettivistiche, si cercherà di ancorarne il fondamento della punibilità su basi strettamente oggettive, rigettando una nozione di tentativo incentrata sulla pericolosità del reo.

<sup>26</sup> Cfr. G.A. DE FRANCESCO, *Funzioni della pena e limiti della coercizione: caratteri ed eredità del classicismo penale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2009, 611 ss. L'espressione Scuola "classica" fu coniata da Enrico Ferri nel 1880, non si sa se per ammirazione o invece con intento di dileggio, trovando accoglimento anche nelle analisi di carattere storico, per segnare la distinzione tra le correnti di pensiero, pur presentando in realtà al suo interno posizioni variegata. Sugli indirizzi della "scuola penale italiana", v. F. CARRARA, *Cardini della scuola penale italiana, a chi vuole intendere novellamente dichiarati*, in *Riv. pen.*, 5, III, 1876, 148 ss.

<sup>27</sup> A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2007, 528-529. Dopo che Zanardelli riassunse per la seconda volta l'incarico di Ministro di Grazia e Giustizia, presentò nel 1887 alla Camera dei deputati il progetto per un nuovo codice, che fu per molti mesi oggetto di dibattito e sottoposto all'esame di una commissione presieduta dal Mancini. La Camera e poi il Senato del Regno nel 1888 approvarono la delega al Governo per apportare direttamente le modifiche e le correzioni ritenute necessarie, saltando così la discussione e la votazione nelle rispettive assemblee. Dopo le modifiche apportate dalla Commissione ministeriale presieduta dallo stesso Zanardelli, si arrivò finalmente alla promulgazione del codice.

all'art. 61 e così recitava: «Colui che, a fine di commettere un delitto, ne comincia con mezzi idonei l'esecuzione, ma per circostanze indipendenti dalla sua volontà non compie tutto ciò che è necessario alla consumazione di esso, è punito con la reclusione non inferiore a dieci anni, ove la pena stabilita per il delitto sia l'ergastolo, e negli altri casi con la pena stabilita per il delitto diminuita dalla metà ai due terzi». L'art. 62 invece disciplinava il delitto mancato: «Colui che, a fine di commettere un delitto, compie tutto ciò che è necessario alla consumazione di esso, se questa non avvenga per circostanze indipendenti dalla sua volontà, è punito con la reclusione non inferiore ai venti anni, ove la pena stabilita per il delitto sia l'ergastolo, e negli altri casi con la pena stabilita per il delitto diminuita da un sesto ad un terzo».

La norma, caratterizzata da sinteticità e da un certo formalismo, impiega il criterio dell'inizio dell'esecuzione, che ha rappresentato il principale paradigma esplicativo del tentativo per tutto l'Ottocento, segnando il limite della rilevanza penale della condotta posta in essere dall'agente: già presente nel codice penale della Rivoluzione francese, che però non contemplava una norma generale sul tentativo, il criterio del *commencement d'exécution* venne riproposto anche nel codice penale napoleonico del 1810 (all'art. 2) e poi trasfuso in molte codificazioni penali europee anche di più recente compilazione<sup>28</sup>.

Ma l'aspetto più importante da evidenziare è il fatto che, accanto al criterio del “cominciamento” dell'esecuzione, trovi espressa menzione il requisito dell'idoneità, la cui esigenza era già stata avvertita chiaramente nella lunga ed estenuante discussione parlamentare e soprattutto in seno alle numerose commissioni di lavoro, in particolare dal Pessina, il quale non aveva mancato di evidenziare il fatto che, se è pur vero che quando si parla di cominciare l'esecuzione si intende che vi sono atti esterni e al contempo idonei, l'emersione di orientamenti diversi rendeva necessario esplicitare il criterio dell'idoneità<sup>29</sup>.

La questione, tuttavia, non si concluse a questo bisogno di puntualizzazione del criterio in parola e si allargò all'oggetto dell'idoneità: se l'idoneità riferita agli atti si era man mano inserita nella struttura normativa delle varie bozze della disciplina sul tentativo, è proprio lo stesso Pessina, nella sua relazione al progetto Zanardelli del 1887, seguito due anni dopo anche da Lucchini, a sottolineare la necessità di sostituire gli «atti» con il «mezzo» idoneo, onde evitare di concedere ampi margini di impunità, poiché il riferimento agli atti idonei: «[P]otrebbe

---

Per una approfondita disamina degli aspetti più innovativi e allo stesso tempo problematici del codice del 1889, cfr. AA.VV., *Il codice penale per il Regno d'Italia (1889)*, a cura di S. Vinciguerra, Padova, 2009, XI ss.

<sup>28</sup> Sulla distinzione tra atti preparatori ed esecutivi come problema principale del delitto tentativo in una prospettiva storica, v. A. CAVANNA, *Il problema delle origini del tentativo*, cit., 5 ss. e 14 ss.; R. ISOTTON, *Crimen in itinere*, cit., 457 ss.; S. DEL CORSO, *Il tentativo nel codice Zanardelli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 1990, 955 ss.

<sup>29</sup> R. ISOTTON, *Crimen in itinere*, cit., 444-445.

divenire pretesto a sostenere come atti idonei il caso in cui la mano tremante di emozione ha fallito il colpo, o quello dell'arma non opportunamente diretta, o della mancanza di cautele per attirare o sorprendere la vittima, o altro accidente qualsiasi, per cui, adoperandosi un mezzo idoneo, l'atto è diventato non idoneo. L'idoneità necessaria a costituire il tentativo, è l'idoneità non già degli atti, ma dei mezzi adoperati»<sup>30</sup>; per rimediare all'astrattezza del concetto di idoneità è stato dunque necessario fare riferimento al mezzo<sup>31</sup>. Pur ritenendolo implicito nella manifestazione di un conato punibile, nella stesura finale, Zanardelli riterrà opportuno mantenere il riferimento all'idoneità del mezzo, così da affermare in modo inequivocabile il fondamento oggettivo della punibilità del tentativo<sup>32</sup>.

A mettere in allarme i compilatori del codice fu, con tutta evidenza, la diffusione delle idee positiviste, verso le quali cercarono di erigere solide mura, anche palesandolo nella costruzione semantica della norma, rafforzando il fondamento in senso oggettivo del tentativo, cioè nel senso di un pericolo corso dal diritto protetto dalla norma, secondo i postulati definiti anzitempo dal Carrara. Non sono soltanto gli orientamenti della Scuola positiva a preoccupare, ma anche quegli orientamenti in chiave soggettiva che si stanno affermando, all'incirca negli stessi anni, nella giurisprudenza tedesca, a partire dalla sentenza del *Reichsgericht* del 1880 su un caso di "tentato" aborto e che non hanno lasciato immune nemmeno i tribunali francesi e verso la fine del secolo anche di parte della dottrina che, pur di fronte al dato positivo del *commencement d'exécution*, avevano già bruscamente virato verso soluzioni marcatamente soggettivistiche, ritenendo così punibile anche il tentativo inidoneo<sup>33</sup>.

Sarà stata colpa del lungo travaglio che ha portato all'emanazione del codice, della chiusura tenuta dai suoi compilatori per evitare cedimenti alle teorie della Scuola positiva o ancora di una ossequiosa fedeltà agli insegnamenti e al pensiero dei Maestri e di Carrara in particolare, che la disciplina del delitto tentato nel codice Zanardelli nasce già vecchia e addirittura già ampiamente superata dalla dottrina e dalla giurisprudenza ad essa appena successiva<sup>34</sup>. Le critiche della dottrina arrivavano a coinvolgere l'intera formulazione dell'art. 61 e la stessa distinzione, che sembrava ormai consolidata, tra atti preparatori ed esecutivi, rimettendo in discussione tanto il criterio dell'idoneità quanto quello dell'univocità, nella convinzione diffusa

---

<sup>30</sup> Così E. PESSINA, *Relazione per la Commissione del Senato*, in G. CRIVELLARI, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, Torino, 1892, IV, 46.

<sup>31</sup> Sul fatto che il requisito dell'idoneità debba essere spostato dagli atti al mezzo, perché superfluo se riferito ai primi, v. E. BRUSA, *Della tentata subornazione e del tentativo in generale*, in *Riv. pen.*, XXXVII, 1893, 106.

<sup>32</sup> V. su questa decisione, quanto dichiarato nella *Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli per l'approvazione del testo definitivo del codice penale*, Torino, 1890, 35.

<sup>33</sup> S. DEL CORSO, *Il tentativo nel codice penale Zanardelli*, cit., 955 ss. e 994 ss.

<sup>34</sup> V. al riguardo i rilievi di G. VASSALLI, voce *Codice penale*, in *Enc. dir.*, VII, Varese, 261 ss.

che il tenore letterale della norma fosse troppo restrittivo e, dal lato pratico e applicativo, che costringesse il giudice a muoversi dentro spazi troppo angusti<sup>35</sup>.

Giovan Battista Impallomeni criticava la connaturale caratteristica univoca dell'atto esecutivo, distinguendo invece i due concetti soprattutto per la diversa ampiezza che potevano assumere e riteneva che, al di là del significato che può contraddistinguere il fatto, ciò che lo identificasse ai fini della punibilità fosse l'intenzione del soggetto agente; la distinzione tra atti esecutivi e preparatori può benissimo risultare superflua o al più assumere una valenza soltanto probatoria per dimostrare l'intenzione criminosa<sup>36</sup>. Il criterio dell'univocità allora perde la sua rilevanza e viene mescolato con quello dell'idoneità: «[S]i ha la semplice preparazione se la causalità criminosa è inerte; si hanno degli atti di esecuzione, se è stata posta in movimento per raggiungere la meta delittuosa: e questo movimento si ha sempre che la detta causalità sia posta in condizione, giusta il disegno dell'agente, di sortire l'effetto voluto»<sup>37</sup>.

Dietro al “paravento” del nuovo codice penale, nel complesso di impronta garantista e liberale, iniziarono a crearsi forme di «legalità differenziata»<sup>38</sup>, a partire dall'esclusione di quelle persone considerate pericolose per la loro condotta di vita, da tenere pertanto lontane dalla società, alla criminalità politica che veniva repressa con una serie variegata di reati contro lo Stato e l'ordine pubblico<sup>39</sup>, così da colpire agevolmente tentativi di eversione o sovversione, per tacere infine della legislazione penale coloniale. Scriveva al riguardo Mario Sbriccoli: «Diversi elementi contribuirono, sul finire del secolo scorso, a radicare nella classe di governo italiana, la convinzione – ma si potrebbe dire l'ossessione – della necessità di opporre un valido e rassicurante complesso di difese (anche giuridiche), ad una serie di forze e fenomeni che

---

<sup>35</sup> Sul punto cfr. le posizioni critiche e di dissenso rispetto all'impostazione dell'art. 61 espresse da G. CRIVELLARI, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, IV, Torino, 1892, 59 ss.; C. CASTORI, *Il tentativo*, in AA.VV., *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale*, a cura di P. Cogliolo, Milano, 1889, I, 430 ss, 351 e 358; R. POMPEI, *Dell'idoneità nel tentativo*, in *Riv. pen.*, LVI, 1902, 16 ss. (spec. 24).

<sup>36</sup> In questo senso si indirizza la posizione di C. CIVOLI che nel suo *Trattato di diritto penale*, vol. I, *Parte generale*, Milano, 1912, 537-538, sul problema della distinzione tra atti preparatori ed esecutivi, scrive: «[C]he si deve risolvere caso per caso, non conviene poi restringere con artificiose definizioni la libertà d'apprezzamento del giudice nel decidere in base all'esame di un determinato atto se risulti o no, che esso è stato compiuto esclusivamente allo scopo di delinquere». E poi aggiunge, citando le posizioni soggettivistiche affermatesi nella dottrina tedesca: «Sicché bisogna finire col riconoscere, che il giurista non è in grado di escogitare alcun criterio, in base al quale si possano assegnare al tentativo di delitto limiti diversi da quelli, che volgarmente si assegnano al tentativo in genere di una qualunque impresa».

<sup>37</sup> G.B. IMPALLOMENI, *L'omicidio nel diritto penale*, Torino, 1900, 320; posizione che trova conferma anche successivamente in ID., *Istituzioni di diritto penale*, op. post. a cura di V. Lanza, Torino, 1908, 345-346.

<sup>38</sup> È l'espressione utilizzata da S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., 441-442. Sulle misure di carattere personale *praeter delictum*, v. D. PETRINI, *Il sistema di prevenzione personale tra controllo sociale ed emarginazione*, in *Storia d'Italia*, Annali 12, *La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino, 1997, 893-894; per un quadro più ampio, v. lo studio di G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 123 ss.

<sup>39</sup> P. A. CAVALIERE, *Il diritto penale politico in Italia dallo Stato liberale allo Stato totalitario. Storia delle ideologie penalistiche tra istituzioni e interpretazioni*, Roma, 2008, 83 ss. e 128 ss.

sembravano mettere in discussione l'assetto generale della società e dello stato»<sup>40</sup>. Già con la promulgazione della legge di pubblica sicurezza, introdotta giusto un anno prima del codice, dall'impronta fortemente repressiva e illiberale, si viene a creare una sorta di doppio binario repressivo, distinto per categorie di persone, dove il volto più efferato e violento dello *jus puniendi* viene convogliato in leggi speciali non meno incisive e condizionanti delle norme codicistiche. Sono i primi passi di quella involuzione autoritaria e liberticida, dove la disciplina sul delitto tentato inevitabilmente rivestirà un ruolo da protagonista, che troverà purtroppo pieno compimento con l'avvento del regime fascista.

2. Lo scenario dottrinale che si profila all'inizio del Novecento è caratterizzato dalla polarizzazione tra la Scuola classica e quella positiva, oltre all'emersione da questi due principali raggruppamenti di studiosi – definizioni, peraltro, più utili a fini storici che non da un punto di vista strettamente giuridico – di ulteriori correnti di pensiero di impronta sostanzialmente mediana o comunque compromissoria. Proprio per superare i forti contrasti tra le due Scuole, a partire dai primi anni del “secolo breve” inizia ad affermarsi un indirizzo che ha come principale obiettivo quello di riportare al centro dello studio e della speculazione scientifica aspetti e questioni di carattere strettamente giuridico, in modo da ricostruire diversamente le basi epistemologiche del diritto penale, epurandolo così di ogni questione di tipo sociologico, psicologico e antropologico<sup>41</sup>. Si tratta dell'«indirizzo tecnico-giuridico», la cui data di inizio può essere fatta idealmente coincidere con la prolusione al corso di diritto penale tenuta da Arturo Rocco nel 1910 nell'Università di Sassari; più che una vera scuola, fu in realtà una scelta di metodo, di un approccio metodologico diverso da quelli tardo-ottocenteschi, teso soprattutto a dividere nettamente il diritto penale dalle scienze sociali e, più in generale, isolarlo dal contesto politico e sociale, abbracciando quelle concezioni giuspositivistiche già affermatesi in ambito tedesco decenni prima<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Così M. SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento. Il problema dei reati politici dal “Programma” di Carrara al “Trattato” di Manzini*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, II, 25, Milano, 2009, 725.

<sup>41</sup> Su questi aspetti, v. M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie ed ideologie del diritto penale*, cit., 147 ss.; e poi ID., *Caratteri originari e permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia*, Annali 12, cit., 487 ss.

<sup>42</sup> Arturo ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1910, 1, I, 499, in cui l'Autore scrive: «La produzione scientifica contemporanea del diritto penale si caratterizza, appunto, per questo stato generale di incertezza della scienza nostra. Essa va vagolante, dubbia di sé e dei suoi fini, par quasi, ancora, cercare sé stessa. E così corrono oggi per le mani di tutti trattati e monografie e articoli, così detti, di diritto penale, in vista di taluno dei quali c'è da domandarsi, tra l'altro, se una scienza che si chiama diritto penale sia, o non sia, una scienza giuridica. C'è dell'antropologia, della psicologia, della statistica, della sociologia, della filosofia, della politica: tutto, insomma, qualche volta, tranne che del diritto. Per un quadro di insieme, v. S.

I due principali esponenti di questo indirizzo tecnico-giuridico, cioè lo stesso Arturo Rocco e Vincenzo Manzini, che inizierà nel 1908 le pubblicazioni del *Trattato di diritto penale italiano*, impressero una svolta significativa al dibattito penalistico, orientandolo verso l'analisi del reato e della pena come fatti giuridici in un rapporto semplicemente di causa-effetto, al di là di ogni preoccupazione metagiuridica sulle cause della criminalità, riportando anche la questione penale all'interno di quella metodologia di tipo rigorosamente esegetico impiegata per lo studio delle altre branche del diritto: o con un taglio prevalentemente pratico, partendo da una ricostruzione storica nella linea seguita dal Manzini, oppure attraverso uno studio scientifico e non empirico del diritto penale positivo, secondo la strada seguita dal Rocco.

Con il progressivo affermarsi del metodo tecnico-giuridico, si registra anche un cambio di prospettiva nell'analisi dell'istituto del delitto tentato che, partendo dall'esaltazione della legge positiva e mantenendosi ad essa scrupolosamente fedele – a cui possono riannodarsi i diritti individuali e di garanzia soltanto attraverso l'esplicito riconoscimento del legislatore –, si spoglia di ogni approccio sociale, impressionistico o metafisico, per ridursi a semplice violazione della legge penale: «Basti riflettere, infatti, che codesto ipotetico allarme spesso non si verifica affatto, e non perciò il tentativo cessa di essere punibile; e talora si avvera, mentre il tentativo, perché inidoneo, non è punibile. Non conviene ricorrere ad una finzione, quando la ragione vera è così evidente. Il tentativo, pertanto, è punibile non per altro se non perché costituisce violazione volontaria d'un comando penale, piaccia o non piaccia ai cercatori d'astruserie e di paradossi»<sup>43</sup>. Si imprime così una svolta imperativistica che non tiene più in considerazione il danno causato dal reato, ma guarda di più alla volontà ribelle del soggetto agente, senza tenere in considerazione il livello offensivo della condotta né tantomeno l'interesse o gli interessi tutelati dalla norma, di cui il reo, già allo stadio del tentativo ne comincia la violazione. E infatti proprio sul discrimine tra atto preparatorio (quindi irrilevante) e atto esecutivo punibile, il Manzini fissa l'inizio dell'esecuzione criminosa quando l'agente: «[I]ncomincia la violazione d'una determinata norma penale, cioè diviene causa che, agendo direttamente sull'oggetto (cosa o persona) del reato, inizia la violazione concreta del precetto principale, ovvero, volgendosi ad una circostanza aggravante materiale del reato stesso, viola un comando accessorio, e con ciò inizia la violazione del precetto principale»<sup>44</sup>.

Nell'affrontare specificamente la struttura del delitto tentato, presenta caratteri di maggiore originalità la posizione assunta sul tema del tentativo inidoneo che distingue

---

SEMINARA, *Sul metodo tecnico-giuridico e sull'evoluzione della penalistica italiana nella prima metà del XX secolo*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, I, 575 ss.

<sup>43</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, 1° ed., Torino, 1908, II, 354.

<sup>44</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale* <sup>1</sup>, cit., 361.

l'inidoneità dalla consumazione impossibile, facendo rientrare quest'ultima, in un quadro complessivo un po' confuso, nell'ambito del "reato putativo" (che da qui in poi troverà nel contesto italiano uno sviluppo dottrinale altrove sconosciuto) a cui di conseguenza si aggiungono anche l'errore di fatto, quindi un'azione che ricade su un oggetto diverso, e cause indipendenti ma volontarie di terzi, come l'appostamento degli agenti di polizia per sventare il furto<sup>45</sup>. Date queste premesse, la critica dell'Autore si indirizza poi verso la distinzione, consolidatasi nel tempo, tra inidoneità assoluta e relativa, perché ciò che veramente importa è la relazione intercorrente tra il mezzo impiegato e lo scopo avuto di mira dall'agente: una inidoneità assoluta può così diventare relativa e viceversa; bisogna dunque parlare soltanto di inidoneità, allorché il mezzo impiegato rende impossibile raggiungere l'obiettivo criminoso per la sola incapacità dell'agente e malgrado la sua volontà<sup>46</sup>. Il tentativo, però, non è escluso nel caso di una inidoneità soltanto sopravvenuta o per vizi o difetti di quantità o di impiego del mezzo, concedendo attraverso una siffatta impostazione ampi spazi alla punibilità<sup>47</sup>.

Un ulteriore aspetto da evidenziare, sottolineato dall'Autore nella seconda edizione del *Trattato* e già abbozzato nelle ultime righe della prima edizione a conclusione del capitolo sul tentativo, concerne l'applicazione di misure di polizia al soggetto che cerca di realizzare un tentativo di delitto inidoneo: «[Q]uando gli atti preparatori, ancorché non punibili per alcun titolo, siano di natura tale da rivelare una manifesta e straordinaria inclinazione criminosa, il soggetto dovrebbe venire sottoposto ad opportuni provvedimenti di polizia»<sup>48</sup>.

Non si possono non segnalare, sempre in questo periodo e sempre nell'ambito dell'indirizzo tecnico-giuridico, alcuni contributi pubblicati da Ottorino Vannini sul tema del pericolo e insieme del delitto tentato che culmineranno poi nel Secondo dopoguerra nella pubblicazione di un lavoro monografico che contribuirà, con maggior successo rispetto alle tesi

---

<sup>45</sup> La posizione sarà ripresa anche nelle edizioni successive dell'opera, nella quali l'Autore farà rientrare nel concetto di reato putativo anche il tentativo inidoneo, pur specificando che in questo caso l'errore non cadrebbe sull'esistenza del precetto o sugli elementi materiali del reato, ma sulla scelta dei mezzi: V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, 5° ed., a cura di P. Nuvolone - G.D. Pisapia, Torino, 1981, II, 493.

<sup>46</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale* <sup>1</sup>, cit., 367.

<sup>47</sup> Nello stesso senso anche W. VALSECCHI, *Un caso di reato putativo*, in *Scuola positiva*, 1927, II, 214 ss.; G. ESCOBEDO, *Ancora sul tentativo di estorsione*, in *Giust. pen.*, 1923, 916 ss.

<sup>48</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, 2° ed., Torino, 1920, II, 303 ss. Si inizia così a delineare, seppur ancora per sommi capi, quel sistema del «doppio binario» che di lì a poco troverà nel codice del '30 compiuta formulazione e pieno accoglimento, ma che già dieci anni prima aveva iniziato ad aprirsi la strada, cercando così di conciliare il dato normativo positivo e le sempre più forti istanze di difesa sociale. Su questo tema, cfr. Arturo ROCCO, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, in *Riv. it. dir. penit.*, 1930, 1245 ss.; F. ANTOLISEI, *Pene e misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. penit.*, 1933, 120 ss.; A. DE MARSICO, *Natura e scopi delle misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. penit.*, 1933, 1259 ss.; ID., *Premesse certe alla dogmatica delle misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. penit.*, 1935, 108 ss.; G. BETTIOL, *Aspetti etico-politici delle misure di sicurezza*, in *Jus*, 1941, 557 ss.; successivamente F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961, *passim*.

del Manzini, a orientare in modo marcato le posizioni della dottrina successiva sul tentativo<sup>49</sup>. Le riflessioni del Vannini prendono le mosse da una ferma concezione materiale del reato come «[E]ffettivo o possibile pregiudizio [che] l'azione ha recato al bene protetto», scelta operata anche dall'ordinamento che, come suo naturale precipitato, non può che fondare la punibilità del tentativo soltanto nella «[C]olpevole (dolosa) produzione d'immediato, diretto pericolo all'integrità del bene giuridico dal diritto penale protetto»<sup>50</sup>. Il tentativo di delitto per meritare punizione deve estrinsecarsi in una attività esecutiva che possenga caratteristiche adeguate all'integrazione della fattispecie, così da rendere possibile il verificarsi dell'evento, il quale si traduce nella pericolosità che contraddistingue l'azione e che non ha nulla a che vedere con la personalità dell'agente, né con la pericolosità sociale, ma soltanto, su un piano obiettivo, con l'integrità del bene protetto dalla norma. «La questione del conato – scrive il Giurista toscano – è tutta questione di possibilità di passaggio da un antecedente (azione esecutiva) a un conseguente (evento, consumazione), che poi non si raggiunge per il sopravvenire di un ostacolo indipendente dalla volontà del reo e non conoscibile prima del suo affermarsi»<sup>51</sup>. Il Vannini critica poi, ritenendola indifferente, la distinzione tra inidoneità relativa e assoluta poiché in entrambi i casi, se il tentativo consiste in un oggettivo pericolo per il bene giuridico, è (dovrebbe essere) escluso.

Qualche anno più tardi lo stesso Autore ritornerà a ribadire la distinzione e al contempo il peso della differenza tra atti preparatori ed esecutivi, restringendo in particolare il perimetro di questi ultimi (soprattutto nei reati d'evento causalmente orientati) che devono essere dotati di una almeno parziale nota di tipicità: «[S]e l'azione non è il reato, ma ciò che conferisce all'evento la qualità di reato, azione delittuosa o contraria alla norma penale non sarà certamente ogni esterna manifestazione di volontà criminosa, ma quell'azione che ha immediata riferenza all'evento»<sup>52</sup>.

Le incalzanti pressioni di difesa della società dal crimine in generale e soprattutto l'esigenza di combattere in modo più incisivo la delinquenza abituale portarono, con la formazione del primo governo di Francesco Saverio Nitti, il Ministro di Grazia e Giustizia Lodovico Mortara a istituire una commissione per la riforma della legislazione penale, alla cui presidenza venne

---

<sup>49</sup> Il riferimento è a O. VANNINI, *Il valore del pericolo nel tentativo (tentativo impossibile)*, in *Riv. pen.*, suppl., 1935, 173 ss.; prima ancora ID., *La nozione di "attività esecutiva"*, in *Riv. pen.*, 1921, 101 ss.; ID., *Valore e limiti della norma riguardante il tentativo (Articoli 61 e 62)*, in *Riv. pen.*, I suppl., 1919, 5 ss.; ID., *L'elemento morale nel tentativo*, in *Riv. pen.*, 1919, 391 ss.; ID., *La dottrina del delitto "mancato"*, in *Riv. pen.*, 1923, 512 ss.

<sup>50</sup> O. VANNINI, *Il valore del pericolo nel tentativo*, cit., 174.

<sup>51</sup> O. VANNINI, *Il valore del pericolo nel tentativo*, cit., 184.

<sup>52</sup> O. VANNINI, *La nozione di "attività esecutiva"*, cit., 101.

scelto Enrico Ferri, tra i fondatori della Scuola positiva che contava proprio tra i membri di questa commissione un nutrito drappello di seguaci, da Garofalo a Filippo Grispi<sup>53</sup>.

Entrambi di origini mantovane, tra Mortara e Ferri correva un profondo legame di amicizia e anche di vicinanza ideologica: obiettivo principale della commissione era quello, separando innanzitutto i delinquenti occasionali da quelli abituali, di adottare misure efficaci al fine di separare dai cittadini onesti gli elementi che potevano generare un'azione disgregatrice attraverso la commissione di fatti di reato, da misurare in base al rilevato o insito grado di pericolosità dell'autore, preferendo una concetto di responsabilità in senso morale anziché una responsabilità legale. Le principali linee di indirizzo dei lavori di riforma – difesa sociale e pericolosità dell'autore del reato – sono dunque tracciati e suscitano in Ferri e nei positivisti grande compiacimento ed anche un sorta di riconoscimento “ufficiale” delle loro tesi.

Anche se il progetto Ferri, pubblicato nel 1921, non giungerà mai nelle aule parlamentari, sarebbe sbagliato liquidarlo come un mero esercizio di speculazione scientifica o soltanto come occasione di rivincita per la Scuola positiva che pochissimo spazio aveva avuto nelle elaborazioni legislative alla fine XIX secolo. Il progetto elaborato dalla commissione diretta dal Ferri, da un lato formalizzerà i postulati dei positivisti e dell'altro farà emergere una sempre più marcata esigenza di provvedere, anche in tempi celeri, ad una profonda riforma del sistema penale, al fine di contrastare con maggiore forza la criminalità, in un momento storico nel quale l'intera Penisola era percorsa da fortissime tensioni politiche e sociali.

Questi orientamenti vanno inevitabilmente a colpire con decisione la disciplina del delitto tentato allora vigente che viene in buona parte demolita sotto la scure dell'*animus* indirizzato alla realizzazione di un crimine, indice di una personalità criminale. L'art. 16 del Progetto sul tentativo è in questo senso radicale: viene eliminata la distinzione tra delitto tentato e mancato, ma soprattutto viene eliminato qualsiasi riferimento, qualsiasi criterio per definire

---

<sup>53</sup> Piuttosto curiosa (e opportunistica) fu la parabola politica del Ferri: deputato socialista ed esponente dell'estrema sinistra, fu direttore del giornale di partito *l'Avanti!* e principale rappresentante, insieme a Lombroso e Garofalo, della Scuola positiva, a cui diede, almeno inizialmente, un contributo originale sulla genesi della criminalità, partendo dall'analisi dei fattori economici e sociali come motivo di devianza, adottando una visione socialista (ma non marxista) nell'affrontare il problema del diritto penale e della delinquenza. L'accento socialisteggiante, anche se piuttosto ambiguo, delle sue posizioni venne col tempo accantonato, spostandosi su posizioni nettamente conservatrici e arrivando ad aderire al regime fascista. Cfr. E. FERRI, *Socialismo e criminalità. Appunti*, Torino, 1883, *passim*; ID., *Sociologia criminale*, I, 5° ed., Torino, 1929, 472 ss. Su un approccio sociale (e socialista) alle cause della criminalità e alla tendenza classista del diritto penale, v. F. TURATI, *Il delitto e la questione sociale. Appunti sulla questione penale*, Milano, 1883, *passim*; G. NEPPI MODONA, *Una scuola dimenticata: il socialismo giuridico nel diritto penale*, in *Giustizia e Costituzione*, 1971, 4, 29 ss. Sulla scuola del socialismo giuridico, cfr. M. SBRICCOLI, *Il diritto penale «sociale». 1883-1912, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, Milano, 1975, 557 ss.; U. GUERINI, *Socialismo giuridico e diritto penale*, in *Politica del dir.*, 1974, 431 ss.

l'inizio dell'attività punibile; vi è tentativo quando semplicemente il delitto non si consuma per «circostanze accidentali», allargando in questo modo il perimetro della rilevanza penale anche al tentativo inidoneo e al reato impossibile con una eventuale riduzione della pena per la minore pericolosità di quelle condotte. Il trattamento sanzionatorio del tentativo viene equiparato al quello del reato consumato pur concedendo la possibilità, assolutamente discrezionale, al giudice di ridurre la pena «secondo le modalità del fatto e dell'azione spiegata».

Inizia così ad emergere chiaramente *per tabulas* e a presentarsi al centro del dibattito politico e anche accademico tendenze riformatrici cariche di contenuti illiberali ed autoritari. Lo Stato viene posto al centro della vita sociale e le garanzie fondamentali dell'individuo passano in secondo piano. Evidenze di uno scollamento in senso peggiorativo dal dato letterale dell'art. 61 del codice Zanardelli iniziano a palesarsi anche nella giurisprudenza tra la fine degli anni Venti e l'inizio degli anni Trenta attraverso una disinvolta dilatazione del raggio d'azione dei criteri dell'univocità, arrivando a comprendere atti pacificamente preparatori e piuttosto remoti, e di quello dell'idoneità, esclusa soltanto in casi rarissimi<sup>54</sup>. Con l'avvento del regime di Mussolini, la piena involuzione della disciplina del delitto tentato giungerà a compimento.

Ed invero, con l'emanazione delle c.d. leggi fascistissime tra il 1924 e il 1926, esito legislativo del definitivo consolidamento della dittatura, pur lasciando seppur ancora per pochissimi anni in vigore il codice Zanardelli e la relativa disciplina sul tentativo, il regime si spoglia degli abiti borghesi e indossa l'uniforme: venne mutato il titolo da presidente del Consiglio dei ministri che diventò il capo del Governo, in una posizione sovraordinata rispetto ai ministri, e che era tenuto a rispondere soltanto al Re e non più al Parlamento; venne conferito al Governo un sostanziale potere legislativo, cioè la possibilità di emanare decreti legge senza alcun controllo parlamentare; nessun oggetto poteva essere messo all'ordine del giorno di una delle due Camere, senza l'adesione del capo del Governo; furono imposte forti limitazioni alla libertà di stampa, la proibizione dello sciopero e la messa fuori legge di tutti i partiti politici e delle organizzazioni sindacali, ad eccezione del partito fascista e del sindacato nazionale.

Sul piano giudiziario, la legge n. 2008 del 1926 istituì il Tribunale speciale per la difesa dello Stato a cui fu conferita competenza nel giudicare i reati contro la sicurezza dello Stato e fu posto sotto la direzione del Ministero della guerra, prevendendo la possibilità di applicare la pena di morte, così reintrodotta – almeno in un primo momento – per alcuni reati politici. I processi si svolgevano senza alcuna garanzia per gli imputati, ai quali non era consentita alcuna

---

<sup>54</sup> Un'ampia panoramica delle principali sentenze di quel periodo sul delitto tentato è rinvenibile sempre in S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., 522 ss; dapprima, v. alcuni richiami anche in L. SCARANO, *Il tentativo*, 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 1960, 48.

forma di appellazione avverso le sentenze emesse dal Tribunale, che non era composto da magistrati ordinari di carriera ma da ufficiali delle Forze armate e da membri di alto grado della Milizia volontaria per la sicurezza nazionale (MVSN) accuratamente selezionati.

Per quanto riguarda la legislazione in materia penale, la morsa del regime sugli oppositori si fece sempre più forte: nella stessa legge istitutiva del Tribunale speciale, all'art. 1 venne stabilito che: «Chiunque commette un fatto diretto contro la vita, l'integrità o la libertà personale del Re o del Reggente è punito con la morte. La stessa pena si applica, se il fatto sia diretto contro la vita, l'integrità o la libertà personale della Regina, del Principe ereditario o del Capo del Governo». All'art. 2 venne addirittura punito il fatto di: «Quando due o più persone concertano di commettere alcuno dei delitti preveduti nei precedenti articoli, sono punite, pel solo fatto del concerto, con la reclusione da cinque a quindici anni». Non c'è più spazio, all'evidenza, per delimitare la punibilità del tentativo ai soli atti esecutivi e idonei. Le esigenze repressive, soprattutto per i reati politici e di attentato, si spingono fino alle intenzioni. Ne sono una dimostrazione due casi particolarmente importanti che segneranno, seppur indirettamente, il percorso di riforma del codice penale e quindi anche del delitto tentato, che avevano tutti come vittima prefigurata proprio Benito Mussolini<sup>55</sup>.

Il primo, che è anche quello più noto, è il caso del deputato socialista Tito Zaniboni, accusato del tentato omicidio del capo del regime per il solo fatto della predisposizione di un fucile. Il 4 novembre 1925, lo Zaniboni, dopo essersi procurato tutto il necessario attraverso alcuni appoggi nel Friuli, con l'intenzione di uccidere Mussolini, prese una camera presso l'albergo Dragoni a Roma, situato di fianco a Palazzo Chigi, che aveva una finestra che dava propria sulla piazza e da cui poteva avere una perfetta visuale del balcone della sede del Governo, da cui si sarebbe dovuto affacciare il duce per celebrare l'anniversario della vittoria della Prima guerra mondiale. Uno dei membri del ristretto gruppo dello Zaniboni, di cui faceva parte anche il generale Luigi Capello, si rivelò in realtà un informatore e quindi tutta l'attività conspiratoria dello Zaniboni venne attentamente monitorata dalle Guardie di pubblica sicurezza. Circa tre ore prima che il Capo del Governo pronunciasse il suo discorso, la polizia fece irruzione nella camera d'albergo dello Zaniboni trovandovi all'interno lo stesso deputato, un fucile nascosto all'interno dell'armadio già caricato con due cartucce e una finestra a cui era

---

<sup>55</sup> In argomento, cfr. E. GALLO, *Il Tribunale speciale per la difesa dello Stato e il suo ambiente politico-culturale*, Roma, 1980, *passim*; J.C.S. TORRISI, *Il Tribunale speciale per la difesa dello Stato: il giudice politico nell'ordinamento dell'Italia fascista (1926-1943)*, Bologna, 2016, 23 ss. e spec. 92 ss.; da ultimo L.P. D'ALESSANDRO, *Giustizia fascista: storia del Tribunale speciale*, Bologna, 2020, 30 ss., 73 ss. e 155 ss.

stata rimossa una vetrata e manomessi gli infissi così da garantire una precisa linea di tiro verso il balcone di Palazzo Chigi<sup>56</sup>.

Al riguardo, i giudici del Tribunale speciale, dopo aver dato abbondantemente conto dell'attività "sovversiva" dell'imputato e della «longanimità» del fascismo verso gli oppositori, ricostruirono l'*iter criminis* in questi termini: «La serie di atti compiuti dallo Zaniboni e intenzionalmente diretti all'uccisione del Capo del Governo, à [ha] avuto inizio con la ricerca dell'arma destinata all'omicidio, ed è proseguita con l'acquisto dell'arma e delle munizioni, con la venuta a Roma, luogo dell'esecuzione del delitto, con l'esperimento di tiro in aperta campagna, con la scelta della camera più adatta al fine delittuoso, con la disposizione degli infissi in modo da rendere comodo l'adattamento dell'arma e sicura la linea di mira; con le prove fatte per accertarsi della possibilità di raggiungere l'obiettivo [...]; con l'attesa in agguato per l'apparizione della vittima». I giudicanti, a questo punto, diedero conto in sentenza della disciplina sul delitto tentato come stabilita dall'art. 61 del codice del 1889 e giunsero quindi alla conclusione che: «Nel fatto commesso dallo Zaniboni si riscontrano tutti questi estremi. E invero, vi fu in lui la prava intenzione di commettere l'omicidio [...], e dopo le sue esplicite dichiarazioni non è lecito dubitare di ciò»<sup>57</sup>.

È interessante notare come si stesse in quel periodo formando una sorta di Giano bifronte con le disquisizioni dottrinali ed accademiche da un lato e la ferocia del regime dall'altro: nello stesso numero della *Rivista* diretta dal Lucchini in cui venne pubblicata la sentenza contro Zaniboni, poche pagine più avanti Giuliano Allegra, docente di Diritto penale alla Cattolica di Milano, difendeva in un articolo la distinzione tra atti preparatori ed esecutivi, che era intenzione della Commissione di riforma del codice penale e del Guardasigilli Alfredo Rocco eliminare, citando al riguardo ampiamente il pensiero del Carrara: «[S]enza la previa distinzione del legislatore fra i due generi di atti, predominerebbe l'arbitrio dei giudicanti, dei quali chi darebbe maggiore prevalenza, a seconda delle proprie vedute, all'elemento intenzionale e chi invece all'elemento materiale»<sup>58</sup>.

Sulla stessa linea del caso Zaniboni si sviluppò anche la successiva vicenda dell'anarchico Michele Schirru, dove l'orientamento nel processare le sole intenzioni si fece più lampante. Giunto a Roma, lo Schirru compì numerosi appostamenti lungo l'itinerario che quotidianamente il duce compiva da Villa Torlonia fino a Palazzo Venezia. Venne arrestato

---

<sup>56</sup> M. PUPPINI - M. VERGINELLA - A. VERRICCHIO, *Dal processo Zaniboni al processo Tomažič : il tribunale di Mussolini e il confine orientale 1927-1941*, Udine, 2003, *passim*.

<sup>57</sup> Tribunale speciale per la difesa dello Stato, 22 aprile 1927, Zaniboni e al., in *Riv. pen.*, 1927, CVI, 70 ss.

<sup>58</sup> G. ALLEGRA, *Sul tentativo*, in *Riv. pen.*, 1927, CVI, 110.

all'Hotel Colonna nel febbraio del 1931 senza ancora aver messo in atto il suo piano. Dopo aver fornito piena confessione, fu sentenziato a morte nel maggio dello stesso anno dal Tribunale speciale per il delitto di cui all'art. 1 della citata legge 2008 del 1926 e i giudicanti statuirono che quelli compiuti da Schirru furono i primi atti d'esecuzione del suo piano criminoso: «[A]ccertate manifestazioni concrete dirette al voluto e provato fine di attentare alla vita del Capo del Governo»<sup>59</sup>.

In questo clima, i lavori di riforma del codice penale presero ufficialmente avvio con la legge 2260 del 24 dicembre 1925, la quale conferì al Governo ampia delega per la riforma codicistica<sup>60</sup>. Essi si inseriscono in un contesto politico e ideologico ben definito in cui è adesso il ruolo esercitato dallo Stato ad essere al centro della società e non più il cittadino con le sue libertà; ora ciò che va difeso non è più il cittadino dalle ingerenze dello Stato, ma lo Stato stesso da qualsiasi attacco, che può provenire anche dai suoi stessi cittadini. L'indirizzo strategico per la repressione del dissenso e dell'opposizione politica, si snoda in questa prospettiva *de lege ferenda* lungo due direttrici: la prima, è quella di superare la distinzione tra atti preparatori ed esecutivi, cercando il più possibile di allargare le maglie della punibilità del delitto tentato, ricorrendo, se del caso, ad una disciplina alquanto indeterminata che possa così essere manipolata e piegata alle esigenze contingenti; la seconda, è quella di reintrodurre in maniera massiccia nella parte speciale i delitti di attentato, dove la soglia della punibilità è *naturae convenienter* già fortemente anticipata e nei quali l'aspetto politico e le caratteristiche o la personalità del reo assumono un rilievo sovente decisivo. A ciò, si aggiunga la legislazione più marcatamente fascista e repressiva, in buona parte tenuta al di fuori del codice e convogliata, anche sotto mentite spoglie, verso leggi speciali e nel Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza<sup>61</sup>.

L'insofferenza verso la disciplina dettata dall'art. 61 del codice Zanardelli, anche a seguito dei diversi attentati alla vita del capo del regime che taluni avevano cercato di mettere

---

<sup>59</sup> G. FIORI, *Vita e morte di Michele Schirru: l'anarchico che pensò di uccidere Mussolini*, Roma-Bari, 1990, 197.

<sup>60</sup> I lavori per la stesura del codice penale e del codice di rito vennero affidati da una commissione presieduta dal magistrato e poi senatore Giovanni Appiani, a sua volta strutturata in un più ristretto gruppo di lavoro presieduto dallo stesso Alfredo Rocco, che produsse un primo articolato del codice penale nel 1926; nell'anno successivo venne scritta la parte speciale con l'enunciazione dell'elenco dei delitti e delle contravvenzioni. Nell'ottobre dello stesso anno fu steso l'articolato finale che fu poi presentato alla Commissione ministeriale. È quindi del 1929 il Progetto definitivo, che dopo essere passato al vaglio della Commissione parlamentare e dopo gli ultimi aggiustamenti di carattere tecnico, fu emanato con regio decreto n. 1398 del 19 ottobre 1930. Sulla composizione della Commissione per la riforma del codice penale, v. C. SALTELLI - E. ROMANO DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo Codice penale, Articoli 1-84*, 2° ed., Torino, 1940, I, 5 ss.; poi anche E. DOLCINI, voce *Codice penale*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 277-278.

<sup>61</sup> Ampiamente, G. NEPPI MODONA - M. PELISSERO, *La politica criminale durante il Fascismo*, in *Storia d'Italia*, Annali 12, cit., 769 ss.

in atto senza successo, viene palesata a più riprese e fin dall'inizio dei lavori della Commissione ministeriale, con attento riguardo alla distinzione tra atti preparatori ed esecutivi, ostacolo principale alla repressione dei delitti politici, che ovviamente assumono in questo preciso contesto storico ed ideologico preminente importanza<sup>62</sup>. Nello specifico, il "problema" della differenza tra atti preparatori ed esecutivi viene manifestato a più riprese dal Ministro della Giustizia Rocco durante le sedute della Commissione, sostenendo che tale distinzione porterebbe (e avrebbe già portato) a conclusioni assurde e l'esempio fornito al riguardo dal Guardasigilli, che ricalza neppure in modo troppo celato proprio la vicenda dello Zaniboni, è quello di colui che: «[M]anifesta in mille modi la sua precisa volontà omicida, ed è sorpreso mentre, munito di un fucile di precisione, si dispone a prendere di mira la vittima; egli non ha commesso tentativo perché non è cominciata la esecuzione»<sup>63</sup>. Giunge pertanto alla conclusione che: «La differenza, dunque, non solo non si può afferrare concettualmente, ma non risponde neanche alle esigenze della pratica. Ed allora, è necessario che gli atti, senza andare a vedere se sono preparatori o esecutivi (perché non si sa che cosa sia preparazione e che cosa sia esecuzione) abbiano queste due qualità: un valore, un'attitudine causale, cioè la capacità di produrre l'evento dannoso (perché altrimenti non si può parlare di delitto) e un valore sintomatico, cioè siano una prova dell'esistenza di una volontà, o fine di commettere un delitto. E non ci vuole nulla di più»<sup>64</sup>.

Sulla fisionomia che dovrà assumere la nuova disciplina del delitto tentato le idee, nonostante alcune minime divergenze, appaiono piuttosto chiare. Liquidato il criterio dell'inizio dell'esecuzione, che risultava d'ostacolo all'allargamento degli atti punibili, vengono delineati i criteri che dovranno concorrere alla definizione del tentativo punibile nell'idoneità degli atti e nella loro direzione non equivoca<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> Chiarissimo, a tale riguardo, il Guardasigilli Rocco nell'esordio della sua *Relazione al Re per l'approvazione del codice penale*, al di là dell'enfasi e delle frasi di rito: «La stessa vittoria sui nemici esterni rimarrebbe sterile gloria qualora non si apprestassero i mezzi più idonei per garantire l'esistenza e la conservazione dello Stato nei rapporti interni coi cittadini. E tra questi mezzi primeggia la nuova legislazione penale, che oggi è sottoposta all'Augusta sanzione della Maestà Vostra». Affermò l'esistenza di un diretto collegamento tra gli attentati (falliti) alla vita di Mussolini e in particolare tra il caso Zaniboni-Capello e la disciplina del delitto tentato nel codice Rocco, G. VASSALLI, *La disciplina del tentativo*, in AA.VV., *Convegno nazionale di studi su alcune fra le più urgenti riforme del diritto penale*, a cura del CNPDS Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano, 1959, 216 e 664; S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., XVII e 538 ss.; richiami alla vicenda dello Zaniboni in relazione all'allargamento della punibilità operato dell'art. 56 c.p. in G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 8° ed., Milano, 2019, 502.

<sup>63</sup> Alfredo ROCCO, , *Atti della Commissione ministeriale incaricata di dare un parere sul progetto preliminare di un nuovo codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, IV, Parte II, Roma, 1929, 187 ss.

<sup>64</sup> Sempre Alfredo ROCCO, *Verbale della seduta della Commissione (Libro I del Progetto) n. 15*, in *Atti della Commissione ministeriale*, cit., 187-188.

<sup>65</sup> È quanto dichiarato dallo stesso Rocco, in *Lavori preparatori del codice penale*, cit., I, 268 ss.

Quanto al criterio dell'idoneità, poche parole e sintetiche espressioni vengono impiegate da Alfredo Rocco, nella Relazione finale al codice, per definirlo: «L'atto deve essere idoneo, cioè capace di produrre l'evento, ed obiettivamente diretto all'evento, cioè deve rivelare per sé l'intenzione dell'agente; tale intenzione non può essere desunta esclusivamente *aliunde* (ad esempio, dalla confessione), ma nulla vieta che sia desunta, insieme, dall'atto e da altri elementi. Fra i sintomi rivelatori ci dev'essere anche l'atto. L'atto deve avere un valore causale (idoneo) e sintomatico (non equivoco)»<sup>66</sup>.

Il legislatore del '30, nell'adottare il sistema del c.d. doppio binario sanzionatorio, prevenendo cioè la comminatoria di pena per fatti lesivi e oggettivamente pericolosi e l'applicazione di una misura di sicurezza per le condizioni di pericolosità soggettiva, aveva disciplinato il reato impossibile (o il tentativo inidoneo) all'art. 49 c.p. con la previsione di applicare facoltativamente una misura di sicurezza. Ciò era in linea con l'orientamento prevalentemente oggettivistico del codice e nel complesso con la tradizione penalistica italiana<sup>67</sup>. La presenza del requisito dell'idoneità all'interno della nuova enunciazione dell'art. 56 c.p. è il frutto di una sorta di *maquillage* che mette assieme all'univocità un criterio già contemplato dal precedente art. 61 del codice Zanardelli, quindi l'idoneità, in questo caso tuttavia riferita agli atti e non ai mezzi, anche se la differenza non è (e non sarà) particolarmente dirimente nell'accertamento dell'elemento in discorso: molto dipende dal significato che si attribuisce ai due termini e, riguardando principalmente un errore di calcolo o comunque di valutazione nel considerare lo sviluppo dell'azione, non è poi così difficile che «azione» e «mezzi» arrivino in sostanza a coincidere, soprattutto se valutati non in astratto ma in concreto<sup>68</sup>. L'idoneità degli atti viene intesa almeno originariamente – ed era così anche sotto la vigenza del primo codice *post-unitario* – in termini di mera possibilità. Il valore, pertanto, che viene attribuito al criterio dell'univocità si risolve nella sua capacità o efficienza causale alla verifica dell'evento e al completamento dell'azione delittuosa. La concretizzazione del requisito, se in questi termini se ne può parlare, era intesa in senso assoluto o astratto senza un riferimento al caso concreto. Una tale impostazione ben si allineava con il “rovescio” del

---

<sup>66</sup> Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli (Rocco) presentata nell'udienza del 19 ottobre 1930 - VIII per l'approvazione del testo definitivo del codice penale, Parte I, N. 251, Roma, 1930, 4463.

<sup>67</sup> N. LEVI, *Il reato supposto erroneamente e reato impossibile*, in *Il codice penale illustrato articolo per articolo sotto la direzione di U. Conti*, Milano, I, 1934, 213; anche F. CONCI, *Il reato putativo e il reato impossibile*, Messina, 1940, 73 ss.

Sulla presunta incoerenza nell'applicare la misura di sicurezza soltanto al reato impossibile e non anche al reato putativo, v. R.A. FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma, 1933, 526, che sostiene che non vi sia in fin dei conti molta differenza in termini di pericolosità sociale tra un autore di un reato impossibile e di un reato putativo per errore di fatto; *contra* E. ALTAVILLA, *Lineamenti di diritto criminale*, Napoli, 1932, 242.

<sup>68</sup> I. GIACONA, *Il concetto d'idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., 27-28, anche per ulteriori richiami.

delitto tentato e quindi con l'inidoneità citata all'art. 49 c.p., andando così a chiudere il cerchio a costo però di privare l'idoneità di una apprezzabile utilità pratica; criterio che poteva svolgere una funzione di discriminare soltanto in casi piuttosto rari.

Appena un poco più articolata è la definizione dell'elemento dell'univocità, la cui declinazione e attribuzione di significato ben poco contribuisce ad una complessiva chiarezza dell'insieme dei due criteri, anche se, in fin dei conti, a questo criterio venne attribuita una utilità almeno maggiore se non decisiva, avendo tra l'altro omissa la distinzione tra atti preparatori ed esecutivi, nella determinazione dell'inizio del tentativo punibile. Il punto di partenza, almeno a parole, formalmente, è una concezione dell'univocità che riecheggia il pensiero di Carrara. Ma il criterio dell'univocità si presentava allora e continua ad essere anche oggi piuttosto fluido e di difficile cognizione, ondeggiando tra una concezione strettamente oggettiva e una soggettiva o eclettica e senz'altro manipolabile anche per punire atti remoti<sup>69</sup>.

A fronte di alcune (timide) critiche sul fatto che: «Da questi motivi la Commissione fu indotta e a far voti per una opportuna revisione della prima parte dell'articolo in esame per evitare ogni preoccupazione di pericolo per la libertà dei cittadini», il Guardasigilli Rocco ribadì come: «[M]anchi la ragione di codesti dubbi. Quando si dice: «chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato, ecc.», si afferma nel modo più chiaro e preciso: 1° che occorre un compimento di atti, cioè una estrinsecazione attuosa di «prava intenzione»; 2° che tali atti devono essere idonei, cioè avere potenzialità causale, suscettibilità di produrre l'evento voluto dall'agente; che gli atti idonei devono essere diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, cioè avere un valore sintomatico tale: a) da rivelare l'intenzione di delinquere; b) da escludere il dubbio che si tratti di un principio d'estrinsecazione dell'intenzione di compiere invece un fatto lecito o giuridicamente indifferente; c) da manifestare l'intenzione di commettere un determinato delitto»<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> In questi termini è l'intervento di Alfredo Rocco al Senato nel dicembre 1925, in *Lavori preparatori*, cit., 62.

<sup>70</sup> *Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli*, cit., 4463. Alcune critiche erano state rivolte, nello specifico, da alcuni membri della Commissione ministeriale e da una parte dell'accademia (*Osservazioni e proposte sul progetto preliminare di un nuovo Codice penale*, 1, III, in *Lavori preparatori del codice penale*, cit., 432 ss.): interpellati sulla nuova proposta di codice penale espressero critiche all'adozione della coppia dei criteri dell'idoneità e dell'univocità Filippo Grispigni (R. Università di Milano), il quale osservò come la necessità che l'atto fosse idoneo era sostanzialmente inutile per stabilire il discrimine tra esecuzione e preparazione, ben potendo un atto anche remotissimo risultare idoneo rispetto all'obiettivo preso di mira dall'agente, Marcello Finzi (R. Università di Modena) e Eugenio Florian (R. Università di Torino) che sottolinearono la necessità di ripristinare il criterio dell'inizio d'esecuzione, così da evitare la punibilità degli atti preparatori. All'opposto, Giacomo Delitala prese le difese della nuova formulazione, esprimendo un giudizio sostanzialmente positivo: «[D]all'aver respinto la distinzione in parola, non deriverà un danno, ma un vantaggio: se il proposito di delinquere risulta chiaro dall'univocità degli atti compiuti dall'agente, l'inflizione della pena si ravvisa opportuna, ed il legislatore che trascurasse di farne uso si dimostrerebbe un assai tiepido tutore dell'interesse della società».

Si giunge così alla (ancora) attuale disciplina del delitto tentato che, superando la distinzione tra atti preparatori ed esecutivi e la previsione del delitto mancato, all'art. 56 del codice recita: «1. Chi compie atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato, se l'azione non si compie o l'evento non si verifica. 2. Il colpevole del delitto tentato è punito: [con la reclusione da ventiquattro a trenta anni, se dalla legge è stabilita per il delitto la pena di morte]<sup>71</sup>; con la reclusione non inferiore a dodici anni, se la pena stabilita è l'ergastolo; e, negli altri casi, con la pena stabilita per il delitto, diminuita da un terzo a due terzi». Al terzo e al quarto comma vengono disciplinati rispettivamente la desistenza volontaria e il recesso attivo.

Il tenore letterale della norma sul delitto tentato causò con molta probabilità un risultato non del tutto soddisfacente per i suoi estensori, soprattutto nella direzione di un deciso e voluto superamento tra atti preparatori ed esecutivi.

Invero, gli orientamenti nella dottrina che si registrano subito dopo l'entrata in vigore del codice appaiono assai contrastanti<sup>72</sup>. D'altra parte, tralasciando orientamenti condizionati da aspetti di natura ideologica o comunque da affinità politiche con il regime, risultò assai difficile per gli studiosi liquidare in un sol colpo tutte quelle elaborazioni teoriche che si erano andate consolidando nel tempo, partendo da Carmignani e Carrara. Fu così che mentre da un lato, taluni non mancarono di sottolineare la carica innovatrice del codice del Trenta e perciò anche la novità del delitto tentato, altri invece lessero nell'art. 56 c.p. una sorta di versione "aggiornata" ma pur sempre in linea con la tradizione e soprattutto con il precedente art. 61 del codice Zanardelli; norma sul tentativo che doveva comunque armonizzarsi con le altre disposizioni codicistiche<sup>73</sup>.

Così, ad esempio, alcuni Autori come Tullio Delogu ed Enrico Altavilla, seppur con diverse argomentazioni basate sull'idoneità degli atti verso la realizzazione dell'evento, sull'errore scientifico di tale distinzione o, da ultimo, sulla combinazione dei criteri dell'idoneità e dell'univocità che senza dubbio avrebbero ampliato l'area della punibilità, arrivarono ad escludere, a dir loro in ossequio alla *littera legis*, la distinzione tra atti preparatori ed esecutivi nel nuovo codice<sup>74</sup>. Al contrario, altra parte della dottrina, come nel caso di Giulio

---

<sup>71</sup> La pena di morte venne soppressa per i delitti preveduti dal codice penale dall'art. 1 del decreto legislativo luogotenenziale n. 224 del 10 agosto 1944, che ha modificato l'art. 17 c.p., per cui «in luogo di questa si applica la pena dell'ergastolo». V. anche *infra* nota 87.

<sup>72</sup> Su questo aspetto, v. E. LO MONTE, *Il delitto tentato. Contributo all'individuazione della condotta punibile*, Torino, 2013, 50 ss.

<sup>73</sup> Così U. PIOLETTI, *L'idoneità degli atti nel tentativo*, in *Giust. pen.*, 1938, II, 251 ss.

<sup>74</sup> Il dibattito sull'avvenuto superamento, a seguito della nuova formulazione dell'art. 56 c.p., della distinzione tra atti preparatori ed atti esecutivi, iniziò subito dopo l'entrata in vigore del codice. Erano sostanzialmente tre le linee interpretative: la prima sosteneva l'avvenuto superamento anche nell'ottica di un chiaro allargamento della

Battaglini e di Bernardino Alimena, seguitava a riproporre e sostenere tale distinzione, o perché naturalmente presente nella realtà delle cose e quindi insopprimibile o perché, ai fini della punibilità, era comunque necessario un atto di esecuzione e intendo l'univocità in senso oggettivo questa si sarebbe dimostrata come sicuro indicatore dello stesso atto esecutivo<sup>75</sup>. Sempre all'interno di queste considerazioni, meritevole di approfondimento è la teoria sviluppata sempre dall'Alimena sull'inizio di integrazione del fatto tipico, per fissare e ribadire la distinzione tra atti preparatori ed esecutivi. Secondo questo Autore si avrebbe tentativo punibile soltanto quando si sia iniziato, almeno in parte, a violare il precetto, cioè quando la condotta dell'agente abbia iniziato ad entrare all'interno della fattispecie tipica<sup>76</sup>.

3. "Chi la dura la vince" si potrebbe dire riguardo la persistente vigenza del codice Rocco del 1930 e di certo i suoi commentatori possono restare ancora tranquilli, ancora a lungo, che non cadranno nella trappola profetizzata dal giurista e filosofo Julius Hermann von Kirchmann: «[B]astano tre parole di rettifica del legislatore, e intere biblioteche diventano carta straccia»<sup>77</sup>. Codice che, ad oltre novant'anni di distanza dalla sua entrata in vigore, non è stato ancora sostituito da uno nuovo che, tra le altre cose, recepisce a pieno i principi sanciti dalla Costituzione repubblicana del 1948, imprimendo così anche alla codificazione penale una

---

punibilità a titolo di tentativo; la seconda, riteneva invece ancora presente la distinzione da ricavare però attraverso il criterio dell'univocità degli atti o facendo riferimento proprio all'impiego del termine «atti» al posto di «mezzi»; l'ultima, considerava la distinzione come immanente e connaturata alla stessa disciplina del tentativo, nonostante la modifica intervenuta. Seguivano questo primo orientamento T. DELOGU, *La struttura del reato tentato*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1937, 951, che utilizza l'art. 114 c.p. per sostenere la punibilità anche degli atti preparatori; per un'ammissione pacifica della punibilità degli atti preparatori E. ALTAVILLA, voce *Tentativo*, in *Nuovo dig. it.*, Torino, 1940, XII, 44 ss.; nello stesso senso C. SALTELLI - E. ROMANO DI FALCO, *Commento teorico-pratico*, cit., I, 339 ss.; A. JANNITTI PIROMALLO, *Elementi di diritto penale*, Firenze, 1936, 173; A. MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, vol. I, *Parte generale*, Bologna, 1932, 290; Pur nella varietà di indirizzi, si possono inserire nel secondo indirizzo G. BATTAGLINI, *Sul concetto di tentativo*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1935, 417 ss., il quale fa risalire la distinzione tra atti preparatori ed esecutivi addirittura all'art. 1 c.p., quindi al principio di legalità, anche in ID., *L'incompiutezza dell'azione nel tentativo*, in *Riv. pen.*, 1935, 9 ss.; B. ALIMENA, *L'attività esecutiva nel tentativo*, in *Foro it.*, 1936, IV, 108 ss., sulla base dell'identità del dolo del tentativo con quello della consumazione e quindi nell'atto preparatorio non sarebbe riscontrabile (ancora) una volontà criminosa; anche A. VANNINI, *Esecuzione e preparazione del reato*, in *Foro it.*, 1935, II, 294 ss., richiamando il criterio dell'idoneità degli atti e anche sulla base di quanto stabilito negli artt. 87 e 115 c.p.; nello stesso senso, richiamando l'idoneità degli atti in concreto U. PIOLETTI, *Istigazione al reato e tentativo*, in *Foro it.*, 1935, II, 494 ss. Per l'ultimo orientamento, che sosteneva che questa distinzione rimaneva comunque nella natura dell'istituto, nonostante il cambiamento della disciplina G. SABATINI, *Istituzioni di diritto penale*, Catania, 1933, 275; R. PANNAIN, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, Roma, 1942, 403 ss., richiamando il termine «azione» («se l'azione non si compie») intesa sempre come azione tipica; soltanto per una formale affermazione di questa distinzione senza fissare criteri pratici di distinzione A. DE MARSICO, *Diritto penale. Parte generale*, Napoli, 1935, 253.

<sup>75</sup> B. ALIMENA, *L'attività esecutiva nel tentativo*, in *Foro it.*, 1936, IV, 99: «Nel tentativo punibile rientrano solo gli atti di esecuzione». V. anche la ricostruzione storica di S. DEL CORSO, *Riflessioni sulla struttura del tentativo nella cultura giuridica italiana*, Torino, 2019, 116 ss.

<sup>76</sup> B. ALIMENA, *L'attività esecutiva nel tentativo*, cit., 35-36.

<sup>77</sup> J.H. VON KIRCHMANN, *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza (Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848), in J.H. VON KIRCHMANN - E. WOLF, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, trad. it. a cura di G. Perticone, Milano, 1964, 18.

svolta in senso autenticamente democratico. Ed invero, la strana longevità del codice italiano così come della tanto discussa disciplina del tentativo non ha eguali in confronto alla durata (vigenza) temporale delle codificazioni penali degli altri Paesi europei, i quali, nel Secondo dopoguerra, seppur in tempi tra loro distanti, hanno via via sostituito i loro codici<sup>78</sup>. Di conseguenza, il fallimento dei progetti di riforma del codice penale – alcuni dei quali come il Progetto Pagliaro e da ultimo il Progetto Grosso ritenuti da molti di elevata qualità tecnica e che grandi consensi avevano riscosso nel mondo accademico, nella magistratura e nell'ordine forense – impone di continuare a scandagliare tutti i principali istituti di parte generale e quindi anche le diverse forme di manifestazione del reato, tra cui anche il delitto tentato, con il linguaggio ed inevitabilmente anche con quelle basi politico-ideologiche del 1930<sup>79</sup>.

Orbene, le esigenze attuali di dottrina e giurisprudenza (soprattutto della prima) creano una divaricazione tra il dato letterale, con cui bisogna necessariamente continuare a confrontarsi, e gli orientamenti ermeneutici, i commenti e le costruzioni più squisitamente dommatiche che non sempre si riflettono nella lettera della legge con immediatezza. Si palesa l'esigenza, quindi, anche nella scienza penalistica italiana, di costruire una "sovrastuttura" rispetto alla base e di instaurare con quest'ultima un rapporto di relazione dialettico, ma in questo caso non in una accezione negativa, bensì positiva: il rapporto è dunque in questo caso rovesciato, opposto, siccome è la sovrastuttura che consente di accettare ancora oggi una base normativa che conta più di novant'anni, in un quadro giuridico e sociale ovviamente cambiato<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> Cfr. G. FIANDACA, *Il codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale*, in *Quest. crim.*, 1981, 67 ss.; E. DOLCINI, voce *Codice penale*, cit., 281 ss.; anche gli atti del Seminario bolognese sugli ottant'anni del codice Rocco raccolti in AA.VV., *Gli ottant'anni del Codice Rocco*, a cura di L. Sartori - G. Insolera, Bologna, 2012, *passim*; v. anche da ultimo AA.VV., *Politica criminale e riprogettazione del codice penale*, a cura di A.M. Stile - V. Mongillo, Napoli, 2021, 151 ss. e 169 ss.

<sup>79</sup> Aspetto ben colto da M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 86 ss., come premessa metodologica necessaria per affrontare in modo particolare gli istituti della parte generale; considerazioni successivamente riprese in ID., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 25 ss. e 31 ss.

<sup>80</sup> Sul problematico ruolo dell'interprete nel contesto penalistico italiano, caratterizzato ancora da un codice penale che mantiene aperto un divario, anche se oggi in parte ricomposto, con i valori e i principi sanciti dalla Costituzione, v. F. BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1, 3 ss.; in particolare sul principio di legalità, sempre ID., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2 e 3 Cost., rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.*, 1980, 179 ss.; sugli spazi angusti nei quali si deve muovere l'attività di interpretazione della dommatica tra il rispetto del dettato normativo definito dal legislatore e l'esigenza di garantire il rispetto dei principi del diritto penale, v. il saggio di W. HASSEMER, *Strafrecht dogmatik und Kriminalpolitik*, Reinbeck bei Hamburg, 1974, 184 ss. e 199 ss. Sviluppando in parte alcune considerazioni di Hassemer, v. poi D. PULITANÒ, voce *Politica criminale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1985, XXXIV, 73 ss., anche in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci - E. Dolcini, Milano, 1985, 36 ss. Più in generale, per quanto riguarda la politica criminale, rimane centrale, seppur datato il lavoro di H. ZIPF, *Kriminalpolitik. Ein Lehrbuch*, Heidelberg-Karlsruhe, 1980, *passim* e sui rapporti tra diritto penale e politica criminale il saggio di C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato (Kriminalpolitik und Strafrechtssystem)*, 1970, 2° ed. 1973), trad. it. a cura di S. Moccia, Napoli, 1998, 37 ss. Sulla teoria costituzionale del bene giuridico e più in generale sul fondamento costituzionale del diritto penale, v. il fondamentale contributo di F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1973, XIX, 14: «La rigidità della Costituzione può soltanto comportare la conseguenza per cui il legislatore, libero di scegliere se configurare o meno un fatto come

La distanza temporale che accompagna qualsiasi posizione dottrinale, qualsiasi commento o contributo di natura dommatica deve fare i conti con una sfasatura temporale consistente: allo stato attuale, ogni esegesi deve relazionarsi con una doppia dimensione, con un doppio riferimento normativo, deve tenere insieme il vetusto dato codicistico, da cui però deve necessariamente partire, con il dettato costituzionale, con la giurisprudenza costituzionale e più in generale con la tradizione penale-costituzionale venuta a consolidarsi nel tempo<sup>81</sup>.

Questo *modus operandi* mostra tutte le sue difficoltà ed insidie, in particolare se si decide di analizzare un istituto di parte generale come il delitto tentato sul quale si riversano da sempre contrapposte esigenze politico-criminali, inserendosi peraltro all'interno di una naturale insufficienza di tipicità e determinatezza che caratterizza, in un modo o nell'altro, le tecniche generali di incriminazione suppletiva<sup>82</sup>. È del pari vero, però, come gli istituti di parte generale, tentativo e concorso di persone compresi, posseggano per la loro stessa natura e funzione un *deficit* di determinatezza che se applicato a norme di parte speciale, a fattispecie di reato, le esporrebbero senza dubbio ad una censura di incostituzionalità<sup>83</sup>. Si può dire allora che le

---

illecito e se configurarlo o meno come illecito penale, sarebbe vincolato soltanto a perseguire mediante ogni tipo di normazione, anche penale, le finalità dello Stato emergenti dalla Costituzione, nonché a non incriminare fatti che concretano l'esercizio di diritti costituzionali ovvero a incriminare fatti che ledono beni, la tutela dei quali funge da limite rispetto ai diritti medesimi»; per una teoria del reato basata sui fini della pena rinvenibili nella Carta costituzionale S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 17 ss. e 121 ss.; per una rilettura del diritto penale a fondamento costituzionale e per le fasi che questo approccio ha attraversato a partire dagli anni '70, v. M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2001, CXXIV, 2, 29 ss.

<sup>81</sup> F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in AA.VV., *Funzioni e limiti del diritto penale*, a cura di M. Acutis - G. Palombarini, Padova, 1984, 28; sulla presenza e la rilevanza dei principi costituzionali nella manualistica FLORA, *Il rilievo dei principi costituzionali nei manuali di diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 4, 1187 ss.; per una prospettiva anche comparata, v. l'interessante studio di F. PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*, in AA.VV., *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, vol. I, a cura di A. Pizzorusso - V. Varano, Milano, 1985, 531 ss. e 544 ss.; poi M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 93; ID., *Teoria del reato*, cit., 19 ss. e spec. nt. 31 per le più significative pronunce della Corte costituzionale in materia penale.

<sup>82</sup> Evidenzia una diversa esigenza di tassatività degli istituti di parte generale rispetto alla struttura tipica delle fattispecie incriminatrici C.E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*». *Ipertropia del diritto penale e depenalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 90, argomentando come «Proprio in questa prospettiva, fatti i debiti aggiornamenti 'storici', si è potuto affermare che, mentre le fattispecie di parte speciale, per la loro adesione ai canoni di tipicità e tassatività, adempiono ad una 'ratio di certezza' (*Rechtssicherheit*), le norme di parte generale soddisfano precipuamente a quella che noi definiremmo una 'ratio di garanzia' (*Gerechtigkeit*)». Per questa distinzione proveniente dalla dommatica tedesca, cfr. H.P. LEMMEL, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, Berlin, 1970, 137; R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Ein Lehrbuch, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., Karlsruhe, 1971, 111; W. NAUCKE, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, Tübingen, 1973, 12 ss.

<sup>83</sup> Nell'ambito delle forme di manifestazione del reato e con riferimento al concorso di persone, v. i rilievi critici, sulla incompatibilità costituzionale della disciplina di cui all'art. 110 c.p. formulati in M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 179 ss.; insoddisfazione verso questa disciplina, considerata inadeguata a descrivere le condotte di partecipazione, è stata poi ripresa ampiamente da S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987, 7 ss. e 255 ss. Pone in luce gli stessi problemi, soffermandosi in particolare sugli aspetti di responsabilità oggettiva nella disciplina sulla compartecipazione, L. RISICATO, *Combinazione e interferenze di*

esigenze di tassatività e determinatezza si atteggiavano in modi diversi e con un grado diverso, senza per questo tradire i principi che rappresentano, a seconda che si tratti di una norma di parte generale o speciale. Il rispetto dei principi di legalità, tassatività e offensività rendono, a fronte di un testo datato, particolarmente difficile il compito affidato all'interprete che deve dare contenuto, riempire di significato il dato normativo e a ciò si aggiunge anche l'esigenza di aggiornare quel dato e di rileggerlo con nuove lenti senza però superarlo, senza adottare un'interpretazione che sia con esso in contrasto<sup>84</sup>.

Una lettura costituzionale e un complessivo approccio costituzionalistico alle disposizioni consente di rifondarne la loro legittimazione sul piano formale e contribuisce ad un loro aggiornamento, così vecchie parole possono assumere una nuova veste<sup>85</sup>. Quando poi si approcciano istituti di parte generale, di clausole generali, e in questo caso di clausole di incriminazione suppletiva come il delitto tentato, lo stesso legislatore, anche se preso da smanie definitorie, non potrà non concedere spazi valutativi all'interprete, attraverso cui entreranno giudizi di valore, che (anche solo mediamente) potranno e dovranno adeguarsi ai principi<sup>86</sup>.

Ed è una esigenza imprescindibile soprattutto nell'ambito del sistema penale italiano, che non ha visto l'emanazione di un codice penale che rispecchiasse il nuovo assetto costituzionale del Paese e si allineasse di conseguenza a condizioni e situazioni storico-politiche radicalmente mutate. Orbene, l'esigenza di rimpiazzare il codice ancora oggi vigente (e quindi anche la disciplina del delitto tentato) fu avvertita da subito dopo la fine del Secondo conflitto mondiale e dopo il passaggio dalla dittatura alla democrazia<sup>87</sup>.

---

*forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, 61 ss.

<sup>84</sup> S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso*, cit., 294: l'art. 110 c.p., a differenza della disposizione sul delitto tentato, per integrare il contributo concorsuale nell'insieme della tipicità, si deve necessariamente presupporre la consumazione o almeno il tentativo di un reato, affinché possa essere punita la condotta del partecipe. A livello schematico, l'estensione della punibilità operata dall'art. 56 c.p. è di tipo verticale, mentre quella operata dall'art. 110 c.p. è di tipo orizzontale, con una sorta di effetto estensivo a raggiera, nel senso che l'estensione della tipicità avviene (anche) sulla base di un legame accessorio tra le condotte: è quindi un processo duplice e articolato di integrazione reciproca. La compatibilità con i principi, dunque, presenta difficoltà maggiori quando si tratta, come in questo caso, di clausole generali di incriminazione suppletiva.

<sup>85</sup> M. DONINI, *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in *Ius17@unibo.it*, 2009, 2, 424 ss.

<sup>86</sup> Su questo *modus procedendi*, v. da ultimo G.P. DEMURO, *L'interpretazione sistematica nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1088 ss.; in argomento, cfr. con particolare riferimento all'individuazione dei beni meritevoli di tutela F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 3 ss. e 134 ss.; per una posizione più critica D. PULITANÒ, *La teoria del bene giuridico fra Codice e Costituzione*, in AA.VV., *Il codice Rocco cinquant'anni dopo, La Questione criminale*, num. mon., 1981, 111 ss., ID., *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1, 484 ss.

<sup>87</sup> Già dopo l'8 settembre del 1943, con la firma dell'Armistizio e poi con la fuga del monarca da Roma verso Brindisi, dove si formerà il c.d. Regno del Sud, si iniziò, almeno formalmente, vista la tragica situazione in cui versava buona parte del Paese sotto l'occupazione della Germania nazista, a smantellare tutte le strutture istituzionali create dal fascismo, almeno in quella parte d'Italia già liberata dagli Alleati. Nel decreto luogotenenziale 288 del settembre del 1944 venne inserita all'art. 1 una formula di esordio, poi riproposta in altri decreti, in cui si affermava che tali modificazioni venivano apportate al codice penale e di procedura penale in

L'inclinazione autoritaria venne subito posta in evidenza dai primi Governi dell'Italia liberata e avvertita anche dai principali partiti politici. In particolare il Ministro di Grazia e Giustizia Umberto Tupini evidenziò da subito come il codice emanato nel '30 costituisse un prodotto giuridico di matrice chiaramente autoritaria, le cui pericolose inclinazioni si avvertivano tanto nella parte generale quanto in quella speciale, dove si registra(va) una sproporzionata severità nel trattamento sanzionatorio e la presenza di una serie di reati posti a tutela dello Stato, con l'obiettivo di garantire la conservazione del regime sotto minaccia appunto di pene severissime<sup>88</sup>. È proprio il Ministro Tupini, appartenente al gruppo democratico-cristiano, ad affermare per la prima volta, dopo il ritorno alla libertà, l'impellente bisogno di una riforma dei codici penale e di procedura penale, auspicando così un ritorno ai codici rispettivamente del 1889 e del 1913, cancellando in tal modo i codici fascisti. Lo stesso Guardasigilli il 2 gennaio del '45 istituì una Commissione ministeriale presieduta da Gaetano Foschini per la riforma del codice penale, i cui lavori durarono nel complesso all'incirca tre anni fino al 1948 e che produssero dapprima un Progetto preliminare di riforma e poi alcune bozze, ad opera di un gruppo di coordinamento<sup>89</sup>. Con l'arrivo al Ministero di Giuseppe Grassi, venne nominato un comitato con il compito di portare a compimento la riforma: lo Schema preliminare prese compiutamente forma e nel 1950 si arrivò a completare la stesura dell'articolato finale di un nuovo codice penale.

A questo punto, è necessario avvertire come in realtà la conclusione dei lavori di riforma non corrispondesse più, ormai, all'effettivo desiderio di approvare realmente un nuovo codice, visto che buona parte della dottrina si era già opposta chiaramente alla sostituzione (integrale) del codice Rocco<sup>90</sup>. Dalla difesa dell'indirizzo e del metodo tecnico-giuridico, si è passati poi, appena terminato il conflitto, ad una alquanto eccessiva e trionfante auto-assoluzione del ceto

---

attesa dell'emanazione dei nuovi codici. Sui primissimi interventi di riforma del codice penale, come l'abolizione della pena di morte per i reati comuni, l'introduzione delle circostanze attenuanti generiche e la causa di non punibilità per le reazioni legittime del cittadino agli atti arbitrari del pubblico ufficiale, v. G. VASSALLI, voce *Codice penale*, in *Enc. dir.*, Varese, 1960, VII, 276; P. PIAENZA, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del codice penale e della legge di pubblica sicurezza*, in *Politica del dir.*, 1979; 293 ss.; anche G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 8° ed., Bologna, 2019, 39-40.

<sup>88</sup> Così G. VASSALLI, *La riforma del codice penale italiano del 1930*, in *Giust. pen.*, 1972, II, 515; per un quadro d'insieme, v. G. NEPPI MODONA, *Legislazione penale*, in *Il mondo contemporaneo*, I, *Storia d'Italia*, 2, Firenze, 1978, 584 ss.

<sup>89</sup> P. PIAENZA, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato*, cit., 309.

<sup>90</sup> V. sempre, su questo aspetto, la ricostruzione storica di PIAENZA, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato*, cit., 261, che parla al riguardo di una «polemica largamente preventiva». Già nel 1941 una voce autorevole come quella di Petrocelli si era levata in difesa dell'indirizzo italiano nello studio del diritto penale, difendendo vigorosamente l'approccio del tecnicismo giuridico; posizione peraltro ribadita anche dopo la caduta del regime, dichiarando la sua fedeltà ad un approccio di tipo positivo, basato sulla rigorosa interpretazione della norma e nel rifiuto di un orientamento ermeneutico basato su criteri di giustizia, ritenuti invece labili e indefiniti: B. PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano nella scienza di diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, 3 ss.

dei giuristi e dei penalisti in particolare durante il Ventennio<sup>91</sup>. È così che Giovanni Leone ebbe a scrivere in un suo articolo sullo stato della scienza giuridica penale durante gli anni della dittatura che: «[I] penalisti italiani, nel ventennio fascista, hanno resistito, con lo spirito della più coraggiosa indipendenza, a qualsiasi tentativo di infiltrazione del dato politico nel tradizionale sistema penale, il quale per effetto di questo atteggiamento, è rimasto per lo meno nelle grandi linee, salvo da ogni contaminazione politica»<sup>92</sup>. In realtà, le cose non erano andate esattamente in questo modo e buona parte dei penalisti, salvo ovviamente alcune isolate eccezioni, era piuttosto compromessa con il regime fascista<sup>93</sup>.

Nella stessa Commissione ministeriale del 1945 istituita da Tupini con il compito di riformare il sistema penale, vi erano penalisti come Remo Pannain, Biagio Petrocelli e Tullio Delogu, rappresentanti di un'area "conservatrice", che sostanzialmente, ancor prima di iniziare i lavori di riforma, ne avevano già affossato ogni possibilità concreta di riuscita, schierandosi a favore del mantenimento del codice vigente. Si trattava di un gruppo di giuristi che si erano formati ed erano scientificamente cresciuti proprio con i fondatori dell'indirizzo tecnico-giuridico che poi furono anche gli estensori del codice del '30<sup>94</sup>. La loro posizione muoveva dall'assunto che nel codice Rocco non erano entrati elementi di chiara connotazione politica o che comunque aspetti di natura ideologica non erano riusciti ad avere la meglio e perciò nel complesso, dal punto di vista tecnico, il giudizio non poteva che essere positivo; era il risultato di una buona opera di legislazione, che non si era fatta sopraffare da faziosità politiche ma si

---

<sup>91</sup> Sui diversi volti assunti dal tecnicismo giuridico nell'arco della sua parabola v. M. DONINI, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europeismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2010, 127 ss.; poi in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 59 ss., che esprime sostanzialmente in giudizio di tipo "intermedio"; nello stesso senso anche S. SEMINARA, *Sul metodo tecnico-giuridico e sull'evoluzione della penalistica*, cit., 575 ss., che sottolinea i due momenti o fasi del tecnicismo giuridico e che quello seguito nel Secondo dopoguerra aveva assunto caratteristiche ormai molte diverse rispetto a quello "originario" degli anni '30 e '40; per un giudizio critico, invece G. NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in *Democrazia e diritto*, 1977, 662 ss.; M. SBRICCOLI, *Il diritto penale sociale 1883-1912*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1974-75, 3-4, 557 ss.

<sup>92</sup> G. LEONE, *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio*, in *Arch. pen.*, 1945, I, 28.

<sup>93</sup> Su questi aspetti, cfr. G. BETTIOL, *Aspetti politici del diritto penale contemporaneo*, Palermo, 1953, 57 ss.; A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, 1966, 61 ss.; anche F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 32 e nt. 11, nel quale l'Autore pone in evidenza la diversa strada seguita in Italia e in Germania per giungere ad un diritto penale autoritario. Certo, nell'Italia fascista, a differenza di quello che era accaduto della Germania nazista, non si era verificata un'adesione decisa e massiccia della dottrina e dei giuristi in generale all'ideologia totalitaria, ma non si verificò nemmeno quella strenua resistenza vantata da qualcuno e in molti casi, dietro ad un atteggiamento di passività di fronte agli accadimenti, si nascondeva quantomeno una non avversione, se non addirittura una adesione, al regime. Va poi ricordato che il codice del '30 non si era fatto da sé: oltre ad Arturo Rocco e Ferri, per la componente accademica avevano partecipato ai lavori della Commissione il Manzini, vero e proprio "giurista di regime", ed Eduardo Massari. Non erano poi mancati penalisti che anche nei loro scritti avevano preso una chiara posizione a favore di un diritto penale che rispondesse alle esigenze dello Stato totalitario: ne sono palese dimostrazione le rozze affermazioni di Giuseppe Maggiore o il caso di Alfredo De Marsico, ultimo Ministro di Grazia e Giustizia del governo Mussolini.

<sup>94</sup> Così G. NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, cit., 674-675.

collocava in una ideale linea evolutiva con la precedente legislazione penale e nel sicuro perimetro della tradizionali elaborazioni della scienza penale italiana<sup>95</sup>.

L'assunto che il codice del 1930 non fosse in realtà un codice di assoluta impronta totalitaria e fosse un prodotto giuridico da conservare, semmai con qualche modifica, oltre al motivo legato ad una sorta di "ossequio dei maestri" che quel codice lo avevano scritto, fu anche dovuto al fatto che le critiche al codice si basavano quasi esclusivamente su motivazioni meramente politiche e non anche su aspetti più specifici di natura giuridica e tecnica<sup>96</sup>. Prevalse allora – e data la situazione non poteva andare altrimenti – un orientamento di adeguamento del codice, senza stravolgerne completamente l'impianto e senza sostituirlo, eliminando i contenuti, soprattutto nella parte speciale e in alcune isolate disposizioni di parte generale, di spiccata impronta autoritaria<sup>97</sup>. La strada da compiere era ormai decisa: ed invero, da un Progetto preliminare di riforma del codice penale nel 1945, si passò nel settembre del 1947 ad uno Schema preliminare di riforma parziale, concernente soltanto la revisione di alcuni articoli del dettato codicistico<sup>98</sup>.

Tornando al tentativo, nel Progetto preliminare del 1947 e già prima nella Relazione del 1945 si palesa la volontà di abbandonare i criteri dell'idoneità e dell'univocità degli atti per ritornare così all'adozione di un criterio formale-obiettivo, in totale rottura rispetto alla disposizione contenuta nel codice del '30, come quello dell'inizio d'esecuzione, ritornando in questo alla disposizione contenuta nel codice Zanardelli. Proprio sul tema del delitto tentato, la decisione di cambiare radicalmente la disposizione si fa sentire con forza, anche per fornire maggiori garanzie e una maggiore precisione nella definizione della condotta punibile. L'articolo sul tentativo non cambia di molto neanche quando viene nel 1949 istituito il Comitato ristretto per riprendere i lavori di riforma e portarli, dopo diversi anni, finalmente a conclusione; il Progetto del 1949, all'art. 31 disciplina il tentativo in questi termini: «Chi, al fine di commettere un delitto, compie atti idonei di esecuzione del medesimo, risponde di delitto

---

<sup>95</sup> Era la posizione espressa prevalentemente da R. PANNAIN, *La riforma della legislazione*, in *Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Camerino*, 1942-1944, 16-18, 28 ss.; ID., *Notizie e spunti sulla riforma dei codici penali*, in *Arch. pen.*, 1945, 56 ss.; poi anche, con altre argomentazioni, ripresa sempre da B. PETROCELLI, *Tecnicismo e antitecnicismo nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, 317.

<sup>96</sup> Lo segnala sempre G. NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, cit., 676, con un inciso anche sulle disposizioni in materia penale contenute nella Carta costituzionale circoscritte a minime e indispensabili enunciazioni di matrice liberal-garantista.

<sup>97</sup> G. NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, cit., 678.

<sup>98</sup> G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Democrazia e dir.*, 1975, 61, dove l'Autore, tuttavia, addebitava la mancata riforma della legislazione penale non tanto ad una scelta conservatrice, quanto piuttosto all'assenza di alternative e alla mancanza di nuovi indirizzi politico-criminali, ad un momento quindi di sostanziale "stagnazione"; diffusamente poi G. INSOLERA, *Progetti di riforma del codice Rocco: il volto attuale del sistema penale*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. Insolera - N. Mazzacuva - M. Pavarini - M. Zanotti, Torino, 2006, 32.

tentato, se l'azione non si completa o l'evento non si verifica»<sup>99</sup>. Il criterio principale di riferimento, adottato anche in questo caso, è quello già sancito nella formulazione zanardelliana, mescolato questa volta con quello dell'idoneità riferita non ai mezzi bensì agli atti come nell'art. 56 del codice Rocco. E da quello che si può desumere dalla Relazione, in questo secondo progetto, si sovrappone, a bene vedere, alla teoria formale quella esecutivo-materiale, poiché con questo lieve mutamento del tenore letterale della disposizione l'esecuzione sembra essere intesa in senso sostanziale, cioè è necessario che l'agente inizi la messa in opera dei mezzi per realizzare la fattispecie di reato. Ma, al di là di ciò, l'aspetto che più importa non è tanto il *collage* tra diversi criteri, piuttosto il fatto che, in un contesto di semplici modifiche al codice e non nell'ottica di un suo radicale cambiamento o sostituzione, si sia deciso di abbandonare completamente la formula dell'art. 56 c.p. e soprattutto l'elemento della direzione non equivoca degli atti, per un chiaro ritorno all'art. 61 del codice del 1889. Questi sforzi, come già anticipato, non troveranno alcuno sbocco parlamentare e i risultati del lavoro di riforma verranno, per circa due lustri, sostanzialmente accantonati<sup>100</sup>.

Fu così che gli orientamenti sulla riforma dell'istituto del delitto tentato, che fino a questo momento si erano indirizzati verso un radicale superamento della formula dell'art. 56 c.p. e per un ripristino del criterio zanardelliano di derivazione francese-napoleonica, subirono un repentino mutamento con il Progetto Gonella del 1968, nel quale la disciplina del tentativo ritornava ad essere instradata sui criteri dell'idoneità e dell'univocità: il cambiamento dell'articolo subiva soltanto un aggiustamento formale senza però coinvolgerne la sostanza. Il tentativo era disciplinato all'art. 18 del Progetto e riproponeva di nuovo i criteri dell'idoneità (di una concreta idoneità) e dell'univocità degli atti<sup>101</sup>. La scelta di mantenere sostanzialmente immutata la disciplina del delitto tentato, pur modificandone il tenore letterale, peraltro attraverso l'impiego di un linguaggio abbastanza barocco, insolito per le definizioni giuridiche,

---

<sup>99</sup> *Relazione al Guardasigilli sulla riforma della parte generale del Codice penale*, in *Arch. pen.*, 1945, 403.

<sup>100</sup> Nel 1956, il Ministro di Grazia e Giustizia Aldo Moro istituì una Commissione ministeriale per apportare modifiche al codice penale. I lavori della commissione durarono meno di un anno e nel mese di ottobre fu presentato uno schema finale che recava alcune modifiche alla parte generale del codice e, per quanto riguarda la parte speciale, ai reati politici e ai reati commessi con il mezzo della stampa. Per quanto concerne invece l'istituto del tentativo, lo Schema di riforma riprendeva esattamente la definizione già elaborata nel Progetto del 1949 a cui però venne aggiunto – e questo era un aspetto innovativo e allo stesso tempo anche un involutivo – un secondo comma nel quale si stabiliva che qualora l'agente avesse posto in essere atti preparatori caratterizzati di una particolare gravità, il giudice avrebbe potuto applicare una misura di sicurezza.

<sup>101</sup> *Riforma del codice penale*, relazione e testo, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 303 ss., 318-319 e 375-376. Tale progetto di riforma del codice, che riguardava soltanto la parte generale, era contenuto all'interno di un disegno di legge elaborato nel giro di alcuni mesi da una Commissione ministeriale presieduta dallo stesso Ministro Guido Gonella e poi presentato alle Camere per l'approvazione. Fu infatti l'unico progetto ad avere iniziato l'*iter* parlamentare: nel 1971 il d.d.l. venne approvato dal Senato, ma il percorso di approvazione venne interrotto dalla fine anticipata della V Legislatura.

soprattutto codicistiche, generalmente caratterizzate da sinteticità, fu giustificata dall'esigenza di concedere al giudice spazi di valutazione e di manovra più ampi, al fine di valutare con maggiore ponderazione il caso concreto<sup>102</sup>.

Durante l'esame parlamentare avanti la Commissione Giustizia in sede referente, la definizione contenuta nell'art. 18 del Progetto fu sottoposta a dura critica da parte di Giuliano Vassalli: «[Q]ueste modificazioni dell'art. 56, che derivano dal d.d.l. ministeriale e non sono state oggetto di particolare discussione in Senato, non sembrano decisamente utili, perché non modificano la situazione vigente. Inoltre, esse contengono espressioni non usuali nel codice»<sup>103</sup>. Ed ancora un altro insigne studioso come Pietro Nuvolone, riprendendo proprio le critiche di Vassalli, evidenziò come il fatto di rimettere al prudente apprezzamento del giudice la punibilità di determinate condotte avrebbe potuto consentire ampie forme di arbitrio e il richiamo ad una idoneità in concreto, all'interno di una definizione ibrida come quella proposta, avrebbe potuto costituire anche la premessa per una lunga diatriba<sup>104</sup>.

Il Progetto venne ripresentato nella VI Legislatura, attraverso due diversi disegni di legge, uno di iniziativa parlamentare e l'altro da parte del Ministro Gonella poi unificati, e approvato dal Senato nel 1973 con delle modifiche che riguardavano anche l'istituto del tentativo (art. 29 del Progetto)<sup>105</sup>. Accantonata la precedente definizione che riproponeva i criteri dell'idoneità e dell'univocità, la condotta punibile venne tipizzata, su iniziativa e proposta di Giuseppe Bettiol, attraverso il ricorso al classico criterio dell'inizio dell'esecuzione. Il ritorno alla formula del vecchio codice del 1889 venne motivata principalmente, pur nella consapevolezza della difficoltà di distinguere tra atti esecutivi ed atti privi di penale rilevanza, sulla base di esigenze di garanzia, per impedire la punibilità di atti preparatori e di mere intenzioni e per proteggere il cittadino da eventuali eccessi punitivi e repressivi. Con queste parole il relatore Giovanni Musotto argomentava la scelta di ripristinare il criterio in discorso: «Tutto ciò che è al di fuori dell'attività esecutiva non costituisce tentativo punibile. La fase di semplice preparazione è, dunque, al di fuori dell'*iter criminis* punibile. Esecutivo è l'atto tipico rispetto alla fattispecie

---

<sup>102</sup> *Riforma del codice penale*, Relazione del Ministro di Grazia e Giustizia on. Gonnella, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 375, in cui si legge: «[C]i si è limitati ad una modifica del vigente art. 56 tesa a sottolineare che l'idoneità degli atti di tentativo va considerata *ex ante* ed in concreto, come peraltro dottrina e giurisprudenza hanno spesse volte ribadito [...]. Non va dimenticato che in sì ardua materia si può confidare nella prudente valutazione del giudice; l'immensa varietà di casi che si presenta nella pratica non consiglia infatti l'adozione di un rigido criterio, che potrebbe anche condurre a risultati contrastanti con le superiori esigenze del magistero punitivo».

<sup>103</sup> G. VASSALLI, *Relazione alla Commissione Giustizia della Camera dei deputati (6 ottobre 1971) sul d.d.l. n. 3499, recante "Modifiche al libro primo e agli articoli 576 e 577 del codice penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, 206.

<sup>104</sup> P. NUVOLONE, *Intervento*, in *Indice pen.*, 1972, 98-99.

<sup>105</sup> Testo e relazione furono pubblicate nella *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, spec. 833.

che volevasi realizzare [...]. [A]tti di tentativo possono considerarsi soltanto gli atti che rientrano in una determinata fattispecie, cioè gli atti esecutivi, giacché soltanto gli atti esecutivi possono determinare una situazione di pericolo nei confronti del bene o interesse tutelato»<sup>106</sup>.

Si deve ora compiere un salto di quasi vent'anni per giungere ad una nuova fase, ad una nuova spinta propulsiva per la ripresa dei lavori di riforma del codice penale, periodo contrassegnato da un rinnovato interesse della dottrina e da nuove occasioni di discussione e confronto per un'organica riforma del codice penale<sup>107</sup>. Con la nomina nel 1987 al dicastero di Grazia e Giustizia nel governo guidato da Giovanni Goria di Giuliano Vassalli le istanze di riforma del codice assunsero concretezza: venne istituito infatti presso l'Ufficio legislativo del Ministero una Commissione presieduta da Antonio Pagliaro, la quale nel 1991 concluse i lavori, presentando un Progetto, nella forma di una bozza di legge delega, con annessa relazione, per la riforma del codice penale. Il Progetto Pagliaro recepì i progressi e i più recenti sviluppi della migliore dottrina e i nuovi orientamenti di politica criminale, inserendosi in un più ampio contesto internazionale di riforma del diritto penale. Importanti innovazioni coinvolsero sia la parte generale che quella speciale, orientate ai principi e ai valori espressi dalla Carta costituzionale, con una maggiore attenzione alle istanze sociali, rimettendo al centro del sistema penale la persona umana e con una complessiva riduzione del numero delle incriminazioni<sup>108</sup>. In un quadro più che positivo, appare invece piuttosto deludente (e anche piuttosto minimale) l'attenzione rivolta all'istituto del tentativo e alla sua disciplina: i criteri dell'idoneità e dell'univocità degli atti rimangono immutati rispetto alla disciplina (allora e ancora) vigente, con l'unica aggiunta dell'avverbio «oggettivamente» riferito all'elemento della direzione univoca degli atti. L'art. 19 dell'Proposta di articolato così disponeva: «Prevedere una pena congruamente ridotta nell'ipotesi di chi, con l'intenzione e la certezza di cagionare l'evento,

---

<sup>106</sup> G. MUSOTTO, *Relazione*, in *Indice pen.*, 1973, 558-559. La formula del *commencement d'exécution* garantiva così una maggiore certezza nel circoscrivere il perimetro della punibilità, anche se andava comunque incontro a difficoltà nello spiegare compiutamente la punibilità dell'atto in particolare nei reati a forma libera. Anche questo tentativo di riformare il codice o almeno la sua Parte generale subì la stessa sorte degli altri progetti e come il primo Progetto Gonella non giunse all'approvazione finale del Parlamento sia per il succedersi di diversi governi sia per la fine anticipata anche della VI Legislatura. La necessità di tornare al criterio dell'inizio dell'attività esecutiva era già stato sottolineato in occasione del Convegno di Bellagio nell'aprile del 1959: G. VASSALLI, *Relazione, Resoconto del Convegno nazionale di studio su alcune fra le più urgenti riforme del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 515.

<sup>107</sup> Il rinnovato interesse per la riforma del codice penale è da ascrivere anche ad un mutato scenario politico e culturale: cfr. F. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1985, 16; sull'influenza avuta, anche nel contesto italiano, dal c.d. Movimento internazionale di riforma, cfr. H.H. JESCHECK, *Linee direttive del movimento internazionale di riforma*, in *Indice pen.*, 1979, 181 ss. Sui lavori e le proposte di riforma del codice penale tedesco C. ROXIN, *Strafzweck und Strafrechtsreform*, in AA.VV., *Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer*, a cura di J. Baumann, Frankfurt a.M., 1968, 75 ss.; e il saggio di S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale. L'Alternativ-Entwurf e l'esempio della repubblica federale tedesca*, Napoli, 1984, 1 ss. e 71 ss.

<sup>108</sup> G. INSOLERA, *Progetti di riforma del codice Rocco*, cit., 41 ss.

compie atti idonei oggettivamente diretti in modo non equivoco a realizzare un delitto»<sup>109</sup>. La scelta operata dalla Commissione Pagliaro non stravolge, dunque, l'impianto originario dell'art. 56 c.p. apportandogli soltanto alcune modifiche, nel senso di un preciso e chiaro ancoramento ad una concezione oggettiva del criterio dell'univocità, orientamento prevalente nella dottrina del tempo e in linea con una più marcata affermazione della materialità del fatto di tentativo, e nella precisazione che l'agente debba agire con l'intenzione o la certezza di cagionare l'evento, escludendo in questo modo la possibilità di configurare un tentativo con dolo eventuale<sup>110</sup>. La scelta del Progetto, in tema di delitto tentato, è tendenzialmente conservatrice, non prende in considerazione la possibilità emersa chiaramente nei Progetti degli anni Cinquanta e Sessanta dell'inizio dell'attività esecutiva, preoccupandosi soltanto di definire con maggiore chiarezza l'ambito applicativo dell'istituto, sulla base dei contrasti emersi nel corso degli anni nella dottrina e nella giurisprudenza<sup>111</sup>. Ma la sola precisazione della direzione oggettivamente non equivoca degli atti non dice molto sul limite inferiore (o negativo) del tentativo; anche nell'ambito di una visione oggettiva, di essenza (quindi non probatoria, desumibile anche *aliunde*) dell'univocità, rimane aperto l'interrogativo di quando un atto possa dirsi (oggettivamente) non equivoco, considerato che sussistono comunque diverse teorie al riguardo, tutte dotate di un certo seguito e di una certa autorevolezza, che potrebbe spostare in ogni caso, senza cedere a valutazioni soggettivistiche, il confine della punibilità: si passa infatti dalla teoria dell'azione tipica a quella della prossimità spazio-temporale, anche con una certa confusione o sovrapposizione concettuale e con alcuni inconvenienti pratici<sup>112</sup>.

In seguito alla caduta del primo governo di centro-destra, dopo le elezioni politiche del 1994, e la formazione del governo di Lamberto Dini, venne presentato al Senato nel 1995, su iniziativa di Roland Riz, un disegno di legge per la riforma del Libro I del codice penale, redatto a partire dall'anno precedente da un Comitato istituito presso la Commissione Giustizia. Il d.d.l. di iniziativa parlamentare riprese a grandi linee il Progetto Pagliaro e ne costituì in sostanza, come autorevolmente è stato affermato, una sua evoluzione, ma a differenza del Progetto precedente, questo non riscosse particolare apprezzamento e venne per lo più additato come

---

<sup>109</sup> Ministero della Giustizia, *Commissione Pagliaro per l'elaborazione di uno schema di delega per un nuovo codice penale (8 febbraio 1988) - Relazione (25 ottobre 1991)*, in *Pubblicazioni, studi, ricerche, web, giustizia.it*.

<sup>110</sup> S. SEMINARA, *Spunti per una riforma in tema di tentativo*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*, a cura di CSCT Centro studi giuridici e sociali Cesare Terranova, Milano, 1993, 441 ss. e 449; G.A. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sulla riforma del tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 716.

<sup>111</sup> D. GUIDI, *Contributo alla riforma del delitto tentato*, Milano, 2013, 227 ss.

<sup>112</sup> F. ANGIONI, *Le norme definitorie e il Progetto di legge delega per un nuovo codice penale*, in AA.VV., *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, a cura di S. Canestrari, Atti del convegno in ricordo di Franco Bricola (1995), Torino, 1998, 196; E. LO MONTE, *Il delitto tentato*, cit., 102.

una mescolanza non ben riuscita tra residui del codice Rocco e le ultime proposte di riforma<sup>113</sup>. In tema di tentativo, l'articolato del Progetto Riz riprese quasi letteralmente la definizione del delitto tentato già contenuta nell'art. 19 del Progetto Pagliaro con una sola differenza sostanziale concernente l'elemento soggettivo: se nel Progetto del 1991 veniva ammessa la realizzazione di un tentativo di delitto sia con dolo intenzionale che con dolo diretto, ora l'art. 54 richiedeva la (sola) intenzione di cagionare l'evento, lasciando intendere di ammettere così soltanto un dolo di primo grado<sup>114</sup>.

Un ruolo molto importante, se non addirittura centrale, tra i diversi progetti di riforma del codice succedutesi negli anni, ebbe il Progetto Grosso, il quale rappresentò con molta probabilità la migliore espressione, come lavoro di sintesi, delle più moderne ed aggiornate acquisizioni sui fronti dommatico e politico-criminale, presentando nel complesso un risultato di eccellente fattura tecnica e ridando così slancio ai lavori riformatori a partire dall'inizio degli anni Duemila<sup>115</sup>. I lavori per la riforma del codice penale, culminati nel Progetto, vennero avviati con l'emanazione del decreto del Ministro della Giustizia del 1° ottobre 1998, con il quale venne istituita presso il Ministero la Commissione per la riforma del codice penale, la cui presidenza fu affidata a Carlo Federico Grosso. Si avviò quindi un ampio dibattito sulle proposte elaborate dalla Commissione, che portarono ad una proroga fino al settembre del 2001, in modo da recepire tutti i rilievi e le osservazioni avanzati in particolar modo dalla dottrina, rivedendo tutto l'articolato presentato nel settembre del 2000 e nel maggio dell'anno successivo si giunse all'approvazione del Progetto finale<sup>116</sup>. Anche in tema di tentativo, l'articolato del Progetto Grosso compì un deciso passo in avanti, costituendo una passaggio fondamentale per

---

<sup>113</sup> G. INSOLERA, *Progetti di riforma del codice Rocco*, cit., 42 ss.

<sup>114</sup> Sulla disciplina del tentativo contenuta nell'articolato del Progetto Riz, v. *Disegno di legge n. 2038 - Articolato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 983.

<sup>115</sup> Per una raccolta delle posizioni espresse dalla dottrina sulla parte generale del Progetto di riforma elaborato dalla Commissione Grosso, si rinvia a AA.VV., *La riforma del codice penale. La Parte generale*, a cura di C. De Maglie - S. Seminara, *Quaderni di Cassazione penale*, Milano, 2022, *passim*; AA.VV., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, a cura di A.M. Stile, Istituto superiore internazionale di Scienze criminali di Siracusa, Napoli, 2003, 3 ss. e 381 ss. con particolare riferimento alla proposta sulla disciplina del tentativo. Sempre in tema di tentativo e principio di offensività, v. A. CAVALIERE, *L'offensività nella Relazione e nel Progetto preliminare della Commissione Grosso per la riforma del codice penale*, in AA.VV., *La riforma continua. Il riformismo giuridico nell'era progressista. Tentativo di bilancio*, a cura di S. Moccia, Napoli, 2002, 266, anche per alcune annotazioni critiche.

<sup>116</sup> I lavori della Commissione Grosso (relazione e articolato) sono raccolti in *Quaderni de L'Indice penale*, Padova, 2000: *Per un nuovo codice penale*, II. Relazione della Commissione Grosso (1999). In argomento, cfr. G. INSOLERA, *La riforma del codice penale. Qualche riflessione in margine al progetto Grosso*, in *Quest. giust.*, 2001, 1068 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Quali alternative al codice penale? Un'introduzione al "Progetto Grosso"*, in AA.VV., *Un nuovo progetto di codice penale: dagli auspici alla realizzazione?*, a cura di G.A. De Francesco, Torino, 2001, 9 ss.; T. PADOVANI, *Il Progetto Grosso lungo il cammino della riforma del codice penale*, in AA.VV., *Un nuovo progetto di codice penale*, cit., 45 ss.; A. PAGLIARO, *Il Documento della Commissione Grosso sulla riforma del diritto penale: metodi di lavoro e impostazione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1184 ss.

i lavori di riforma<sup>117</sup>. La disciplina del tentativo è contenuta nell'art. 41 e si presenta particolarmente innovativa, frutto anche di un approccio comparato all'istituto, combinando il tradizionale approccio della dottrina italiana con una parte della disciplina di derivazione tedesca. L'articolo recita: «1. Chi intraprende l'esecuzione di un fatto previsto dalla legge come delitto, o si accinge ad intraprenderla con atti immediatamente antecedenti, risponde di delitto tentato se l'azione non si compie o l'evento non si verifica [...]. 3. La punibilità per delitto tentato è esclusa quando, per l'inidoneità della condotta o per l'inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile la consumazione del delitto»<sup>118</sup>. Il principale aspetto innovativo risiede nel ritorno alla formula del “cominciamento” d'esecuzione, senza però riprendere esattamente la formula adottata dal codice del 1889, come era accaduto nei primi progetti di riforma, bensì attraverso una parziale ridefinizione ispirata e in un qualche modo riecheggiante il § 22 del codice penale tedesco, senza però, in linea con un consolidato orientamento oggettivistico (ed assolutamente insensibile ad istanze di segno contrario), riprendere la valutazione sulla base della rappresentazione del fatto da parte del soggetto agente<sup>119</sup>. La linea della punibilità venne così tratteggiata non attraverso un approccio formale-obiettivo quanto piuttosto tramite una teoria materiale-oggettiva, ricomprendendo tra gli atti punibili anche quelli immediatamente antecedenti l'inizio della condotta tipica, i c.d. atti pre-tipici; il correttivo fu espressamente impiegato proprio con lo scopo di non restringere eccessivamente l'area della punibilità nei reati causalmente orientati<sup>120</sup>. Nell'art. 41 del Progetto non compariva alcun richiamo all'idoneità né dei mezzi né con riferimento al loro impiego, ma il riferimento all'idoneità era contenuto nel 3° comma in versione “negativa” con riguardo all'inidoneità dell'azione: la disciplina del reato impossibile emigrava così dall'identità e dalle caratteristiche che avrebbe dovuto possedere essenzialmente l'offesa al corrispondente negativo del delitto tentato, senza

---

<sup>117</sup> Giudizi lusinghieri furono espressi da buona parte della dottrina, nonostante alcuni dissensi sulla struttura di alcuni singoli istituti: A.M. STILE, *Introduzione*, in AA.VV., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, cit., XXV; M. DONINI, *La sintassi del rapporto fatto/autore nel Progetto Grosso*, in AA.VV., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, cit., 53; G. INSOLERA, *Progetti di riforma del codice Rocco*, cit., 44.

<sup>118</sup> Ministero della Giustizia, *Commissione Grosso per la riforma del codice penale (1° ottobre 1998) - Articolato (26 maggio 2001)*, in *Pubblicazioni, studi, ricerche, web, giustizia.it*.

<sup>119</sup> F. ANGIONI, *Un modello di tentativo per il codice penale*, in AA.VV., *La riforma del codice penale*, cit., 122, anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1089 ss.

<sup>120</sup> L'adozione del criterio del *commencement d'exécution* lasciava scoperto il fianco anche a quegli atti che, pur non rientrando nella sfera della tipicità, quindi che precedono l'inizio dell'esecuzione ma sono ad essa immediatamente antecedenti, rivelano ormai una progressione criminosa, un avanzamento della condotta delittuosa evidente e meritevole di essere sanzionata: S. SEMINARA, *Contro una configurabilità “causale” del tentativo*, in *Leg. pen.*, 2002, 218; I. GIACONA, *Il tentativo tra passato e futuro*, in *Leg. pen.*, 2002, 922 ss. V., su questo aspetto del Progetto, le annotazioni critiche avanzate da U. GIULIANI BALESTRINO, *Sull'inizio della punibilità a titolo di delitto tentato*, in AA.VV., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, cit., 381 ss. e 389 ss., con riguardo ai problemi di individuazione dell'inizio della condotta tipica nei reati a forma libera.

comunque prevedere l'applicazione di una misura di sicurezza per il comportamento (e il soggetto) socialmente pericoloso<sup>121</sup>. La scelta di contrassegnare l'inizio del tentativo punibile attraverso la formula dell'inizio dell'azione tipica viene spiegato nella Relazione al Progetto preliminare in questi termini: «[L]a Commissione, convinta che i requisiti della idoneità e della univocità non siano in grado di fornire un criterio sufficientemente definito, e soprattutto oggettivo, di delimitazione dell'area dell'attività punibile, e consentono di fatto al giudice eccessiva libertà nella determinazione di contenuto e limiti dell'istituto e nella anticipazione dell'inizio dell'attività punibile, ritiene opportuno ritornare, in sostanza, alla formula dell'inizio d'esecuzione prevista dai codici penali liberali»<sup>122</sup>.

Un sostanziale passo indietro rappresenta invece il Progetto Nordio del 2004 – verso il quale è stato espresso un giudizio piuttosto negativo –, risultato immediato dei lavori condotti dalla Commissione per la riforma del codice penale, istituita con decreto ministeriale del 23 novembre 2001 e presieduta dal magistrato Carlo Nordio, visto che si decise subito di redigere un articolato da far convogliare poi in una bozza di disegno di legge. Anche questo tentativo di riforma non giunse a compimento, nonostante il lungo periodo di permanenza in carica del governo. Sul delitto tentato, la posizione assunta dalla Commissione fu piuttosto conservatrice ed incline al mantenimento dello *status quo*, riproponendo di fatto il testo dell'art. 56 c.p. e quindi i criteri dell'idoneità e dell'univocità, apportando al testo il semplice – e forse non molto decisivo – correttivo dell'indirizzo oggettivo che l'atto deve possedere verso la commissione del delitto per poter esser ritenuto non equivoco, abbandonando in tal modo una ripresa della distinzione tra atti esecutivi e preparatori<sup>123</sup>.

Dopo le elezioni politiche del 2006, la formazione di un governo di diverso colore politico diede nuovamente impulso ai lavori di riforma del codice penale, istituendo una nuova Commissione di studio per la riforma del codice penale, composta da accademici, magistrati e avvocati e presieduta da Giuliano Pisapia, con il compito di redigere una proposta di riforma contenuta in

---

<sup>121</sup> I. GIACONA, *Considerazioni sulla disciplina dell'inizio della punibilità del tentativo nel progetto Grosso*, in *Indice pen.*, 2002, 1005; anche D. GUIDI, *Contributo alla riforma del delitto tentato*, cit., 233 ss.

<sup>122</sup> Ministero della Giustizia, *Relazione preliminare* (12 settembre 2000), *Commissione Grosso per la riforma del codice penale* (1° ottobre 1998), *Parte generale*, in *Pubblicazioni, studi, ricerche, web, giustizia.it*. Considerazioni di carattere critico sull'espunzione del criterio dell'idoneità dalla formulazione della nuova disciplina del tentativo furono avanzate da F. ANGIONI, *Un modello di tentativo per il codice penale*, in AA.VV., *La riforma del codice penale*, cit., 128-129; I. GIACONA, *Considerazioni sulla disciplina dell'inizio della punibilità del tentativo nel progetto Grosso*, in *Indice pen.*, 2002, 1005.

<sup>123</sup> Per la relazione e il progetto di articolato, v. *Commissione Nordio per la riforma del codice penale*, in *Cass. pen.*, 2005, 244 ss. Per un bilancio sui lavori della Commissione Nordio, v. F. RAMACCI, *La riforma del codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 665 ss. Per annotazioni piuttosto critiche sull'elaborato della Commissione Nordio, v. A. PAGLIARO, *Il reato nel progetto della commissione Nordio*, in *Cass. pen.*, 2005, 4 ss.

una bozza di legge delega<sup>124</sup>. I lavori della Commissione Pisapia furono compresi in un arco temporale piuttosto ristretto, data la durata molto breve della XV Legislatura, e con una cadenza e ritmi piuttosto intensi. Aspetto di particolare innovazione, di rilievo anche per la disciplina del tentativo, fu quella di eliminare la distinzione tra delitti e contravvenzioni: «Dopo ampia discussione, e un doveroso approfondimento di diritto comparato, la Commissione, a stretta maggioranza, ha ritenuto di superare la distinzione tra delitti e contravvenzioni. La decisione su tale tema, di cui si è iniziato a discutere fin dalle prime riunioni, è stata rinviata, data la delicatezza della problematica e la diversità di opinioni, alla fase finale dei lavori di parte generale, dopo la discussione e l'approvazione delle norme relative all'elemento psicologico del reato, al tentativo, al sistema sanzionatorio»<sup>125</sup>. Per quanto concerne, nello specifico, la disciplina inerente al tentativo, il principale problema che si era posto nel corso delle sedute della Commissione era sempre quello: «[D]ella definizione del tentativo, del suo ambito di applicazione, della compatibilità tra dolo eventuale e tentativo e del trattamento sanzionatorio. Così come era avvenuto nell'ambito delle precedenti Commissioni, e nel dibattito successivo alla presentazione dei relativi progetti, sono emersi due orientamenti: uno teso a mantenere la vigente formulazione, ancorando quindi il tentativo alla idoneità e alla non equivocità degli atti, seppur accentuandone i profili di materialità; l'altro fondato sul momento dell'esecuzione»<sup>126</sup>. L'art. 17 dello schema di legge delega del Progetto Pisapia giunse a disciplinare quindi il reato (delitto) tentato con una definizione di questo tenore: «[C]hi, intenzionalmente e mediante atti idonei, intraprenda l'esecuzione di un reato, o si accinga a intraprenderla con atti che immediatamente la precedano, sia punito per reato tentato, se l'azione non si compia o l'evento non si verifichi, con una pena ridotta da un terzo a due terzi rispetto a quella prevista per il reato consumato [...] [L]a punibilità per il tentativo [può] essere esclusa per singoli reati o categorie di reati»<sup>127</sup>. Gli aspetti principali che coinvolgono l'istituto del tentativo sono: da un lato, il mantenimento di una formula normativa di tipo formale-oggettivo, incentrata sull'inizio d'esecuzione, con la previsione però, per mitigare la rigidità del criterio, della punibilità dei c.d. atti pre-tipici e il ripristino, rispetto al Progetto Grosso, dell'elemento dell'idoneità come requisiti in termini "positivi" del tentativo; dall'altro, la possibilità di limitare la punibilità a

---

<sup>124</sup> Per un'ampia analisi dei progetti redatti dalle Commissioni Nordio e Pisapia, cfr. AA.VV., *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, a cura di C. Fiore - S. Moccia - A. Cavaliere, Napoli, 2009, 13 ss. e 221 ss. per la proposta di riforma della norma sul delitto tentato.

<sup>125</sup> Ministero della Giustizia, *Commissione Pisapia per la riforma del codice penale (27 luglio 2006) - Relazione, XV. Reato tentato*, in *Pubblicazioni, studi, ricerche, web, giustizia.it*.

<sup>126</sup> Ministero della Giustizia, *Commissione Pisapia per la riforma del codice penale*, cit.

<sup>127</sup> *Schema di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale (c.d. Progetto Pisapia)*, in AA.VV., *Quale riforma del codice penale?*, cit., 655.

titolo di tentativo soltanto ad una cerchia di reati, escludendone altri, in base anche a considerazioni di natura politico-criminale.

4. Le proposte riguardanti la disciplina del delitto tentato nei molteplici progetti di riforma del codice che si sono susseguiti nel tempo forniscono indirettamente un quadro complessivo sull'attuale dibattito dottrinale e sugli orientamenti della giurisprudenza, oltre a uno spaccato sui problemi ancora irrisolti che coinvolgono questa forma di manifestazione del reato. Sono davvero poche le chiare e condivise coordinate interpretative sul criterio dell'idoneità degli atti nel tentativo. Il dibattito, a partire dagli anni '50 e '60, è stato prevalentemente caratterizzato da un continuo consolidamento di una impostazione marcatamente oggettiva del delitto tentato – anche per lo sviluppo particolare che il principio di offensività prima (come prima enunciazione) e quello (successivo ed evolutivo) di necessaria lesività-materialità del reato hanno avuto nella elaborazione dottrinale italiana e per il lignaggio della sua genesi<sup>128</sup> –, nondimeno sono da menzionare alcuni importanti ed autorevoli interventi che si sono focalizzati su alcuni aspetti dell'idoneità: il primo, è lo studio di Francesco Angioni *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale* pubblicato nei primi anni Novanta; il secondo, è la monografia di Ignazio Giacona *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato* del 2000. A questi si deve aggiungere da ultimo il già citato lavoro di Sergio Seminara che affronta nella parte finale dell'imponente studio il tema dell'idoneità e quindi del tentativo inidoneo in chiave comparata, e ancora prima il contributo *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale* del 1990 di Manfredi Parodi Giusino.

Il problema che coinvolge il criterio dell'idoneità sarà presto spiegato, ma fin d'ora si può affermare, con parole semplici e di sintesi, che l'idoneità o dice troppo o dice troppo poco. Prima, però, si rende necessaria una premessa sull'orientamento prevalente riguardo il fondamento della punibilità del tentativo che, recependo le elaborazioni del Vannini e del Petrocelli, tenta di concretizzare in modo definitivo e risolutivo la palingenesi dell'art. 56 c.p., offrendo al riguardo una versione temperata dell'impianto strutturale del delitto tentato rispetto alle idee originarie dei compilatori del '30, chiamando in soccorso principalmente l'art. 115 c.p.<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> Cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 1 ss., 129 ss. e 245 ss.; F. PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, in AA.VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, a cura del CNPDS Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano, 1996, 74 ss. Per un quadro storico v. J. TORRISI, *Offensività. Itinerari dottrinari e giurisprudenziali otto-novecenteschi*, Roma, 2020, 52 ss. e *passim*.

<sup>129</sup> Il maggior tentativo di ancorare la disciplina del tentativo ad una teoria oggettiva e di sostenere una perdurante validità della distinzione tra atti esecutivi e atti preparatori non punibili si rinviene appunto in B. PETROCELLI, *Il*

Questa “correzione” di tipo ermeneutico fu seguita dapprima dal Vannini, che nel 1950 pubblicò *Il problema giuridico del tentativo*, sunto di quanto già scritto in diversi scritti “giovanili” pubblicati una trentina di anni prima. In questo lavoro, l’Autore affronta principalmente il tema della distinzione tra atti preparatori ed esecutivi e la questione dell’idoneità degli atti. Netta è la chiusura a qualsiasi rilevanza dell’atto preparatorio: «[P]oiché, come si è detto, non è azione aggressiva del bene protetto, non offende la norma posta a protezione del bene stesso, non costituisce il reato da detta norma previsto»<sup>130</sup>. Le principali argomentazioni allora addotte dal Vannini per sostenere la sua tesi riguardano: la differenza tra la «volizione» a commettere un delitto e quella di preparare la commissione di un delitto, visto che la semplice *cogitatio* non si concretizza ancora nella volizione criminosa, ma in questa fase sussisterebbe soltanto la possibilità di realizzare un delitto; il rapporto con il criterio dell’idoneità degli atti, che deve essere normalmente valutato soltanto nel momento in cui è iniziata l’esecuzione, poiché questo momento reca con sé tutti gli elementi di giudizio necessari; in base al disposto dell’art. 115 c.p., secondo cui non è punibile il semplice accordo a commettere un reato senza che questo venga poi effettivamente compiuto e al disposto dell’art. 87 c.p. sull’*actio libera in causa*, dove la semplice predisposizione dello stato di incapacità psichica non assume rilevanza alcuna<sup>131</sup>.

Partendo dallo studio del tenore letterale della norma sul tentativo, anche in relazione alla precedente disciplina contenuta nel codice Zanardelli e attraverso una lettura sistematica delle norme, è proprio Petrocelli nella sua monografia *Il delitto tentato* del 1955 a ribadire, anche sotto la vigenza del codice Rocco e dunque senza soluzione di continuità con il codice del 1889, l’attualità e l’immutata validità della distinzione tra atti preparatori ed esecutivi. L’illustre Studioso fonda tale distinzione sul disposto dell’art. 115 c.p. sull’irrelevanza del mero accordo e della sola istigazione alla commissione di un reato a cui poi non consegua effettivamente la realizzazione, che costituisce una regola di valenza generale sancita dal codice nel Libro I, a cui vengono dichiaratamente poste delle deroghe nella parte speciale con la previsione di fattispecie delittuose di istigazione, fatti puniti per ciò solo, in particolare contro la personalità

---

*delitto tentato. Studi*, Padova, 1954, 75 ss. e 124 ss., impiegando la disposizione di cui all’art. 115 c.p. a sostegno di questa impostazione. Attualmente richiami in questa direzione, sempre prendendo come riferimento la norma sull’istigazione, sono presenti in C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, 6° ed., Milano, 2020, 529-530; G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., 505-506; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 8° ed., Torino, 2019, 359-360; È da segnalare come il principio di offensività non vada individuato tanto nel concetto ottocentesco di danno elaborato da Carrara, il quale distinguendo tra danno mediato e danno immediato comprendeva anche il pericolo corso dai consociati e l’allarme sociale, quanto piuttosto dalle successive elaborazioni dal Manzini e dal Vannini (O. VANNINI, *Il valore del pericolo nel tentativo*, cit., 174 ss.).

<sup>130</sup> O. VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, cit., 21.

<sup>131</sup> O. VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, cit., 31-32, anche con riferimento al significato del termine «preparazione» nel concorso personale nel reato di cui parla la circostanza attenuata prevista dall’art. 114 c.p.

dello Stato e l'ordine pubblico<sup>132</sup>. «[U]n primo punto fondamentale appare evidente: l'art. 115 pone in modo esplicito nel sistema del diritto penale italiano, fra il mero proposito interno di commettere un delitto e la esecuzione di esso, una categoria di atti i quali, pur essendo manifestazione esterna di quel proposito, pur essendo destinati, predisposti, diretti al fine di commettere un delitto, non sono punibili. Questi atti potranno in via eccezionale, essere punibili per un titolo a sé stante in base alle norme della parte speciale innanzi ricordate, ma non come delitto tentato»<sup>133</sup>.

Questi richiami rappresentano, a ben vedere, una sorta di arma a doppio taglio o comunque molto difficile da maneggiare, poiché tali norme presentano aspetti di ambiguità che, se lette sotto un'altra lente, potrebbero addirittura provare la tesi contraria, quindi una rilevanza anche degli atti (o almeno di alcuni atti) preparatori e di conseguenza un orientamento quantomeno intermedio tra oggettivismo e soggettivismo<sup>134</sup>. La questione comunque sembra non preoccupare eccessivamente la dottrina che si assesta quasi unanimemente su un fondamento oggettivo e ritiene ancora valida la distinzione tra atti preparatori ed esecutivi.

Lo sforzo ermeneutico di palingenesi della disciplina del tentativo per ancorarla ad un fondamento il più possibile oggettivo registrò un unico arresto con il lavoro *Il tentativo* di Luigi Scarano, la cui prima edizione fu edita nel 1952, il quale inizia la sua analisi proprio dalla negazione della distinzione tra atti preparatori e atti esecutivi o meglio ne respinge una sua rilevanza ontologica nella struttura del tentativo, inquadrando questa distinzione invece come la traduzione e il precipitato in termini dogmatici di principi garantistici ereditati dall'Illuminismo e dal periodo liberale, oggi non più acriticamente riproponibile<sup>135</sup>. L'Autore parte, nell'analizzare il delitto tentato, dall'elemento soggettivo, capovolgendo così il percorso tradizionale. Egli sostiene che, una volta accantonata la distinzione tra atti preparatori ed esecutivi, che non rivestirebbe particolare utilità per il giudice, il quale, al di là delle definizioni, avrebbe la sola necessità di ricostruire quegli atti capaci di manifestare l'identità del proposito

---

<sup>132</sup> B. PETROCELLI, *Il delitto tentato*, cit., 75-76.

<sup>133</sup> B. PETROCELLI, *Il delitto tentato*, cit., 77.

<sup>134</sup> La tesi che fa leva sulla disposizione dell'art. 115 c.p. è stata critica da M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. II, 3° ed., Torino, 2020, 70-71, secondo il quale la norma sull'istigazione non ha la capacità di sottrarre degli atti alla punibilità a titolo di tentativo, poiché la disposizione in discorso non si rivolge ad un autore immediato come nel delitto tentato; A.R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964; 20 ss.; E. GALLO, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Milano, 1966, 268-269.

<sup>135</sup> L. SCARANO, *Il tentativo*, cit., IV; anche G. VASSALLI, *La disciplina del tentativo*, in AA.VV., *Convegno nazionale di studi su alcune fra le più urgenti riforme del diritto penale*, CNPDS Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano, 1959, 228, alcuni anni dopo la pubblicazione dell'opera di Scarano, trattando del delitto tentato, non mancherà di sottolineare la natura prettamente politica della distinzione tra atti preparatori ed esecutivi, sostenendo quindi, in ultima analisi, la necessità di costruire una: «[B]arriera contro l'arbitrio del potere politico e contro una eccessiva estensione della repressione penale [...]. [L]a delimitazione del tentativo punibile agli atti di carattere esecutivo ha storicamente le stesse origini dell'affermazione del principio di stretta legalità».

criminoso, sia necessario partire dalla ricerca e dall'individuazione del fine. Chiarissimi sono, al riguardo, gli esempi portati da Scarano: «Una ferita può essere una lesione, ma può essere anche tentato omicidio; un abbraccio può essere tentativo di violenza carnale, ma può anche essere tentata violenza privata. Tutto dipende dal fine dell'agente che colora l'azione»<sup>136</sup>. Bisogna dunque capovolgere il ragionamento e non impiegare il delitto come secondo termine del confronto per stabilire l'effettiva non equivocità degli atti, ma una volta ricostruito il fine delittuoso, verificare se l'impiego dei mezzi possa condurre a quel delitto. Il «delitto», in sostanza, non è uno dei termini del confronto, ma rappresenta il risultato del ragionamento, dopo che si è ricostruita l'intenzione del soggetto, il suo fine.

Tuttavia, attualmente sia in dottrina che nella giurisprudenza, la scansione temporale nell'analisi del tentativo prepone proprio il criterio dell'idoneità a quello della direzione non equivoca degli atti e dell'elemento soggettivo: prima l'idoneità, poi l'univocità e infine il dolo<sup>137</sup>. Questa distinzione si rivela anche decisiva per provare a sciogliere il primo nodo posto dal criterio in parola.

Il punto, allora, è che così strutturando l'analisi del tentativo l'accertamento dell'idoneità non può che avvenire in termini assolutamente astratti, senza prendere in considerazione qual era lo scopo di quegli atti di cui si deve valutare l'idoneità, soprattutto quando gli atti posti in essere dall'agente presentavano un carattere ambiguo e pluridirezionale<sup>138</sup>. L'astrattezza del giudizio di idoneità è resa ancora più evidente dal fatto che si prescinde dalla distinzione tra atti esecutivi e preparatori, onde il giudizio di idoneità tende a scivolare all'indietro, orientandosi allora più verso il mezzo che non verso l'atto, cioè l'impiego del mezzo. Si può dire che la

---

<sup>136</sup> L. SCARANO, *Il tentativo*, cit., VII.

<sup>137</sup> È ancora questa l'impostazione prevalente nella manualistica e nei commentari nell'analisi degli elementi della fattispecie tentata, che risente dell'impostazione "classica" proposta dal Petrocelli (B. PETROCELLI, *Il delitto tentato*, cit., 73 che non attribuiva particolare rilevanza all'elemento dell'univocità degli atti), v. M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. II, cit., 50; T. PADOVANI, *Diritto penale*, 12° ed., Milano, 2019, 327; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 486; A. CADOPPI - P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, 8° ed., Milano, 2021, 466; G. DE VERO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2020, 639; conf., pur anticipando la trattazione dell'elemento soggettivo, del dolo del tentativo, anche F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 11° ed., Milano, 2020, 481 e 483; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 9° ed., riv. e agg. da V. Militello - M. Parodi Giusino - A. Spina, Milano, 2020, 597.

<sup>138</sup> Questo problema è rilevato da una parte della dottrina che antepone alla trattazione del criterio dell'idoneità degli atti quello della loro direzione non equivoca: M. SINISCALCO, voce *Tentativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, XXXV, 3; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 8° ed., Torino, 2021, 453-454; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 362; G.A. DE FRANCESCO, *Sul tentativo punibile*, in *Studium juris*, 1999, 254 ss.; A. GAMBERINI, *Il tentativo*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. Insolera - N. Mazzacuva - M. Pavarini - M. Zanotti, Torino, 2001, vol. II, 311; R. BARTOLI, *Brevi considerazioni sull'elemento soggettivo del delitto tentato in una prospettiva di lege ferenda*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 918 ss.; S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 2° ed., Bologna, 2017, 745 ss.; G. LICCI, *Il tentativo*, in AA.VV., *Commentario sistematico al codice penale*, tomo II, *Cause di esclusione e di estinzione del reato e della pena. Forme di manifestazione e concorso di reati*, diretto da M. Ronco, 2° ed., Bologna, 2011, 90 ss.; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, 7° ed., a cura di R. Guerrini, Torino, 2021, 473.

valutazione sull'idoneità si risolve in un giudizio su quello che sarà l'impiego del mezzo, dunque sull'impiego potenziale del mezzo. Idoneo può essere teoricamente anche il più remoto atto preparatorio: l'acquisto di un'arma giorni prima il compimento di un agguato; il sopralluogo dei (futuri) rapinatori nei pressi della banca, il dare seguito ad una procedura amministrativa dalla quale potrebbe sorgere una situazione di conflitto di interessi, la predisposizione dei macchinari per la stampa di falsi nummari, ecc.

Il problema non è soltanto nominalistico o squisitamente teorico ma ha ricadute piuttosto pratiche. Certo, le ricadute pratiche riguardano i casi difficili non quelli facili e "artificiali", dove realmente esiste un problema concernente l'idoneità dell'atto o degli atti: casi che riguardano, ad esempio, tentativi di omicidio, tentate rapine (improprie), tentativi di delitti di falso, frode in commercio o tutti quei casi in cui vi è un condizionamento causale di tipo psichico; in tutti gli altri casi la valutazione sull'idoneità si risolve in un mero esercizio formale e niente più. Quelli appena citati ed alcuni altri sono i casi che in concreto e con maggiore frequenza coinvolgono la questione dell'effettiva idoneità degli atti e presentano le maggiori difficoltà nel suo accertamento. Ma anche in questi casi, dove l'idoneità degli atti deve essere accertata davvero, deve essere presa sul serio, riemerge nuovamente il problema del momento nel quale accertarla e su quali atti<sup>139</sup>.

Nella giurisprudenza di legittimità, l'orientamento prevalente tende a riconoscere rilevanza anche agli atti preparatori, al fine di soddisfare esigenze repressive e generalpreventive. È questa una prima posizione di dissonanza tra quanto oggi sostenuto quasi unanimemente dalla dottrina, che considera rilevanti solo gli atti esecutivi e la giurisprudenza che si muove su tutt'altro versante<sup>140</sup>. Sempre più di frequente si rinvengono posizioni giurisprudenziali tese al superamento della distinzione tra atti preparatori ed esecutivi, da un lato perché ritenuti ormai superati e dall'altro perché questa posizione sarebbe ossequiosa dell'intento originario del legislatore del '30<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> Per una disamina del criterio dell'idoneità di taglio pratico, su quelli che sono le questioni più rilevanti e più frequenti nella giurisprudenza, v. M. SANTISE - F. ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, 5° ed., Torino, 2021, 423 ss.; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 13° ed., Molfetta, 2021, 1194 ss.

<sup>140</sup> Sono piuttosto rare le pronunce in senso contrario, cioè che ritengono punibili soltanto gli atti esecutivi, richiedendo un inizio di esecuzione pressoché coincidente con gli atti tipici previsti dalla fattispecie Cass. pen., Sez. I, 7 gennaio 2010, in *Cass. pen.*, 2011, 2, 565; anche Cass. pen., Sez. I, 24 settembre 2008, n. 40058, *ivi* 2009, 9, 3355, con nota di GIACONA; con riferimento all'irrelevanza dell'offerta in vendita di semi dai quali possa essere ricavata sostanza stupefacente Cass. pen., Sez. unite, 18 ottobre 2012, n. 47604, Bargelli, in *Dir. pen. cont., web*, 2012, con nota di ROMEO.

<sup>141</sup> Cass. pen., Sez. I, 30 aprile 2019, n. 23506, in *Dir. e giust.* 2019, con nota di DE FRANCESCO; Cass. pen., Sez. V, 20 maggio 2019, n. 33497, *ivi*, 2019, con nota di GALASSO; Cass. pen., Sez. II, 11 gennaio 2018, n. 30346, in *Guida al dir.*, 2018, 37, 76; Cass. pen., Sez. II, 19 ottobre 2017, n. 4376, in *Dir. e giust.*, 2018; Cass. pen., Sez. II, 4 maggio 2017, n. 24302, in *C.E.D. Cass.*, 269963; Cass. pen., Sez. II, 14 settembre 2016, n. 52189, in *Cass. pen.*,

In argomento si pronunciò nel 1980 anche la Corte costituzionale statuendo che: «Se è vero, infatti, che il legislatore del 1930, obbedendo a sollecitazioni politiche dell'epoca, aveva ritenuto di allargare l'area del tentativo punibile redigendo il testo dell'art. 56 del codice penale, non è men vero che gran parte della dottrina e della giurisprudenza hanno dimostrato l'illusorietà del proposito che, con quel mezzo, si intendeva attuare. Ciò perché 'atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere un delitto' possono essere esclusivamente atti esecutivi, in quanto se l'idoneità di un atto può denotare al più la potenzialità dell'atto a conseguire una pluralità di risultati, soltanto dall'inizio di esecuzione di una fattispecie delittuosa può dedursi la direzione univoca dell'atto stesso a provocare proprio il risultato criminoso voluto dall'agente. Dottrina e giurisprudenza indicano nell'art. 115 del codice penale la disposizione che integra, ovvero conferma l'anzidetta interpretazione dell'art. 56 del codice penale, per quanto attiene alle condizioni e ai limiti di rilevanza del tentativo punibile. Dal medesimo art. 115 del codice penale, d'altra parte, si deduce anche la (possibile) rilevanza per l'ordinamento di atti che ancora non sono esecutivi di una fattispecie criminosa, ma che, a partire dalla prima manifestazione esterna del proposito delittuoso, predispongono i mezzi e creano le condizioni per il delitto [...]. Si può dunque dire che la distinzione tra tentativo punibile ed atto preparatorio è certamente percepibile e che l'atto preparatorio consiste in una manifestazione esterna del proposito delittuoso che abbia un carattere strumentale rispetto alla realizzazione, non ancora iniziata, di una figura di reato»<sup>142</sup>.

Il pronunciamento dei giudici delle leggi è rimasto nella prassi sostanzialmente lettera morta e non ha sortito gli effetti desiderati, dal momento che sia la giurisprudenza di merito sia quella di legittimità, sostenendo che con la "nuova" formulazione codicistica si sia superata tale distinzione, sostengono che: «[I]l legislatore del 1930, arretrando la soglia di punibilità del tentativo, ha completamente ribaltato l'impostazione del codice Zanardelli in quanto ora sono punibili non solo gli atti di esecuzione veri e propri ma anche gli atti ad essi antecedenti che, per comodità descrittiva, si possono continuare a chiamare ancora atti preparatori [...]. Si deve, pertanto, affermare il seguente principio di diritto: 'ai fini del tentativo punibile, assumono rilevanza penale non solo gli atti esecutivi veri propri del delitto pianificato, ma anche quegli atti che, pur essendo classificabili come atti preparatori, tuttavia, per le circostanze concrete (di luogo – di tempo – di mezzi ecc.) fanno fondatamente ritenere che l'azione – considerata come l'insieme dei suddetti atti – abbia la rilevante probabilità di conseguire l'obiettivo programmato

---

2017, 9, 3232, con nota di LAGIOIA. V. però, *contra*, da ultimo Cass. pen., Sez. III, 2 febbraio 2022, n. 15656, *ivi*, 2022, 3532, con nota di ROSSI.

<sup>142</sup> Corte cost., 22 dicembre 1980, n. 177, in *Foro it.*, 1981, 1, 330.

e che l'agente si trovi ormai ad un punto di non ritorno dall'imminente progettato delitto e che il medesimo sarà commesso a meno che non risultino percepibili incognite che pongano in dubbio tale eventualità, dovendosi, a tal fine, escludere solo quegli eventi imprevedibili non dipendenti dalla volontà del soggetto agente atteso che costui ha solo un modo per dimostrare di avere receduto dal proposito criminoso: ossia la desistenza volontaria (art. 56 c.p., comma 3) o il recesso attivo (art. 56 c.p., comma 4)'»<sup>143</sup>.

Un evidente caso di arretramento della soglia della punibilità agli atti preparatori lo si può rinvenire nel reato previsto dall'art. 270-*quater* c.p. che punisce l'arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale, per il quale la giurisprudenza di legittimità ha peraltro ritenuto ammissibile il tentativo, cioè praticamente la "preparazione" della preparazione, poiché la natura di reato di pericolo non ne ostacolerebbe la configurabilità nella forma tentata, potendo aversi una diversa progressione e relativa gradazione del pericolo stesso<sup>144</sup>. Con riguardo, poi, al reato di importazione di sostanza stupefacente, la Suprema Corte ha statuito che: «Ai fini della consumazione del delitto di importazione di sostanze stupefacenti è sufficiente la conclusione dell'accordo finalizzato all'importazione dello stupefacente, pertanto nella fase antecedente all'incontro delle volontà può configurarsi il tentativo in ragione delle trattative intercorse, univoche e idonee a conseguire seriamente il reciproco consenso all'effettivo trasferimento dello stupefacente nel territorio nazionale»<sup>145</sup>.

Si può affermare – e questo è il riflesso di uno scarso sviluppo teorico – che l'importanza della relazione tra la distinzione tra atti preparatori ed esecutivi e l'elemento dell'idoneità degli atti è pari al disinteresse che ha avuto la dottrina verso questo problema. La giurisprudenza, invece, dal canto suo, si è ben accorta di questa importante relazione, risolvendola tuttavia in un modo che non può essere accolto, anticipando la punibilità agli atti preparatori per assecondare esigenze di difesa sociale<sup>146</sup>.

Non particolarmente decisivo risulta, inoltre, per individuare con esattezza il momento in cui si dovrebbe effettuare il giudizio di idoneità, una concezione del criterio in termini di probabilità, che pur essendo dotata di una maggiore dinamicità ed elasticità rispetto ad una concezione basata sulla semplice possibilità – che porterebbe ad escludere l'idoneità soltanto in casi di assoluta impossibilità e di palese inoffensività –, giacché residuerebbe allo stesso

---

<sup>143</sup> Così, *ex multis*, Cass. pen., Sez. II, 20 novembre 2012, n. 46776, in *Cass. pen.*, 2013, 10, 3519; in senso contrario, però Cass. pen., Sez. I, 7 gennaio 2010, n. 9411, in *C.E.D. Cass.*, 246620.

<sup>144</sup> Cass. pen., Sez. I, 9 settembre 2015, n. 40699, in *C.E.D. Cass.*, 264720. Sulla distinzione tra delitto tentato e delitto di attentato, v. Cass. pen., Sez. unite, 18 marzo 1970, n. 1, Kofler, in *Foro it.*, 1971, 3, 145.

<sup>145</sup> Cass. pen., Sez. V, 15 febbraio 2016, n. 29665, in *DeJure*.

<sup>146</sup> Sul punto v., anche per un confronto con le posizioni della dottrina, A. MASSARO, *Art. 56. Delitto tentato*, in G. LATTANZI - E. LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, vol. I, Milano, 2021, 738-739.

modo un margine di discrezionalità o di incertezza anche rilevante nell'individuazione del momento in cui valutare l'idoneità e quindi nello stabilire quando gli atti sono diventati oggettivamente pericolosi<sup>147</sup>. Il problema del momento del giudizio rimarrebbe comunque irrisolto. Invero, se si sostiene poi che il momento del giudizio potrebbe riguardare uno qualunque dei momenti della condotta considerata punibile e la valutazione delle probabilità di consumazione del reato avrebbe un carattere soltanto di tipo logico e non anche ulteriormente valutativo (ad esempio, statistico) l'atto potrebbe – fatta eccezione per i casi di tentativo assolutamente inidoneo, cervelotico o assurdo – risultare sempre idoneo. Sarebbe di fatto un giudizio di idoneità declinato alla fine in termini di possibilità e non di probabilità. Non soltanto: così operando, l'idoneità la si potrebbe andare a ricercare anche in atti particolarmente remoti, non soltanto preparatori (o pre-tipici), ma addirittura alla “preparazione della preparazione”, in atti assolutamente leciti. Non si comprende poi perché il giudizio di idoneità vada effettuato nel momento in cui il grado di probabilità risulti più alto: una lunga serie di ragioni dommatiche e politico-criminali, soprattutto di garanzia, dovrebbero far propendere esattamente per il contrario.

Già il Manzini nel suo *Trattato*, all'interno di una concezione del tentativo piuttosto originale rispetto alle direttrici ermeneutiche della prevalente dottrina italiana, aveva cercato di scendere più in profondità e proporre così una divisione tra idoneità iniziale e idoneità successiva, la quale, a differenza della prima, non escluderebbe la punibilità, poiché non avrebbe la capacità di rendere impossibile il verificarsi dell'evento<sup>148</sup>.

La posizione del Manzini, pur non limitandosi a richiedere una semplice valutazione *ex ante* dell'idoneità degli atti, si espone tuttavia ad un inevitabile rilievo critico: ben potrebbe, infatti, un atto inizialmente non idoneo diventarne successivamente nel corso dell'azione (e

---

<sup>147</sup> Per questi rilievi, v. F. PALAZZO, *Se e come riformare il tentativo*, in AA.VV., *La riforma del codice penale. La Parte generale*, a cura di C. De Maglie - S. Seminara, *Quaderni di Cassazione penale*, Milano, 2022, 213 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sulla riforma del tentativo*, cit., 219; in senso contrario I. GIACONA, *Il concetto d'idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., 359, valorizzando proprio una declinazione dell'idoneità in termini di probabilità. Sui complessi intrecci tra atto esecutivo, pericolosità e idoneità, v. quanto osservato dallo stesso Autore in ID., *Il problema dell'accertamento dell'idoneità degli atti ex art. 56 c.p., con particolare riferimento ad un caso di tentativo di congiunzione carnale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 906-907., dove sottolinea che l'adozione di formule oggettivo-formali, di per sé non garantiscono una generale corrispondenza tra l'atto esecutivo e la creazione di una reale situazione di pericolosità.

<sup>148</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale* <sup>5</sup>, cit., 494 ss.: «L'inidoneità iniziale o primordiale dell'atto, la quale renda impossibile la verifica dell'evento delittuoso, manifestamente esclude la punibilità del tentativo [...]. L'inidoneità successiva non rende impossibile il compimento efficace di atti diretti a commettere il delitto, ma elimina la sola possibilità di un ulteriore svolgimento efficace dell'azione, e quindi della consumazione del reato. Si ha perciò una violazione del relativo precetto penale sufficiente a concretare il tentativo punibile, il quale presuppone appunto la non avvenuta consumazione per cause indipendenti dalla volontà dell'agente. La regola, quindi, è che la inidoneità degli atti successivi non esclude la punibilità degli atti idonei di tentativo precedentemente compiuti».

nella progressione) criminosa, così come un atto inizialmente inidoneo potrebbe rivelarsi in ultima analisi idoneo al verificarsi di determinate situazioni, in base alle circostanze del caso concreto o per le caratteristiche del soggetto passivo del reato. Lo stesso impiego, peraltro, dell'espressione «atti idonei» comprova già di per sé una valutazione dell'idoneità in termini concreti e non un giudizio in astratto, tenendo in conto non soltanto la capacità del mezzo, bensì anche il suo impiego e l'insieme delle circostanze nelle quali il mezzo viene impiegato<sup>149</sup>.

Altrettanto interessanti sono le osservazioni di Ferrando Mantovani sul momento del giudizio di idoneità, che nel solco di una di una importante e consolidata posizione ermeneutica, afferma che è necessario: «[U]n giudizio *ex ante*, cioè prognostico-ipotetico (la c.d. prognosi postuma), perché va bloccato al momento in cui il soggetto ha posto in essere l'ultimo atto della sua condotta. Ciò in quanto in base ad un giudizio di idoneità *ex post*, 'a cose fatte', cioè tenendo conto di come il tutto si è svolto e concluso, il tentativo sarebbe, per definizione, sempre inidoneo. Il fatto che non si sia realizzato il delitto voluto sta a significare che non ne esistevano tutte le condizioni e che, quindi, il comportamento era inidoneo a sfociare nella consumazione dello stesso»<sup>150</sup>. Un ulteriore sviluppo di questa prospettiva lo si rinviene, più di recente, in Tullio Padovani, il quale sostiene, sempre in una prospettiva di valutazione dell'idoneità *ex ante*, che il momento in cui debba essere verificata è il tempo: «[I]n cui il soggetto ha compiuto l'ultimo atto della sua condotta»<sup>151</sup>. L'Autore poi soggiunge: «A questo proposito è necessario precisare che la valutazione di idoneità si effettua *ex antea* non soltanto in senso 'cronologico' (riportandosi al momento in cui il soggetto ha agito) ma anche in senso 'logico' (ponendosi nella stessa prospettiva dell'agente: giudizio *a parte subiecti*) [...]. [S]i può senz'altro dire che resta estraneo al giudizio di idoneità non soltanto il 'fattore paralizzante' successivo alla commissione degli atti [...], proprio perché si tratta di una prognosi postuma, ma anche il 'fattore paralizzante' concomitante che non fosse obiettivamente riconoscibile nella posizione dell'agente, in questo caso perché l'emergere del fattore è, rispetto alla posizione dell'agente, logicamente successivo al compimento dell'atto»<sup>152</sup>. Anche alla posizione assunta da Padovani di valutare l'idoneità nel momento in cui viene realizzato l'ultimo atto – o per rimanere più "larghi" – l'ultima parte della condotta delittuosa si espone ad ulteriori critiche, poiché non è detto, non è sicuro che l'ultimo atto del tentativo punibile sia quello più pericoloso, che si verifichi cioè una parabola ascendente; anzi, accade non di rado che il livello di pericolosità

---

<sup>149</sup> I. GIACONA, *Il concetto d'idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., 360.

<sup>150</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale* <sup>11</sup>, cit., 484.

<sup>151</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 327-328.

<sup>152</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 328-329.

degli atti segua un andamento altalenante e proprio nell'ultimo momento, quando intervengono fattori esterni che impediscono la consumazione del reato, l'atto oramai abbia perso tutta la sua pericolosità e l'atto a questo punto potrebbe persino rivelarsi inidoneo. Non ulteriormente spiegato è il motivo per individuare nell'ultimo atto il momento del giudizio di idoneità, dal momento che il tentativo (compiuto o incompiuto) si viene a configurare non al termine dell'*iter criminis*, quando la vittima designata è stata mancata dall'omicida dopo aver sparato, al contrario quando l'agente pone in essere il primo momento della condotta punibile e già in quel momento gli atti devono essere idonei (e inequivoci).

Il dibattito sul momento del giudizio di idoneità genera inevitabilmente un forte eco nel settore dei reati di pericolo, all'interno del quale, pur con tutte le sue peculiarità e anomalie, si dovrebbe inserire anche il delitto tentato<sup>153</sup>.

Secondo la tesi di Parodi Giusino espressa nel lavoro del '90, il concetto di pericolo non avrebbe un valore semantico statico, definito *a priori*, ma piuttosto dinamico, al di là del livello di probabilità, a cui è necessario aggiungere parametri ulteriori di valutazione<sup>154</sup>. È necessario valutare il pericolo e la natura pericolosa anche attraverso una qualificazione di tipo giuridico e sociale: impostato il discorso nei termini della probabilità e prendendo come secondo elemento del rapporto il verificarsi di un evento lesivo, bisogna considerare come l'identificazione del pericolo non corrisponda a quella di un fatto naturale: non è sufficiente dunque una semplice ponderazione sulle probabilità di verifica del danno, ma leggere questa probabilità, questo risultato secondo i criteri della coscienza sociale e giuridica in quel preciso momento storico e in quel contesto<sup>155</sup>.

Scrive, sul punto, l'Autore: «Tale grado di probabilità non assume un valore immutabile, ma è suscettibile di variazioni e di determinazioni in rapporto al mutare delle situazioni culturali e sociali: alla base numerico-statistica si aggiunge una componente valutativa, che indica quale probabilità in rapporto a certi casi accadimenti è ritenuta sopportabile e quale invece no»<sup>156</sup>.

---

<sup>153</sup> Sarebbe proprio la valenza semantica del concetto di idoneità, alla luce di uno studio sistematico, ad includere il delitto tentato tra i reati di pericolo: così G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 689. Oltre lavori di Angioni e Parodi Giusino, più in generale sulla natura del concetto di pericolo e la categoria dei reati di pericolo cfr. M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 1 ss.; E. GALLO, *Riflessioni sui reati di pericolo*, Padova, 1970, *passim*; V. PATALANO, *Significato e limiti della dogmatica dei reati di pericolo*, Napoli, 1975, *passim*; G. FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale*, 1977, 75 ss.; ID., *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 441 (poi in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per una riforma del codice*, a cura di CRS Centro studi e iniziative per la riforma dello Stato, Milano, 1987, 49 ss.); S. CANESTRARI, voce *Reati di pericolo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, 1 ss.

<sup>154</sup> M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, 197-198.

<sup>155</sup> M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., 197 ss.

<sup>156</sup> M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., 198-199.

Una valutazione operata *ex ante* su base ontologica totale non sarebbe in grado, secondo questo Studioso, di comprendere e valorizzare a pieno la funzione esercitata dalle norme penali che non hanno soltanto il compito (di natura oggettiva) di indicare ciò che non è lecito, bensì hanno anche una funzione prescrittiva nell'orientare il comportamento dei consociati. Effettuando allora un bilanciamento tra le esigenze di prevenzione e quelle di retribuzione, la sussistenza di un pericolo e il sua verificaione, da cui ne consegue una ascrizione di penale responsabilità ad un soggetto, non può fondarsi o non può dipendere da fatti e circostanze che non fossero oggettivamente prevedibili da parte di un osservatore (medio) esterno, dotato delle eventuali conoscenze superiori dell'agente e calato nella stesso contesto spazio-temporale; si incorrerebbe altrimenti, basando la responsabilità del soggetto su circostanze non prevedibili e non conoscibili al momento della condotta – e che si sono verificate o conosciute soltanto dopo la realizzazione del fatto tipico – equivarrebbe ad affermare l'illiceità del fatto in modo retroattivo, adottando così un approccio generalpreventivo totalizzante<sup>157</sup>.

Di segno opposto è la tesi sostenuta nel lavoro sul pericolo come elemento della fattispecie di Angioni, nel quale l'Autore, invertendo l'ordine di trattazione e provando ad applicare la tesi da lui patrocinata riguardo i reati di pericolo anche al delitto tentato, parte dal sostenere una identità concettuale tra «pericolo», «attitudine» e «possibilità» come elementi della fattispecie di reato, con l'unica differenza che mentre gli ultimi due richiederebbero una mera non impossibilità, con riferimento al concetto di pericolo sarebbe invece richiesta una possibilità qualificata. Ciononostante, rimarrebbe comunque una identità tra questi concetti anche sulla base del loro giudizio che sarebbe, senza eccezione alcuna, sempre la stessa: giudizio *ex ante* a base totale, poiché non sarebbe permesso alcun contenimento del giudizio dal momento che ci si trova nella dimensione oggettiva del reato<sup>158</sup>. La scelta operata da Angioni di un giudizio sull'idoneità degli atti nel tentativo analogo a quello proposto per il pericolo, quindi di tipo prognostico su una base ontologica totale, si baserebbe anche sul fondamento della punibilità del delitto tentato da rinvenire proprio nella esposizione a pericolo del bene giuridico, da cui ne conseguirebbe la catalogazione del tentativo tra i reati di pericolo<sup>159</sup>.

---

<sup>157</sup> M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., 216 ss. e 368 ss. In una posizione sostanzialmente affine si colloca anche M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 164-165, il quale, sostiene una valutazione dell'idoneità del tentativo attraverso un giudizio prognostico-postumo su base parziale, facendo leva e giustificandola alla luce della teoria delle norme nel diritto penale: la funzione imperativa è esercitata dalle norme precetto (*Bestimmungsnormen*) che indirizzano la condotta, mentre le questioni attinenti all'evento e al nesso eziologico sono regolate da norme di valutazione (*Bewertungsnormen*) per gli accertamenti demandati al giudice.

<sup>158</sup> F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., 299-300.

<sup>159</sup> F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., 303-304.

Altro punto che necessita preliminarmente di essere esaminato concerne la stessa struttura del reato di pericolo e in modo particolare la natura stessa del pericolo. Egli scrive che: «[I]l pericolo a rigore è la sostantivazione di un attributo di qualcosa, dunque non si identifica in una situazione *tout court*, ma è un attributo di questa situazione o, se si vuole, una situazione sì, ma posta in relazione con altro fatto o evento che la legge tende a evitare. Infatti il pericolo che in concreto accede come attributo a una entità è concetto privo di contenuto se non si riferisce anche a qualcos'altro oltre l'entità di cui è attributo»<sup>160</sup>.

Sul momento del giudizio ne consegue, da queste premesse e da una generale impostazione piuttosto rigida, in sostanza tutta funzionale ad una dimostrazione della validità di un giudizio *ex ante* a base totale all'interno di uno strenuo oggettivismo, privilegiando una lettura general-preventiva, che il giudizio di pericolo deve essere prognostico, concreto e retrospettivo, cioè va emesso ritornando idealmente al momento del fatto e guardando al futuro relativo sulla base di tutte le circostanze presenti in quel momento<sup>161</sup>. Sul momento preciso in cui effettuare il giudizio e dunque la collocazione temporale della valutazione retrospettiva, la tesi sostenuta dall'Autore si muove nella direzione di valorizzare la prospettiva teleologica delle fattispecie di pericolo: esse sono introdotte, accanto ai reati di lesione, allo scopo di rafforzare la tutela dei beni giuridici e il loro scopo precipuo è quello di anticipare l'intervento penale, garantendo così una maggiore tutela<sup>162</sup>. Date queste premesse, la conseguenza è che: «[L]'elemento del pericolo tanto più agisce in funzione preventiva quanto più frequentemente esso viene realizzato senza che insieme si realizzi la lesione corrispondente. Ne deriva che in questa prospettiva teleologica la scelta del momento del giudizio di pericolo deve ispirarsi al criterio che renda possibile e più frequente l'eventualità della sussistenza del pericolo senza contemporanea presenza della lesione relativa»<sup>163</sup>. La soluzione quindi proposta è quella di determinare il momento del giudizio in base alle diverse classi di reati di pericolo e in base al fatto in concreto<sup>164</sup>. Con riferimento quindi al delitto tentato, il momento del giudizio di idoneità viene individuato

---

<sup>160</sup> F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., critica, del resto, proprio il dualismo tra reati caratterizzati da una condotta pericolosa e reati con evento di pericolo, quindi tra attributo ed effetto della condotta.

<sup>161</sup> F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., 98 ss., 121 ss., 156 ss. sulle conseguenze processuali riguardo la base e il metro di giudizio adottati, e poi 184.

<sup>162</sup> F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., 186.

<sup>163</sup> F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., 187.

<sup>164</sup> F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., 192-193, in cui l'Autore alla fine afferma: «[L]a scelta del momento valido per il giudizio all'interno di una serie di momenti tutti teoricamente assumibili, verrà a cadere su quello fra essi che consenta la prognosi indicante la maggiore misura di possibilità di verificazione dell'evento lesivo. Ossia, non potendosi preferire a priori un momento a scapito degli altri, l'operazione di scelta procederà induttivamente in via di esclusione, e alla fine sarà privilegiato il momento del giudizio corrispondente a quella base del giudizio che comporti fra tutte le altre la prognosi più sfavorevole».

dall'Autore in: «[N]on solo quello corrispondente all'inizio dell'azione esecutiva (del resto non esattamente circoscrivibile nei tentativi causalmente orientati), ma anche, più elasticamente, quello che immediatamente lo precede»<sup>165</sup>.

Da ultimo, merita di essere segnalata la posizione di Giacona, il quale, dedicando spazio al tema del momento del giudizio di idoneità, sostiene che questo possa riguardare un qualsiasi momento della condotta punibile, quindi partendo dal momento iniziale del tentativo per giungere a quello di cessazione; non vengono, tuttavia, taciute le difficoltà di stabilire il momento iniziale del tentativo punibile e di conseguenza un certo margine di aleatorietà nello stimare le probabilità di consumazione del delitto. L'Autore giunge così ad indicare il momento più opportuno nel quale valutare l'idoneità degli atti in quello in cui il livello di probabilità risulta più elevato, poiché tale momento permetterebbe di giungere più agevolmente ad un giudizio positivo circa la sussistenza dell'idoneità stessa<sup>166</sup>.

Dopo aver passato in rassegna i principali orientamenti presenti sul momento del giudizio di idoneità, è necessario ora procedere con il sondare l'essenza dell'idoneità degli atti nel tentativo, come questo concetto viene declinato nella dottrina e nella giurisprudenza e quale valore semantico (e dunque anche pratico) gli viene attribuito. Generalmente, la consistenza dell'elemento dell'idoneità assume caratteristiche cangianti a seconda della fattispecie incriminatrice che viene di volta in volta in rilievo, passando da una semplice valutazione formale – il che avviene spesso, in molti casi – ad analisi problematica quando questa si sovrappone con il tema del reato impossibile *ex art. 49, comma 2, c.p.*, soprattutto nel caso di inidoneità dell'azione e con la dibattuta questione della sua base di giudizio. Chiaro specchio delle difficoltà di concretizzazione che il giudizio di idoneità pone all'interprete e all'operatore del diritto sono gli orientamenti che si registrano nel diritto pretorio.

Partendo allora dalla giurisprudenza di legittimità, vengono appunto adottati una varietà di criteri per attribuire significato e contenuto al concetto di idoneità degli atti, adattandoli di volta in volta alla risoluzione del caso concreto. Questo atteggiamento compromette, da un lato, la funzione nomofilattica ad essa assegnata e dall'altro impedisce l'affermarsi di un indirizzo interpretativo chiaro e costante<sup>167</sup>. Il concetto di idoneità per la sua vaghezza, peraltro, si presta con una certa facilità ad una ermeneutica creativa da parte del giudice, che, sommandosi all'intento codicistico originario tendente ad un ampliamento delle condotte punibili, viene impiegato senza particolari ostacoli positivi. Tuttavia, tali differenze appaiono più che altro

---

<sup>165</sup> F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., 307-308.

<sup>166</sup> I. GIACONA, *Il concetto d'idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., 364-365.

<sup>167</sup> Per questi rilievi, v. E. LO MONTE, *Il delitto tentato*, cit., 88 ss.

nominalistiche e non sostanziali, perché complessivamente nella prassi è un criterio unico, sempre modulabile e di taglio pratico a prevalere, con uno sviluppo argomentativo e giustificativo a ritroso, che cerca di adattare formule piuttosto vaghe, se non addirittura vuote, alla decisione del caso in esame<sup>168</sup>. In questo coacervo di sforzi e anche espedienti lessicali per definire l'idoneità, la Suprema Corte è passata dal ritenere l'atto idoneo quando è in concreto adeguato a raggiungere lo scopo che l'agente si è prefissato, prendendo in considerazione l'insieme delle circostanze in cui esso agisce, a considerare l'idoneità degli atti in astratto, senza avere riguardo alle condizioni che concretamente impediscono che l'evento si realizzi<sup>169</sup>. A questi criteri, si è aggiunto, in particolare nei reati contro la persona, quello della idoneità come adeguatezza causale e attitudine alla creazione di un pericolo concreto per il bene giuridico protetto dalla norma<sup>170</sup>. Secondo altro orientamento, l'idoneità deve essere valutata compiendo un giudizio *ex ante*, prendendo però in considerazione tanto gli atti preparatori quanto quelli esecutivi, se sono già tali da rivelare quale sia l'intento criminoso<sup>171</sup>. L'idoneità degli atti non deve essere intesa come efficienza causale, ma intesa come capacità ad inserirsi nella catena causale ed operativa dell'agente che avrebbe portato poi alla consumazione del reato<sup>172</sup>. L'indirizzo più datato e anche tradizionale si pronuncia, invece, in senso contrario, intendendo cioè il criterio dell'idoneità degli atti come capacità causale degli stessi alla produzione dell'evento che renderebbe consumato il delitto; pertanto, possono essere considerati inadeguati soltanto quegli atti che *ex ante* difettano totalmente di una qualsiasi efficacia causale<sup>173</sup>. A questo bisogna aggiungere il criterio dell'efficienza causale, da intendere come la capacità degli

---

<sup>168</sup> Rileva questo aspetto I. GIACONA, *Il concetto d'idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., 35, secondo il quale appunto: «[S]i ha l'impressione che si tratti spesso di formule vuote, prese a mutuo senza troppa convinzione dalla dottrina per esigenze di correttezza formale della motivazione e/o per avvallare delle scelte in realtà già precostituite». Considera invece questo aspetto sostanzialmente in senso positivo F. PALAZZO, *Il tentativo: un problema ancora aperto? (Tipicità ed offesa tra passato e futuro)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1, 38 ss. e spec. 41, in cui l'Autore parla di «ragionevolezza e quasi di buon senso applicativo, che non debbono essere visti con incondizionata diffidenza».

<sup>169</sup> Cass. pen., Sez. II, 10 febbraio 2005, n. 21955, in *C.E.D. Cass.*, 231966.

<sup>170</sup> Cass. pen., Sez. I, 4 marzo 2010, n. 27918, in *C.E.D. Cass.*, 248305, nella quale è stato ravvisato il tentativo di omicidio, poiché si erano tenuti diversi appostamenti finalizzati ad individuare il luogo dove si sarebbe recata la vittima poi non presente perché avvertita per tempo dagli inquirenti, i quali erano venuti a conoscenza del piano criminoso tramite intercettazioni telefoniche e ambientali. Nello stesso senso anche Cass. pen., Sez. V, 4 febbraio 1997, n. 6793, in *Giust. pen.*, 1998, II, 237.

<sup>171</sup> Sull'irrelevanza della resistenza della vittima alla minaccia estorsiva, ai fini del giudizio di idoneità, v. Cass. pen., Sez. II, 5 febbraio 2013, n. 12568, in *C.E.D. Cass.*, 255538.

<sup>172</sup> Cass. pen., Sez. I, 11 febbraio 2013, n. 16612, in *C.E.D. Cass.*, 255643; in senso conforme Cass. pen., Sez. III, 13 maggio 2003, n. 40343, *ivi*, 2005, 11, 3360.

<sup>173</sup> *Inter alia*, Cass. pen., Sez. I, 2 luglio 2015, n. 36726, in *C.E.D. Cass.*, 264567; Cass. pen., Sez. II, 15 maggio 2013, n. 36631, *ivi*, 257063; Cass. pen., Sez. V, 27 maggio 2011, n. 30139, *ivi*, 250413; Cass. pen., Sez. VI, 17 febbraio 2004, n. 23706, in *DeJure*; conformemente anche Cass. pen., Sez. V, 13 maggio 1998, n. 9365, in *Cass. pen.*, 1999, 3, 3132; Cass. pen., Sez. I, 28 giugno 1995, n. 9273, *ivi* 1996, 2, 2199.

atti a provocare l'evento previsto dalla fattispecie delittuosa che si intende realizzare<sup>174</sup>. Da ultimo, ma non perché meno importante, è da menzionare il criterio che intende l'atto idoneo (e insieme anche univoco) secondo una valutazione di tipo logico e temporale, per cui sarà da considerare «inidoneo soltanto quell'atto posto in essere in un contesto di spazio e di tempo remoto e non prossimo all'ultima fase del comportamento criminoso»<sup>175</sup>. Questo criterio, forse il più originale, rischia di portare però l'interprete a sovrapporre due piani differenti, tra loro cronologicamente separati e conseguenti, che meriterebbero di rimanere comunque differenziati: si fa riferimento al criterio o principio di immediatezza degli atti. Senonché il criterio dell'immediatezza, così come definito dalla giurisprudenza italiana, può conservare una sua utilità come caratteristica successiva ed ulteriore rispetto all'idoneità, senza arrivare ad una sovrapposizione, che ridurrebbe i due criteri di cui all'art. 56 c.p. in un *unicum*, confondendo il piano oggettivo con quello soggettivo, risolvendo, in definitiva, l'accertamento sulla base del dolo dell'agente.

Paradigmatico, a tal fine, è il contrasto giurisprudenziale sorto sul reato di rapina impropria. Secondo un primo orientamento, infatti, si configurava un tentativo di rapina impropria e non un tentativo di furto in concorso con il reato di violenza privata o minaccia, qualora l'agente avesse impiegato violenza o minaccia alla persona, subito dopo aver realizzato atti esecutivi a realizzare un furto, in seguito interrotti per cause a lui estranee<sup>176</sup>. Secondo un altro orientamento, invece, si era sostenuto che: «La configurabilità della rapina impropria, alla stregua del testuale tenore della norma incriminatrice presuppone inderogabilmente l'avvenuta sottrazione della cosa. Mancando, quindi, tale presupposto – come si verifica nel caso in cui l'agente, sorpreso prima di aver effettuato la sottrazione, usi violenza o minaccia al solo fine di fuggire o di procurarsi altrimenti l'impunità – il fatto non può essere qualificato come tentativo di rapina impropria dandosi luogo invece alla configurabilità, oltre che del tentato furto, anche dell'altro autonomo reato che abbia come elemento costitutivo la violenza o la minaccia»<sup>177</sup>. Il contrasto è stato risolto dalle Sezioni unite che hanno affermato il seguente principio di diritto: «È configurabile il tentativo di rapina impropria nel caso in cui l'agente, dopo aver compiuto atti idonei diretti in modo non equivoco alla sottrazione della cosa altrui, adoperi violenza o

---

<sup>174</sup> L'impiego di questo criterio riguarda un indirizzo piuttosto datato: Cass. pen., Sez. II, 11 gennaio 1985, in *Cass. pen.*, 1986, 7, 1076. Per una sua recentissima applicazione, seppur con un lessico non del tutto coincidente, Cass. pen., Sez. I, 4 marzo 2020, n. 14825, in *DeJure*, con riguardo ad un caso di tentato incendio boschivo.

<sup>175</sup> Cass. pen., Sez. I, 12 gennaio 1989, in *Giust. pen.*, 1989, 2, 649.

<sup>176</sup> Per questo orientamento Cass. pen., Sez. V, 30 maggio 2001, n. 32445, in *Cass. pen.*, 2002, 12, 3776, con nota di MARRA; Cass. pen., Sez. II, 16 maggio 2001, n. 28044, *ivi*, 2002, 12, 3775.

<sup>177</sup> Cass. pen., Sez. VI, 29 aprile 2009, n. 25100, in *C.E.D. Cass.*, 244366; conforme Cass. pen., Sez. V, 12 luglio 1999, n. 3796, in *Cass. pen.*, 2001, 4, 1214, con nota di BALDI.

minaccia per procurare a sé o ad altri l'impunità»<sup>178</sup>. In questo modo, però, giudici di legittimità hanno operato una forzatura del testo della legge, dando rilevanza agli atti preparatori e spingendosi verso un diritto penale d'autore. Non è così, però, sempre in materia di reati contro il patrimonio, nel caso di un furto tentato, nel quale in una importante sentenza a Sezioni unite si è attribuita rilevanza ai soli atti esecutivi, senza far retrocedere ad uno stadio antecedente la soglia della consumazione<sup>179</sup>.

Ulteriore aspetto da segnalare è la tendenza a sovrapporre idoneità e univocità degli atti, che si rinviene in numerose pronunce dei giudici di legittimità, i quali, trascurando l'elaborazione dottrinale sull'argomento, tendono ad attribuire al criterio in esame un significato di mera capacità causale degli atti alla realizzazione dell'evento, mentre al criterio dell'univocità una funzione più specifica e quindi risolutiva.

Sull'elemento dell'idoneità, si legge, infatti, nelle statuizioni della Suprema Corte che: «[L]'idoneità degli atti non va valutata con riferimento ad un criterio probabilistico di realizzazione dell'intento delittuoso, bensì in relazione alla possibilità che alla condotta consegua lo scopo che l'agente si propone, configurandosi invece un reato impossibile per inidoneità degli atti, ai sensi dell'art. 49 c.p., in presenza di un'inefficienza strutturale e strumentale del mezzo usato che sia assoluta e indipendente da cause estranee ed estrinseche, di modo che l'azione, valutata *ex ante* e in relazione alla sua realizzazione secondo quanto originariamente voluto dall'agente, risulti del tutto priva della capacità di attuare il proposito criminoso»<sup>180</sup>.

A fronte di posizioni variegata, il giudizio di idoneità, però, viene declinato attraverso un lessico che rientra comunque nel paradigma causale, ondeggiando in realtà tra una valutazione in termini di mera possibilità e in altri casi di probabilità, senza modificare peraltro i parametri di verifica del criterio, poiché il giudice dovrà impiegare il criterio dell'*id quod plerumque accidit*, compiendo un giudizio o sulla base di leggi scientifiche oppure sulla base di massime di esperienza<sup>181</sup>.

---

<sup>178</sup> Cass. pen., Sez. unite, 19 aprile 2012, n. 34952, Reina, in *Cass. pen.*, 2013, 1, 52, con nota di BRUNELLI.

<sup>179</sup> Cass. pen., Sez. unite, 17 luglio 2014, n. 52117, Prevete, in *Cass. pen.*, 2015, 5, 1807, con nota di PAOLONI. Per un'ampia analisi del problema della configurabilità del tentativo nella rapina impropria, con ulteriori richiami alla giurisprudenza e alla dottrina, v. E. MEZZETTI, *Reati contro il patrimonio*, in C.F. GROSSO - T. PADOVANI - A. PAGLIARO, *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2013, 267 ss.

<sup>180</sup> Cass. pen., Sez. V, 4 febbraio 2019, n. 17363, in *Dir. giust.*, 2019. Analogamente, sempre con riferimento all'idoneità intesa in senso causale, ma con riferimento all'obiettivo criminoso dell'agente e comunque con un ruolo predominante dell'elemento dell'univocità, anche Cass. pen., Sez. V, 1° marzo 2018, n. 33100, in *Foro it.*, 2018, 10, 594.

<sup>181</sup> Cass. pen., 23 ottobre 1997, in *Cass. pen.*, 1999, 4, 1110; inoltre, Cass. pen., Sez. I, 3 maggio 2000, n. 9541, *ivi*, 2001, 9, 2371.

Con riferimento all'applicazione del criterio dell'idoneità alle singole fattispecie, non si possono non segnalare i numerosi problemi che si incontrano in tutti quei casi nei quali non vi sia un rapporto causale di tipo materiale, ma solamente di tipo psichico<sup>182</sup>. Si fa riferimento in particolare al concetto di induzione<sup>183</sup>. In tutti questi casi, è richiesta da parte del soggetto passivo, una qualche forma di interazione, adesione o cooperazione, anche minima, alla realizzazione del tipo criminoso. Un simile coinvolgimento non può essere materialmente verificato e pertanto la prova dell'idoneità degli atti di induzione o di istigazione si traduce nei fatti in una *probatio diabolica*. Il problema, piuttosto complesso, viene risolto dalla giurisprudenza con una certa disinvoltura o per via presuntiva o cercando di rivenire nel complessivo quadro probatorio del caso concreto qualche indice – si badi – non tanto riferito all'idoneità, quanto piuttosto all'intenzione delittuosa dell'agente. È il caso, tra gli altri, del reato di induzione a dare o promettere utilità, di induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'Autorità giudiziaria oppure dell'induzione in errore della persona offesa nella truffa; ancora più complessa, se non impossibile, è la dimostrazione di un legame causale di tipo psichico nei casi in cui la persona offesa resista alle pressioni dell'agente, cosicché il reato non possa ritenersi consumato, ma non si possa nemmeno considerare, con facilità, tentato<sup>184</sup>.

Nel caso della fattispecie di induzione indebita a dare o promettere utilità *ex art. 319-quater c.p.*, la Cassazione, impiegando il criterio dell'adeguatezza al raggiungimento dello scopo, ha definito l'idoneità degli atti come possibilità che la condotta dell'agente consegua lo scopo da questo prefissato<sup>185</sup> e non come probabilità di realizzazione del piano criminoso. Inoltre, i giudici di legittimità hanno ritenuto configurabile il tentativo di delitto di circonvenzione di persone incapaci di cui all'art. 643 c.p. – pur essendo, secondo la stessa giurisprudenza, un reato di pericolo – anche quando l'attività di induzione del reo non abbia portato, a causa dell'intervento di fattori esterni, il soggetto passivo a compiere un atto pregiudizievole (come, nel caso di specie, la modifica del testamento)<sup>186</sup>.

Passando ora alla dottrina, il concetto di idoneità, quando viene definito compiutamente, viene inteso con riguardo a quegli atti che: «[S]i presentano adeguati alla realizzazione del delitto

---

<sup>182</sup> *Amplius*, v. L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, 53 ss.

<sup>183</sup> Per un approfondimento D. PIVA, *Premesse ad un'indagine sull'“induzione” come forma di concorso e “condotta-evento” del reato*, Napoli, 2003, 50 ss. e 67 ss.

<sup>184</sup> In argomento, v. D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, 3° ed., Torino, 2019, 247 ss.

<sup>185</sup> Così Cass. pen., Sez. VI, 6 febbraio 2018, n. 17988, in *Cass. pen.*, 2018, 11, 3770; conforme Cass. pen., Sez. I, 2 luglio 2015, n. 36726, in *C.E.D. Cass.*, 264567; Cass. pen., Sez. V, 27 maggio 2011, n. 30139, in *Cass. pen.*, 2012, 6, 2152.

<sup>186</sup> Cass. pen., Sez. II, 12 febbraio 2016, n. 8837, in *Riv. pen.*, 2016, 4, 321.

perfetto, perché potenzialmente capaci di causarne o favorirne la verifica. Essi, secondo il piano criminoso del soggetto, si inseriscono nel processo finalistico o come *condiciones sine quibus non* o, comunque, facendolo procedere verso la sua realizzazione»<sup>187</sup>. Altra definizione molto simile dell'ideoneità è quella di intenderla come: «[C]apacità potenziale, attitudine, congruità dell'atto compiuto rispetto alla realizzazione del delitto preso di mira»<sup>188</sup>. E ancora si suole declinare il concetto di ideoneità in termini di rilevante possibilità della causazione del danno, cioè di una attitudine significativa; nel caso di delitto mancato il metro di valutazione è quello della adeguatezza causale della condotta posta in essere dall'agente (e già esauritasi) a realizzare l'evento preso di mira in base a criteri probabilistici, mentre nel caso di delitto tentato propriamente inteso, come adeguatezza nella prosecuzione della condotta delittuosa fino alla consumazione<sup>189</sup>.

Il principale fianco scoperto di questa impostazione che parte ad analizzare il delitto tentato proprio dall'ideoneità degli atti, senza prima aver stabilito quale sia il fine criminoso dell'agente, è una condanna del criterio in discorso all'irrilevanza (sarebbe una ideoneità a realizzare un reato qualsiasi, ammesso che l'agente voglia davvero realizzarlo), indipendentemente dalla base di giudizio e dal grado che si creda di conferire all'ideoneità; così declinata l'ideoneità dice troppo poco, sarebbe qualcosa *in re ipsa*, e quando pretende di dire qualcosa si trova (quasi) sempre fuori dal suo margine d'azione, perché in questi casi solitamente si tratta di una questione che attiene all'ideoneità dell'azione, quindi al reato impossibile e non agli atti idonei del tentativo che sono altra cosa<sup>190</sup>.

---

<sup>187</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale* <sup>11</sup>, cit., 483.

<sup>188</sup> G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 487.

<sup>189</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 329-330.

<sup>190</sup> È un aspetto questo di particolare rilevanza, che sarà ripreso nel prosieguo della trattazione. Com'è noto, la disposizione dell'art. 49 c.p. ha dato origine in dottrina, con notevoli ricadute anche nella giurisprudenza, a due differenti interpretazioni: la prima, ritiene che la norma costituisca il "rovescio" in termini negativi del delitto tentato, cioè un tentativo impossibile, per l'ideoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto; la seconda tesi, d'altro canto, ha rinvenuto nel reato impossibile un principio che riguarda l'intero sistema penale, con un ruolo di natura sistematica, e non soltanto l'istituto del tentativo: la norma esprime e fonda la c.d. concezione realistica del reato, richiedendo, con riguardo quindi all'offesa in generale, che si verifichi una lesione effettiva o almeno una messa in pericolo del bene giuridico protetto dalla fattispecie incriminatrice. Quest'ultima posizione è patrocinata in dottrina da illustri ed autorevoli Autori, ma senza essere ancora chiaramente maggioritaria. M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. II, cit., 65 ss., che mette in luce le incongruità che ne deriverebbero se si leggessero diversamente i rapporti tra le due norme, cioè si intendesse l'art. 49 c.p. come il rovescio della medaglia dell'art. 56 c.p.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale* <sup>11</sup>, cit., 206 ss. e 500-501; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 18 ss.; G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, 180 e 199. Per una lettura piuttosto eclettica della disposizione G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 505 ss. e spec. 508, inteso sia come opposto "negativo" del tentativo sia come offesa in concreto ai beni giuridici; *contra* e per considerazioni critiche, ritenendo dunque l'art. 49, comma 2, riferito soltanto al delitto tentato M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Art. 49, 19-22, 2° ed., Milano, 1995, 434 ss.; F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 3 ss.; G. BETTIOL, *Aspetti e problemi della attuale scienza penalistica italiana*, in *Indice pen.*, 1974, 273 ss.; A. PAGLIARO,

Anche l'opposizione quasi preconcezionale della dottrina ad una declinazione in termini causali dell'idoneità, a differenza di quanto sostiene una parte della giurisprudenza, non è del tutto fondata e la critica si regge alla fine su un equivoco di tipo terminologico<sup>191</sup>. Se è infatti (ovviamente) vero che, per sua natura, il delitto tentato è privo di un evento, il giudizio che si emette sul carattere di idoneità degli atti, soprattutto se si interpreta l'idoneità in termini di probabilità, consiste pur sempre in una valutazione di tipo ipotetico, che può anche essere prossima alla certezza, ma rimane comunque nell'ambito della capacità potenziale. Lo stesso procedimento si ritrova, peraltro, anche nella ricostruzione del nesso causale nei reati omissivi impropri dove un termine del rapporto eziologico – in questo caso una condotta attiva – manca, come manca l'evento nel tentativo<sup>192</sup>. Non molto diverso risulterebbe una ricostruzione in termini comunque causali dell'idoneità anche nel delitto tentato, cambiando soltanto l'elemento mancante<sup>193</sup>: non si verificherebbe se l'eventuale compimento dell'azione dovuta avrebbe evitato o meno il verificarsi dell'evento, bensì se l'azione posta in essere dal soggetto agente (o la frazione di condotta) potesse giungere alla verifica dell'evento o al completamento dell'azione stessa, che a causa di fattori estranei alla sua volontà non (si è) si sono verificati<sup>194</sup>.

---

*Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., 460-461; M. CATERINI, *Reato impossibile e offensività*, cit., 186 ss. e 197 ss.

<sup>191</sup> Una accezione in termini causali dell'idoneità degli atti è generalmente respinta in dottrina, proprio sulla base del fatto che nel tentativo, mancando naturalmente uno dei termini necessari per accertare il nesso causale, si dovrebbe sempre giungere ad affermare l'insussistenza di un rapporto eziologico, sia perché valutati *ex post* gli atti del tentativo, non essendosi verificato l'evento, sarebbero sempre inadeguati. In senso contrario, si collocano tuttavia le posizioni di M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di diritto penale*, cit., 54-55; R. RIZ, *Lineamenti di diritto penale. Parte generale*, 5° ed., Padova, 2006, 341; U. GIULIANI BALESTRINO, *Il delitto tentato*, Milano, 2002, 5; S. ALEO, *Istituzioni di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2016, 256.

<sup>192</sup> Sul tema della causalità omissiva, cfr. F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1249 ss.; ID., *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, a cura di E. Dolcini - C.E. Paliero, Milano, 2006, 1893 ss.; F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 984 ss.; G. MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 523 ss.; C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 821 ss.; M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione «per aumento del rischio»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 32 ss.; R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010, *passim*; R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, 249 ss. e *passim*.

<sup>193</sup> Invero, secondo E. GALLO, *Il delitto di attentato*, cit., 212, le argomentazioni in opposizione ad una concezione in termini causali dell'idoneità sarebbero suggestive, ma ormai abusate. Secondo l'Autore si tratterebbe: «[D]i un ragionamento che sembra sia stato formulato più che altro per amor di tesi in quanto, per poter negare la capacità causale dell'azione del reo, occorrerebbe vedere cosa sarebbe accaduto se il fattore estraneo sopravvenuto (ed indipendente dalla volontà del colpevole) non fosse intervenuto a modificare le condizioni sviluppate dall'azione del reo».

<sup>194</sup> Con la precisazione che la terminologia causale adottata dalla giurisprudenza prevalente può essere accettata se intesa come relazione tra gli atti posti in essere dall'agente e un risultato finale, che può consistere nell'evento naturalistico o con la realizzazione della condotta, sembra aprire ad una valutazione dell'idoneità che rientri comunque nel prisma dell'accertamento di tipo eziologico A. MANNA, *Corso di Diritto penale. Parte generale*, 5° ed., Milano, 2020, 437-438; distinguendo tra giudizio causale in senso stretto e giudizio di pericolo e quindi tra causalità reale e potenziale G. AZZALI, *Idoneità ed univocità degli atti. Offesa di pericolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1170 ss. e spec. 1173.

Sia nel reato omissivo sia nella valutazione dell'idoneità degli atti nel tentativo si emette in ogni caso un giudizio ipotetico e prognostico: non si tratta, com'è noto, di un legame causale reale ma di una causalità ipotetica o da intendersi in senso normativo, la quale si potrebbe atteggiare in modo identico, però opposto, anche per il tentativo. È pur sempre una forma di declinazione "particolare" del paradigma causale<sup>195</sup>.

Buona parte della dottrina affida la definizione del parametro valutativo dell'idoneità degli atti ad un ipotetico spettatore esterno, da collocare idealmente nel contesto in cui si svolgono i fatti, e dotato delle stesse conoscenze percepibili dall'agente e delle ulteriori specifiche di cui è in possesso<sup>196</sup>. Questo tipo di giudizio dell'idoneità poggia su una base parziale e non prende in considerazione le circostanze sopravvenute né quelle concomitanti non (ri-)conoscibili preventivamente dal soggetto agente<sup>197</sup>. La valutazione dell'idoneità su base parziale trovava nella dottrina classica – a partire dal Carrara – e oggi trova nella dottrina contemporanea i consensi maggiori, oltre all'adesione (quasi unanime) della giurisprudenza.<sup>198</sup>.

Il criterio della prognosi postuma fu importato nel sistema italiano dal Vannini, venendo ripreso dall'Antolisei e che riscuoterà poi un particolare seguito. Escludendo l'inutilità di valutare l'idoneità in termini generali e astratti che non avrebbe senso alcuno, Vannini sostiene che l'idoneità degli atti va stabilita in concreto e sulla base di tutte le circostanze conoscibili e attraverso una valutazione *ex ante*, quindi secondo un giudizio di tipo prognostico e a base

---

<sup>195</sup> I. GIACONA, *L'idoneità degli atti di tentativo come "probabilità"? Spunti problematici per un'indagine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1345-1346: «Assai spesso e per molti anni sono state prospettate in dottrina formulazioni dell'idoneità in termini di efficienza causale, senza tuttavia un'approfondita analisi del concetto, che in sostanza veniva pur sempre a risolversi in quello di possibilità (o, se vogliamo, di potenzialità). E dinanzi all'obiezione, in sé superabile, che intendendo l'idoneità in termini di derivazione causale ogni tentativo avrebbe finito col risultare impossibile, mancando sempre uno dei termini del rapporto causale, si è preferito più semplicemente e genericamente ripiegare, nel solco della tradizione, su quella definizione d'idoneità come possibilità, che continua a ricorrere con una certa frequenza nella dottrina contemporanea. Effettivamente, questa impostazione ha il pregio di offrire una nozione di non difficile praticabilità e direttamente aderente al tenore testuale della rubrica dell'art. 49: ma, al prezzo [...] di rendere l'idoneità un concetto esangue».

<sup>196</sup> V., sull'accertamento dell'idoneità basato sulla valutazione di un ipotetico spettatore esterno, E. GRANDE, *Gli articoli 49, 2° comma e 56 c.p. rivisitati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 4, 1258 ss., la quale nel ritenere sostanzialmente assorbito il criterio dell'idoneità in quello della direzione non equivoca degli atti, condivide la tesi secondo la quale gli atti, su un piano meramente oggettivo, dovrebbero sostanzialmente «parlare da soli», cioè dimostrare e confermare il delitto indicato nell'imputazione, attraverso il metro di una platea cinematografica, cioè come se si trattasse di uno spettatore di un film, senza tuttavia individuare il secondo termine del rapporto, cioè la dimensione subiettiva, che andrebbe quindi accertata in un secondo momento, selezionando le plurime direzioni e quindi anche il carattere idoneo di quegli atti, accertamento quest'ultimo poi affidato al giudice. *Contra*, v. la decisa critica di U. GIULIANI BALESTRINO, *A proposito della concezione «cinematografica» del delitto tentato*, in *Indice pen.*, 1993, 1, 187 ss.

<sup>197</sup> M. ROMANO, *Commentario sistematico*, I, Art. 56, 13, cit., 555: «[S]ono idonei gli atti che secondo il giudizio di un uomo avveduto posto nel luogo e al tempo della condotta – con l'eventuale integrazione delle sue conoscenze con quelle superiori specifiche del singolo autore – erano oggettivamente in grado di realizzare il delitto (c.d. prognosi obiettivo-postuma)».

<sup>198</sup> Cass. pen., Sez. VI, 17 febbraio 2004, n. 23706, in *Giust. pen.*, 2006, 28; Cass. pen., Sez. I, 10 giugno 2013, n. 32851, in *C.E.D. Cass.*, 256991; Cass. pen., Sez. II, 12 luglio 2019, n. 36311, *ivi*, 277032.

totale: egli riprende così quel concetto di prognosi postuma ideato Oltralpe da Franz von Listz. Per stabilire se l'atto è idoneo, quindi, è necessario esaminare se l'azione concreta, nel complesso di tutte le circostanze valutabili, è dotato di quella capacità a produrre una lesione dell'interesse protetto, se l'azione ha mostrato una concreta pericolosità<sup>199</sup>.

Secondo l'opinione prevalente, dunque, l'idoneità degli atti del tentativo deve essere valutata, attraverso un giudizio di prognosi postuma<sup>200</sup>, prendendo in considerazione le conoscenze ontologiche di un agente ideale, che si possa definire esperto in base a quel determinato ambito di competenza, e facendo poi applicazione delle conoscenze nomologiche<sup>201</sup>; in altri termini, il giudice, dopo la commissione del fatto, deve porsi idealmente nel momento iniziale in cui l'agente ha posto in essere la sua condotta e così accertare, in base alle conoscenze dell'uomo medio con l'aggiunta eventuale delle conoscenze specifiche e quindi maggiori di quel soggetto in concreto, se gli atti potevano portare alla consumazione del delitto<sup>202</sup>.

Si oppose a questa tesi Elio Morselli, il quale sosteneva che l'idoneità andava accertata non *ex ante* ma *ex post*, e questo giudizio (soltanto) postumo fosse inevitabile proprio per la natura del delitto tentato, nel quale o l'azione non giunge a compimento o l'evento non si verifica<sup>203</sup>. Scriveva, a questo riguardo, l'Autore: «[C]on riferimento a quale preciso momento andrebbe formulato il giudizio *ex ante*? Se 'subito dopo' il compimento dell'azione o degli atti, si tratterebbe pur sempre di un giudizio *ex post* rispetto ai medesimi, dato che 'il fatto' del

---

<sup>199</sup> F. VON LISTZ, *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, Berlin, 10 Aufl., 1900, 103 ss. Il richiamo al criterio della prognosi postuma (*nachträgliche Prognose*) di von Listz, sulla base delle circostanze generalmente riconoscibili, venne operato già dal Vannini nel citato articolo del 1919 *Il valore del pericolo nel tentativo*, nel quale tradusse il passo del Manuale dell'insigne Giurista tedesco sul punto, esprimendo nel prosieguo la sua piena adesione. Nello sviluppo concettuale del Giurista tedesco, il criterio in parola si inseriva comunque in una complessiva lettura del delitto tentato in chiave soggettivistica. Il criterio della prognosi postuma fu poi ulteriormente sviluppato da A. FINGER, *Der Versuch und der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch*, in *Festschrift für Karl Binding*, Leipzig, 1911, I, 258 ss.; R. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, Berlin, 1930, II, 425 ss. Sul recepimento nella cultura giuridica italiana del criterio della prognosi postuma e più in generale del pensiero di von Listz sull'idoneità degli atti, si rimanda a I. GIACONA, *Il concetto d'idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., 250 ss. Ugualmente chiaro è il richiamo ad un giudizio *ex ante* anche in F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 2° ed., Milano, 1947, 251.

<sup>200</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 16° ed., a cura di L. Conti, Milano, 2003, 494 ss.

<sup>201</sup> M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 173.

<sup>202</sup> Condividono questa modalità di valutazione dell'idoneità, tra gli altri, A. PAGLIARO, *Il reato*, in C.F. GROSSO - T. PADOVANI - A. PAGLIARO, *Trattato di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2007, 353; M. SINISCALCO, voce *Tentativo*, cit., 4; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 363, senza prendere peraltro posizione sulla base del giudizio se parziale o totale; T. PADOVANI, *Diritto penale*, 327-328; A. CADOPPI - P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, cit., 466-467; A. GAMBERINI, *Il tentativo*, cit., 311; I. CARACCIOLI, *Il delitto tentato*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale*, parte I, *Diritto penale*, Milano, 1991, 199; S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., 747-748, limitandosi anche in questo caso a dare conto delle due posizioni sulla base di giudizio, senza privilegiarne alcuna, e mettendone in risalto le conseguenze pratiche e il fondamento politico-criminale; A. NAPPI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2010, 810 ss.; G. DE VERO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., 640-641 e 658.

<sup>203</sup> E. MORSELLI, voce *Tentativo*, in *Dig. disc. pen.*, XVI, Torino, 1999, 193 ss.

tentativo si esaurisce con l'azione o l'atto stesso, e l'evento, per definizione, non si verificherà comunque. La valutazione positiva di idoneità dell'azione di chi colpisce con un pugnale un soggetto protetto sotto le vesti da una corazza, rimane invero immutata sia che venga fatta prima di accertare questa protezione sia che venga fatta dopo; basterà solo tener presente che la sussistenza non visibile della corazza è fattore accidentale preesistente ed estraneo alla condotta del soggetto. Vero è che in questo momento può ancora pronunciarsi un giudizio di 'attendibilità' (probabilità o non-improbabilità) rispetto all'evento non verificatosi; ma, in ultima analisi, ciò che si vuol stabilire è se la mancata verifica dell'evento sia addebitabile ad un vizio intrinseco dell'azione, oppure sia dovuta ad un fattore esterno, come il caso fortuito o la forza maggiore; e questo rimane pur sempre un giudizio *ex post*<sup>204</sup>. L'impostazione di Morselli in realtà non differisce molto dall'impostazione prevalente di valutare l'idoneità degli atti attraverso un giudizio *ex ante*, ma più semplicemente lo Studioso pone in evidenza il fatto che l'accertamento dovrà comunque essere compiuto dal giudice in un momento sempre successivo all'interruzione dell'*iter criminis*<sup>205</sup>.

Il tormentato (e ancora non definitivamente sciolto) rapporto tra l'idoneità degli atti e l'inidoneità dell'azione *ex art. 49, comma 2, c.p.* – e al riguardo la confusione è ancora molto grande – unito alla particolare rilevanza del principio di offensività nella dottrina italiana, sia perché inserito in un impianto già solidamente oggettivistico sia per la particolare autorevolezza di coloro che in passato ne hanno trattato, patrocinandone la funzione<sup>206</sup>, una parte (anche se minoritaria) della dottrina, avviandosi su questa strada anche in tema di tentativo, sostiene che l'idoneità degli atti vada accertata, al contrario, su una base di giudizio totale<sup>207</sup>: per stabilire l'idoneità degli atti sarebbe necessario prendere in considerazione tutte le circostanze presenti

---

<sup>204</sup> E. MORSELLI, voce *Tentativo*, cit., 194.

<sup>205</sup> I. GIACONA, *Il concetto d'idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., 358, nt. 307.

<sup>206</sup> Più ampiamente, sul reato impossibile e sul principio generale di offensività del reato, cfr. C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, *passim*; G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., 331 ss. e *passim*; ID., voce *Reato impossibile*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, 260 ss.; V. SERIANNI, voce *Reato impossibile e reato putativo*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, 1 ss.; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1, 367 ss.; E. GRANDE, *Gli articoli 49, 2° comma e 56 c.p. rivisitati*, cit., 1258 ss.; G. FIANDACA, *Nessun reato senza offesa*, in G. FIANDACA - G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, 203 ss.; per una panoramica complessiva sull'art. 49, comma 2, c.p. in relazione con la disciplina del tentativo, v. S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., 947 ss.; per una ricostruzione del principio di offensività in una prospettiva più attuale, cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim., web*, 2013, 4, 4 ss., anche sul rapporto e l'obbligata convivenza con il principio di colpevolezza; un'ampia trattazione del principio nelle sue plurime declinazioni è presente in S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., 231 ss. e 236 ss.; per una lettura critica M. MANTOVANI, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bologna, 2014, 14 ss.

<sup>207</sup> Per un sunto delle posizioni della dottrina sulla base di giudizio dell'idoneità, v. O. DI GIOVINE, *L'agente provocatore. Un'indagine dommatica e politico-criminale*, Milano, 1991, 330 ss.; poi sempre I. GIACONA, *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., 213 ss., 264 ss. e spec. 269 ss., con un'ampia analisi, anche in prospettiva storica e in relazione all'affermarsi del principio di offensività.

al momento del fatto, anche se non conosciute (e non conoscibili) da parte dell'agente e scoperte soltanto in un momento successivo. Dopo gli interventi in argomento del Vannini, di cui si è dato conto in precedenza, l'indirizzo di una valutazione dell'idoneità su base totale, dopo aver registrato una lunghissima latenza, è riaffiorato all'interno di un contributo di Giorgio Marinucci del 1983 *Fatto e scriminanti* pubblicato nella *Rivista italiana*, nel quale, anche con una certa *vis* polemica, l'illustre Studioso sostenne che, partendo da una stretta correlazione tra il pericolo e il delitto tentato, si dovesse sgombrare il campo da una tendenza di soggettivizzazione di elementi invece oggettivi, valorizzando così il pericolo "concreto", già posta in evidenza dalla teoria della causalità adeguata: valutata secondo un giudizio *ex ante*, in concreto e su base parziale, sussisterebbe un nesso causale in tutti quei casi nei quali non risulti improbabile che dall'azione posta in essere dall'agente possa derivare il verificarsi dell'evento; la base parziale di giudizio, fondata sulle circostanze conosciute o comunque prevedibili dall'agente in concreto e dall'agente-modello confonderebbe per l'appunto aspetti di natura oggettiva e soggettiva, sconfinando nell'ambito della colpevolezza<sup>208</sup>. Questa "riscoperta" della base totale di giudizio, soprattutto in relazione con il principio di offensività e con una impostazione piuttosto oggettivizzante, è stata poi ripresa e compiutamente sviluppata nel lavoro monografico sul pericolo da Angioni. Come già si è avuto modo di evidenziare, l'Autore sviluppa la sua tesi partendo proprio dalla coincidenza del "pericolo" che contrassegna i reati di pericolo con quello del delitto tentato: da questa sovrapposizione si rifletterebbe anche sulla base di giudizio che dovrebbe essere in entrambi i casi su base totale, atteso che la *ratio* della punibilità del tentativo risiederebbe nella messa in pericolo dei beni giuridici, portando in questo modo il delitto tentato nell'alveo dei reati di pericolo<sup>209</sup>. Così facendo sarebbe, tra l'altro, rispettata la piena natura oggettiva del giudizio di pericolo, senza confonderla con aspetti soggettivi<sup>210</sup>; ciò che varia è il grado necessario che deve accompagnare il giudizio di idoneità,

---

<sup>208</sup> G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dottrinarie e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1190 ss. e spec. 1223-1224, nt. 124-bis, secondo il quale se era impossibile che dall'azione potesse derivare un reale pericolo per il bene giuridico, in base a tutte le circostanze, anche quelle non conosciute, che definivano i contorni del fatto, il tentativo non sarà punibile stante l'idoneità dell'azione a realizzare l'evento dannoso o pericoloso. La posizione sulla base di giudizio totale è ripresa anche nel manuale G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 511-512.

<sup>209</sup> F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie*, cit., 303-304, in cui l'Autore replica, in via preventiva, alla critica incentrata sul fatto che ciò che fonda il disvalore della condotta risiederebbe in ciò che è riconoscibile nella situazione *hic et nunc* da un osservatore obiettivo, con l'argomentazione che un eventuale difetto di corrispondenza tra il prevedibile e la circostanza realmente esistente ma non percepibile produrre una conseguenza non trascurabile: il bene giuridico in un caso non sarebbe realmente posto in pericolo, mentre nell'altro caso sì.

<sup>210</sup> F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie*, cit., 303.

da intendersi come possibilità nel caso dell'art. 56 c.p. e, invece, come probabilità nei reati di pericolo<sup>211</sup>.

Sulla stessa linea si colloca anche la posizione di Giovanni Fiandaca ed Enzo Musco che, nel noto *Manuale*, patrocinano una preferenza per una base di giudizio totale, quindi sulla base di tutte le circostanze ad ogni modo presenti al momento del fatto, anche se non prevedibili dell'agente, sia in accordo con il ruolo svolto dall'istituto del tentativo nel prevenire la concreta esposizione a pericolo dei beni giuridici sia in relazione a quanto disposto dall'art. 49 c.p.<sup>212</sup>.

Piuttosto scontato appare il rilievo critico sulle conseguenze che potrebbero derivarne in termini di impunità, tanto da condurre, poi, gli stessi sostenitori di questa tesi a proporre in una prospettiva *de lege ferenda* dei correttivi alla stessa disciplina del tentativo e delle “deroghe” al principio di offensività per cercare di smussare gli angoli ad una impostazione così tanto radicale.

La stessa definizione del concetto di idoneità si ricollega, da ultimo, con il grado che questa deve possedere per giungere ad un esito positivo sulla sua sussistenza. Tradizionalmente intesa in termini di mera possibilità e di possibilità in astratto, attualmente l'idoneità viene prevalentemente declinata, invece, in termini di probabilità di verificazione dell'evento<sup>213</sup>. La svolta in tal senso, recepita anche da buona parte della manualistica, è da attribuire, in buona parte, all'opera monografica sul concetto di idoneità di Giacona<sup>214</sup>. L'Autore, dopo aver condotto un'ampia disamina, anche di carattere storico-ricostruttivo, sulle implicazioni scaturenti dalla distinzione tra possibilità e probabilità, incentra la sua opzione sulla concezione dell'idoneità in termini di probabilità, di probabilità logica. La tesi sostenuta in questo lavoro si inserisce nell'ambito dell'orientamento che sostiene un accertamento su base totale dell'idoneità, ponendosi a questo riguardo come una sorta di correttivo all'insostenibilità o comunque alle evidenti difficoltà – anche per l'antitesi che si verrebbe a creare con quella che è la funzione precipua del diritto penale – di una idoneità valutata ontologicamente appunto su base totale<sup>215</sup>. Giacona, nell'esaminare il rapporto tra gli elementi che caratterizzano il tentativo, conferisce proprio al concetto di idoneità una posizione preminente – e come si avrà modo di sottolineare nel prosieguo, forse obiettivamente eccessiva – condannando alla relegazione l'univocità degli atti, che viene sostanzialmente trattata come “sotto-criterio” dell'idoneità<sup>216</sup>.

---

<sup>211</sup> F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie*, cit., 299.

<sup>212</sup> G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 488.

<sup>213</sup> Sul problema del livello di probabilità che l'idoneità degli atti dovrebbe possedere, v. G.A. DE FRANCESCO, *L'enigma del tentativo: vicende sistematiche ed interrogativi politico-criminali*, in *Leg. pen.*, 2002, 930 ss.

<sup>214</sup> I. GIACONA, *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., 21 ss., 63 ss. e 177 ss.

<sup>215</sup> I. GIACONA, *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., 213 ss. e 264 ss.

<sup>216</sup> I. GIACONA, *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., 389 ss., 425 ss. e 437 ss.

La differenza tra i due criteri viene tratteggiata dallo Studioso in questi termini: «[I]l giudizio di univocità – a differenza [...] di quello di idoneità, che ha una dimensione naturalistica, fondandosi su una base totale di circostanze – ha carattere normativo e valutativo, facendo riferimento al punto di vista della collettività, rapportato al parametro astratto dell'uomo medio. E ciò in quanto [...] l'univocità risponde ad esigenze di prevenzione generale (oltre che speciale), avvertendosi la necessità di punire condotte che, pur non essendo realmente offensive, creano tuttavia il rischio che altri consociati possano essere indotti a seguire il cattivo esempio. Senonché, posto che la dottrina dominante adotta anche per l'idoneità il modello di giudizio su base parziale, il grosso problema che allora si pone è quello della differenza e del coordinamento tra i criteri dell'idoneità e dell'univocità»<sup>217</sup>. Una base di giudizio parziale non si addirebbe quindi al criterio dell'idoneità degli atti, bensì soltanto a quello dell'univocità che esprime la riconoscibilità teleologica della condotta verso il fatto tipico e solamente un osservatore esterno può, in base alle sue sole conoscenze e alle circostanze presenti (e che si sono palesate) in quel momento dell'azione delittuosa considerare gli atti posti in essere univoci: «[M]entre nel giudizio di idoneità occorrerebbe utilizzare una base totale di circostanze, in quello di univocità verrebbero in rilievo soltanto quelle normalmente conoscibili da un osservatore esterno mediamente avveduto». Sul rapporto che ne discende tra i due criteri, si dovrebbe allora concludere nel senso che: «[I]l requisito dell'idoneità implica che il tentativo cominci a essere punibile soltanto nel momento in cui raggiunga un apprezzabile livello di pericolosità e offensività. Per cui l'idoneità serve proprio per stabilire quando nel corso dell'*iter criminis* inizi il tentativo, e tale scopo deve essere inteso su base totale di realizzazione del fatto tipico. Mentre l'univocità include anche i casi in cui la condotta, pur non essendo idonea, si presentava a un osservatore mediamente avveduto come indirizzata alla consumazione di un delitto secondo una valutazione di probabilità su una base parziale di circostanze»<sup>218</sup>. Il giudizio di probabilità, poi, non dovrebbe misurarsi attraverso formule matematiche, bensì attraverso un giudizio di tipo logico-fattuale, da effettuarsi nel momento in cui si realizza integralmente il fatto, quindi nella condotta nei reati d'azione e, nei reati d'evento in rapporto all'evento naturalistico. La graduazione del livello di probabilità dovrebbe essere valutato sulla base di valori, espressi da formule, secondo un paradigma epistemologico di probabilità di tipo logico e non statistico<sup>219</sup>.

---

<sup>217</sup> I. GIACONA, *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., 433.

<sup>218</sup> I. GIACONA, *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., rispettivamente 438 e 441.

<sup>219</sup> I. GIACONA, *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., 113 ss.; anche ID., *L'idoneità degli atti di tentativo come "probabilità"?*, cit., 1394: «'Probabilità' da intendersi – ad ogni buon conto – nell'accezione logica (di ispirazione leibniziana), e determinata, in sostanza, attraverso una coerente considerazione dei vari dati

Non si può, tuttavia, non rilevare come un siffatto concetto di idoneità degli atti, che fagociterebbe in sostanza il criterio dell'univocità e più in generale qualsiasi tipo ulteriore di accertamento sulla sussistenza di un tentativo punibile, abbia la pretesa di dire più del dovuto (e forse anche del consentito). Questa impostazione, che ricostruisce l'intero istituto del delitto tentato come una valutazione delle probabilità di verificazione del fatto di reato (o dell'evento se contemplato dalla fattispecie, ma inteso solo in senso naturalistico e non giuridico), conferisce obbiettivamente all'idoneità degli atti una eccessiva importanza; tralasciando il problema dei margini di incertezza che può generare il concetto di probabilità, un assorbimento dell'univocità all'interno del giudizio di idoneità farebbe proprio venir meno quel criterio che con maggiore efficacia può svolgere la funzione di circoscrivere la condotta punibile.

5. Dopo aver analizzato il criterio dell'idoneità degli atti, passando in rassegna i principali orientamenti di dottrina e giurisprudenza, è necessario ora volgere lo sguardo al secondo criterio che contribuisce ad indentificare l'istituto in esame. Che l'univocità degli atti debba essere retrocessa in una posizione subalterna o comunque successiva rispetto all'idoneità è stato messo negli ultimi decenni in discussione e si è registrato, soprattutto nella manualistica, un rovesciamento nell'ordine di analisi che ha portato l'univocità a rivestire un ruolo di primaria importanza, anche (e soprattutto) per la funzione che può svolgere nel segnare il confine tra atti preparatori ed esecutivi<sup>220</sup>, oltre ad indicare il fine delittuoso perseguito dall'agente.

Molto chiaro, in merito all'importanza dell'univocità in relazione all'altro criterio dell'idoneità, è Mario Romano nel suo *Commentario*: «L'idoneità degli atti non è particolarmente selettiva: esclude bensì i comportanti esauritisi in termini privi di pericolosità, innocui, ma non connota i singoli atti nella loro connessione dinamica [...]. Ma anche atti remotamente preparatori sono in questo senso idonei al (nei confronti del) delitto consumato. Per una restrizione sensata degli atti di tentativo punibili occorre, oltre alla idoneità, una

---

dell'evidenza e una rigorosa elaborazione razionale [...] In tal senso, il giudice, nell'accertare l'elemento dell'idoneità [...] dovrebbe analizzare le varie circostanze, inferirne (secondo una valutazione *ex ante*) il significato più logico, e quindi calcolarne positivamente (e nonostante la mancata realizzazione dell'offesa) il livello di probabilità di verificazione dell'evento lesivo (e cioè di pericolosità oggettiva), avvalendosi di leggi scientifiche, precedenti giurisprudenziali, tavole statistiche, ecc.». Spec. sul fatto di modulare la soglia di probabilità richiesta in base all'importanza del bene giuridico protetto dalla fattispecie, v. sempre ID., *Il problema dell'accertamento dell'idoneità degli atti ex art. 56 c.p.*, cit., 922-923; poi ID., *Criteri giuridico-formali e giudizi fattuali nell'individuazione dell'inizio della punibilità del tentativo*, in *Cass. pen.*, 2009, 9, 79 ss., 88 e 95.

<sup>220</sup> Condivide una lettura del criterio dell'univocità come indicante l'inizio dell'attività punibile, quindi cruciale nella definizione del tentativo punibile, anche rispetto all'altro requisito dell'idoneità E. MORSELLI, *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1, 54. In una prospettiva *de lege ferenda*, per affiancare al criterio dell'univocità quello dell'inizio d'esecuzione o comunque un richiamo al carattere esecutivo degli atti G.A. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sulla riforma del tentativo*, cit., 723-724.

delimitazione ulteriore. Questa delimitazione è data nell'art. 56 c.p. dalla direzione non equivoca degli atti»<sup>221</sup>.

Anche se la concezione soggettiva dell'univocità è oggi sostanzialmente rifiutata da buona parte della dottrina e della giurisprudenza<sup>222</sup>, il dibattito tra una concezione oggettiva e soggettiva (o soggettivo-probatoria) dell'univocità è lontano dall'essersi definitivamente sopito. Non soltanto: la rivalutazione dell'univocità degli atti, anche a discapito dell'idoneità, che in fin dei conti, impostata in questi termini, non riesce a dire granché, ha in qualche modo riaperto il problema sull'effettiva natura del criterio in discorso e la sua relazione con il dolo del tentativo ed in particolare con il dolo eventuale<sup>223</sup>. Ed invero, si è di recente osservato come alcune debolezze dell'orientamento oggettivistico non lascino altra scelta che intendere il requisito dell'univocità in senso soggettivo, facendolo coincidere quindi con la prova del dolo: «Pur essendo note le obiezioni a tale tesi, secondo cui in tal modo si proporrebbe una *interpretatio abrogans* dell'univocità a favore della prova del dolo, che invece è requisito essenziale di ogni reato, si può agevolmente replicare che la tesi [...] non implica una questione di prova del dolo, ma di atteggiamento del dolo»<sup>224</sup>.

In questo senso, ma pur sempre nell'ambito di una concezione oggettiva dell'univocità, Marco Siniscalco nel suo saggio *La struttura del delitto tentato* pubblicato nel 1959, richiamava proprio il «fine» delittuoso come secondo elemento del rapporto di relazione. Nell'analizzare, infatti, gli elementi oggettivi del tentativo, all'interno dei quali l'Autore collocava, in un lavoro complessivamente "classico", anche l'univocità degli atti, rivolgeva stranamente una particolare attenzione all'intenzione criminosa, poiché per enucleare compiutamente tale criterio sarebbe stato necessario sussumere nel rapporto il fine perseguito dall'agente<sup>225</sup>.

---

<sup>221</sup> M. ROMANO, *Commentario sistematico*, I, Art. 56, 16, cit., 556.

<sup>222</sup> Per le critiche ad una concezione soggettiva dell'univocità, v. per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale* <sup>11</sup>, cit., 485-486; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 492. Tuttavia, *contra*, assestandosi su una interpretazione in termini soggettivi dell'univocità, a partire da L. SCARANO, *Il tentativo*, cit., 35 ss.; G. MOLARI, *Sul tentativo nel reato di falso ideologico*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1955, 477; G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, 7° ed., Padova, 1969, 497-498; A. MANNA, *Il delitto tentato tra principio di esecuzione, idoneità ed univocità degli atti e recenti rivalutazioni di atti sostanzialmente preparatori*, in AA.VV., *Il codice penale per il Regno d'Italia (1889)*, cit., LXXXVI; A. MANNA, *Corso di Diritto penale. Parte generale*, cit., 444-445; C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 536-537; G. AZZALI, *Idoneità ed univocità degli atti*, cit., 1185 ss.; G. LICCI, *Il tentativo*, cit., 55 ss.

<sup>223</sup> Per questa implicazione, v., per tutti, quanto osservato in G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 151 ss., nt. 72; ID., *Forme del dolo e principio di colpevolezza nel delitto tentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 963 ss.; ID., *Fatto e colpevolezza nel tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 703 ss.

<sup>224</sup> A. MANNA, *Corso di Diritto penale. Parte generale*, cit., 445.

<sup>225</sup> M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959, 118.

Queste prime considerazioni conducono la trattazione sull'univocità degli atti al punto focale del problema: le opzioni che si presentano all'interprete sono sostanzialmente due con conseguenti ricadute tra loro antitetiche sull'elemento soggettivo del delitto tentato. L'aspetto da cui bisogna prendere le mosse concerne proprio la questione dell'identità tra reato consumato e delitto tentato. L'alternativa, anche se non deve essere rigidamente intesa, tra una concezione oggettiva e soggettiva dell'univocità, presenta dirette ricadute sull'identità tra il dolo della consumazione e quello del tentativo<sup>226</sup>.

Orbene, se si intende l'univocità come espressione esteriore, quindi materialmente percepibile, della direzione degli atti verso la commissione di un determinato delitto, ben potrebbe anche il dolo eventuale essere ricompreso tra le forme in cui si può esprimere la coscienza e volontà di realizzazione di una fattispecie delittuosa (tentata)<sup>227</sup>; al contrario, intendendo l'univocità in senso soggettivo, quindi come elemento rivelatore del fine delittuoso dell'agente, non si potrebbe ammettere un forma di dolo che si caratterizza per uno persistente stato di dubbio e di incertezza fino all'epilogo della condotta, che nel tentativo peraltro non si realizza<sup>228</sup>. Le ricadute in tema di dolo, a dire il vero, di questo duplice orientamento, non creano tuttavia dei vincoli particolarmente rigidi. In verità, ad una più attenta analisi, come è già stato evidenziato in dottrina, il dolo presenta caratteristiche fondamentali comuni sia in colui che riesce a portare a compimento l'azione criminosa sia, invece, nel caso in cui quest'ultima si

---

<sup>226</sup> G.A. DE FRANCESCO, *Forme del dolo e principio di colpevolezza nel delitto tentato*, cit., 964-965.

<sup>227</sup> Per la tesi della compatibilità del dolo eventuale con il tentativo, v. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale* <sup>5</sup>, cit., 477, con la motivazione che il dolo del delitto tentato non differisce da quello del reato consumato; poi soprattutto M. ROMANO, *Commentario sistematico*, I, Art. 56, 7, cit., 506-507; E. MORSELLI, *Il dolo eventuale nel delitto tentato*, in *Indice pen.*, 1978, 33 ss.; A. SANTORO, voce *Tentativo (diritto penale)*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, 1148; B. BATTAGLINI, *Considerazioni sul dolo eventuale*, in *Cass. pen.*, 1986, 469; G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., 513 ss.; accenni critici in D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 364-365, in cui si accenna anche all'abitudine della giurisprudenza di trasformare il dolo eventuale in dolo diretto così da ammetterne pacificamente la configurabilità del tentativo (ad es.: *Cass. pen.*, 25 marzo 2003, n. 19897, in *Riv. pen.*, 2004, 260; S. BELTRANI, *Il delitto tentato*, Padova, 2003, 65; V. anche, nello stesso senso, l'ampia analisi, prevalentemente di taglio giurisprudenziale, di A. CANEPA, *Dolo eventuale e tentativo: possibilità e limiti di una compatibilità*, in *Indice pen.*, 2009, 421 ss. Nella giurisprudenza, la compatibilità del dolo eventuale con il delitto tentato è stata sostenuta da diverse pronunce, a partire soprattutto da *Cass. pen.*, Sez. unite, 18 giugno 1983, n. 6309, Basile, in *Cass. pen.*, 1984, 498.

<sup>228</sup> MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., 513-514; S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., 753-754; secondo G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 494 ss. anche assumendo il concetto di univocità in termini oggettivi (o prevalentemente oggettivi) il dolo eventuale risulterebbe comunque incompatibile con il delitto tentato principalmente in base al fatto che nel tentativo è insita una chiara direzione verso un obiettivo criminoso che caratterizza la condotta e non una semplice accettazione di un rischio che si realizzi un evento: la dimensione materiale e quella soggettiva devono necessariamente coincidere nell'indicare la direzione finalistica degli atti. Per la tesi contraria alla compatibilità del dolo eventuale con il tentativo, v. spec., oltre ormai alla prevalente manualistica e alle note seguenti, M. GALLO, voce *Dolo (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 796; S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 141 ss., con la motivazione che nel tentativo gli atti devono essere "diretti" a commettere un delitto; V.N. D'ASCOLA, *Il dolo del tentativo: considerazioni sul rapporto tra fattispecie oggettiva e fattispecie soggettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 682 ss.

arresti allo stadio del tentativo<sup>229</sup>. Il coefficiente soggettivo di imputazione, in termini generali, presenterebbe dunque un'uguaglianza di fondo e non potrebbe essere altrimenti. È ben vero, infatti, che anche qualora l'*iter criminis* non giunga alla sua piena realizzazione, il soggetto agente ha comunque l'intenzione di realizzarlo e l'impedimento, nel caso del tentativo, non deriva da un volontario cambio di propositi, da una resipiscenza, bensì dall'intervento di fattori esterni, senza i quali il fatto di reato (se gli atti erano idonei) non avrebbe trovato ostacoli ulteriori, se non – per la vittima designata – un ulteriore intervento benigno della “sorte”. Risulterebbe quindi pleonastico ribadire che mai, in nessun caso l'agente che compia un delitto tentato in realtà non avrebbe voluto fermarsi al tentativo, ma giungere oltre e realizzare completamente il reato: in ciò non vi sarebbe ovviamente un diverso modo di atteggiarsi dell'elemento soggettivo, pur a fronte della mancata integrazione (e realizzazione) di tutti gli elementi contemplati nel fatto tipico<sup>230</sup>. Il ragionamento deve essere, dunque, spostato su un altro piano: nonostante quanto appena considerato, ci possono essere altri motivi che possono indurre, al di là della natura (oggettiva o soggettiva) che si voglia attribuire all'univocità, ad escludere l'ammissibilità anche nell'ambito del tentativo del dolo indiretto<sup>231</sup>. È la natura stessa di questa particolare forma di dolo, che ne rappresenta il limite inferiore e quindi il confine con il massimo grado della colpa, cioè la c.d. colpa cosciente o con previsione *ex art. 61, n. 3 c.p.*, che potrebbe fornire la soluzione al problema della sua inammissibilità anche nel delitto tentato<sup>232</sup>. Invero, si tratta di un percorso argomentativo non nuovo, che risale addirittura al Carrara, e che concerne la struttura del tentativo e soprattutto ciò che naturalmente manca nel tentativo rispetto al reato consumato. È chiaro che di per sé la mancata (piena) realizzazione del fatto tipico nel tentativo non produce una trasformazione genetica del dolo, nondimeno la mancata corrispondenza tra quelle che erano le iniziali previsioni dell'agente e la dimensione oggettiva del fatto genera, di conseguenza, delle ripercussioni anche sull'oggetto del dolo. Se il rimprovero a titolo di dolo eventuale si fonda sul fatto che l'evento di cui l'agente ne aveva

---

<sup>229</sup> Chiaramente M. ROMANO, *Commentario sistematico*, I, Art. 56, 7, cit., 506: «[È] esatto affermare che il dolo del tentativo è il dolo della consumazione: del resto, l'agente vuole commettere il delitto, non il tentativo, sicché i contenuti di rappresentazione e volizione al momento della condotta non possono che essere quelli stessi del reato consumato». Sul punto, cfr. G.A. DE FRANCESCO, *Forme del dolo e principio di colpevolezza*, cit., 968 ss.

<sup>230</sup> L'obiezione avanzata da una parte della dottrina che non vi sarebbero ragioni che impediscano di conciliare tutte le forme del dolo con la struttura del delitto tentato poggia su una sorta di “equazione”, che si regge sull'identità (e sulla permanenza di tale identità) del dolo anche qualora l'agente non giungesse all'esito finale della condotta delittuosa: se questo particolare atteggiamento psichico assume rilievo nel reato consumato dove l'evento si verifica, sarebbe illogico che non rilevasse parimenti nel caso del tentativo, se l'agente ha comunque accettato il rischio che l'evento avrebbe potuto verificarsi.

<sup>231</sup> È questa la tesi sviluppata da G.A. DE FRANCESCO, *Forme del dolo e principio di colpevolezza*, cit., 963 ss.; ID., *Fatto e colpevolezza nel tentativo*, cit., 703 ss.; in senso adesivo si esprime anche L. RISICATO, *Combinazione e interferenze di forme di manifestazione del reato*, cit., 203-204.

<sup>232</sup> G.A. DE FRANCESCO, *Forme del dolo e principio di colpevolezza*, cit., 969 ss.

accettato il rischio del suo verificarsi si sia poi effettivamente realizzato, com'è stato osservato, nel caso del tentativo: «[L]'esclusione del dolo eventuale rispetto ad un evento di cui non sia richiesta l'effettiva verifica, non appaia affatto incongrua o irragionevole [...]. E ciò, per la ragione essenziale che gli elementi del fatto cui dovrebbe riferirsi la 'volontà' dell'autore non sembrano più idonei a far assurgere quest'ultima al ruolo di un coefficiente soggettivo che ha realmente orientato la condotta in direzione dell'evento [...]. [S]embra assai più difficile ammettere che possa assumere rilevanza una 'volontà' che non era in alcun modo rivolta a realizzare il risultato offensivo, bensì al perseguimento di altri scopi tutt'affatto differenti». È pur vero che lo stato di dubbio sull'effettiva verifica dell'evento è questione che attiene al momento gnoseologico e non volitivo del dolo, poiché l'incertezza che ha l'agente riguarda la realizzazione del fatto e non altera l'aspetto volitivo, che potrebbe mantenersi sempre fermo verso il proposito delittuoso<sup>233</sup>.

Per quanto concerne il reale significato e quindi l'effettiva portata da attribuire al criterio dell'univocità degli atti, partendo dall'analisi della giurisprudenza, prevale una concezione oggettiva dell'univocità. Secondo questa tesi, gli atti devono risultare, in base al contesto nel quale si inseriscono, oltre che per la loro essenza, indicatori del piano delittuoso perseguito<sup>234</sup>. Non mancano però, anche di recente, prese di posizione differenti, che tendono a ricostruire il criterio dell'univocità in termini più soggettivi o comunque non strettamente oggettivi; si afferma infatti, in alcune pronunce, che l'univocità degli atti possa essere dedotta da qualsiasi elemento di prova in grado di ricostruire l'intento criminoso dell'agente (univocità degli atti probatorio-processuale)<sup>235</sup>.

Risultano assestate su una concezione soggettiva dell'univocità diverse pronunce, in particolare con riferimento al reato di rapina impropria. Tra le altre, in una sentenza del 2010, si legge: «La norma incriminatrice di cui all'art. 628 c.p., comma 2 va, infatti, integrata con la norma generale sul delitto tentato sicché non si richiede, in ipotesi di tentativo, l'effettivo impossessamento del bene altrui, essendo, invece, sufficiente che la condotta dell'agente sia potenzialmente idonea a produrre l'impossessamento stesso, mediante violenza o minaccia e

---

<sup>233</sup> G.A. DE FRANCESCO, *Forme del dolo e principio di colpevolezza*, cit., 977-978. Riprendendo la tesi di questo Autore, considera positivamente, per esigenze politico-criminali, la necessità di differenziare le diverse forme del dolo sulla possibilità di verifica dell'evento lesivo, M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 397, nt. 142.

<sup>234</sup> Per la giurisprudenza di legittimità, v., *ex multis*, Cass., Sez. VI, 17 febbraio 2011, n. 25065, in *C.E.D. Cass.*, 250421; Cass., Sez. V, 24 settembre 2009, n. 43255, *ivi*, 245720; addirittura anche qualora la prova dell'univocità sia ricavata *aliunde*, Cass. pen., Sez. V, 24 novembre 2015, n. 4033, in *DeJure*.

<sup>235</sup> Cass. pen., Sez. I., 18 giugno 2019, n. 29101, in *C.E.D. Cass.*, 276401.

che la direzione univoca degli atti, desumibile da qualsiasi elemento di prova, renda manifesta la volontà di conseguire l'intento criminoso»<sup>236</sup>.

Si rinvencono, inoltre, sentenze che in qualche modo, cercano di combinare le due tesi oggettiva e soggettiva e altre che sovrappongono l'univocità degli atti (intesa, almeno formalmente in senso oggettivo) con l'elemento soggettivo del tentativo e quindi con l'intenzione criminosa<sup>237</sup>. In questa prima direzione, si è sostenuto che: « Deve, in proposito, rilevarsi che l'univocità degli atti costituisce il presupposto indispensabile per ritenere una condotta delittuosa [...] riconducibile all'alveo applicativo dell'art. 56 c.p. Tutto questo risponde all'esigenza di ricostruire in termini certi la volontà dell'agente rispetto all'aggressione del bene giuridico protetto della norma [...], conformemente a quanto statuito da questa Corte, secondo cui: 'In tema di tentativo, il requisito dell'univocità degli atti va accertato ricostruendo, sulla base delle prove disponibili, la direzione teleologica della volontà dell'agente quale emerge dalle modalità di estrinsecazione concreta della sua azione, allo scopo di accertare quale sia stato il risultato da lui avuto di mira, sì da pervenire con il massimo grado di precisione possibile alla individuazione dello specifico bene giuridico aggredito e concretamente posto in pericolo'»<sup>238</sup>. È da segnalare comunque come la tesi soggettiva dell'univocità degli atti stia prendendo piede nella giurisprudenza, che la impiega, sempre più di frequente – anche se non sempre viene dichiarato – come criterio decisivo per la configurabilità del tentativo.

Il criterio dell'univocità appare problematico e di difficile accertamento nel caso vi sia una distanza di spazio e di tempo tra gli atti preparatori ed esecutivi e la possibile o probabile consumazione della fattispecie delittuosa. Invero, la stessa distinzione tra atti preparatori ed esecutivi, in questi casi, diventa piuttosto problematica, perché gli atti posti in essere dall'agente potrebbero essere equivoci fino a poco prima dell'inizio degli atti tipici o financo pretipici, pur non rientrando nella categoria dei c.d. reati unisussistenti; in realtà, il problema della configurazione del tentativo è diverso, se non opposto, a quello dei reati unisussistenti (o quasi unisussistenti), poiché in questi casi è l'eccessiva frazionabilità della condotta a rendere difficoltosa l'individuazione del momento in cui l'agente si è deciso a dare corso alla condotta illecita. In linea di massima, sono prospettabili due soluzioni, che rispecchiano le due opposte

---

<sup>236</sup> Cass., Sez. II, 23 settembre 2010, n. 36723, in *Riv. pen.*, 2011, 1, 35.

<sup>237</sup> Esempio di confusione tra univocità degli atti e intenzione criminosa Cass., Sez. I, 16 giugno 2010, n. 24808, in *C.E.D. Cass.*, 247806, in tema di tentato omicidio; con alcune somiglianze argomentative Cass., Sez. I, 23 giugno 2009, n. 35174, *ivi*, 245204, sulla differenza tra tentato omicidio e lesioni personali.

<sup>238</sup> Cass. pen., Sez. I, 18 giugno 2019, n. 29101, in *C.E.D. Cass.*, 276401; Cass. pen., Sez. II, 12 marzo 2012, n. 12175, in *Cass. pen.*, 2013, 3950; Cass. pen., Sez. II, 21 settembre 2011, n. 36536, in *C.E.D. Cass.*, 251145.

tesi (oggettiva e soggettiva) dell'univocità. Si prenda, ad esempio, il caso del reato di frode in commercio di cui all'art. 515 c.p. che si consuma nel momento in cui colui che, nell'esercizio di una attività commerciale o in uno spaccio aperto al pubblico, consegna all'acquirente una cosa mobile per un'altra o comunque una cosa diversa per origine, provenienza, qualità o quantità rispetto a quella dichiarata o pattuita. I contrasti giurisprudenziali, che hanno visto anche un intervento delle Sezioni unite, riguardano sostanzialmente il momento antecedente all'inizio della contrattazione o pattuizione con il cliente o avventore: se la semplice messa in vendita, cioè con esposizione della merce al pubblico, con l'iscrizione in menù di un ristorante oppure con la mera detenzione in magazzino, possa già integrare di per sé un tentativo di frode. Secondo l'indirizzo più risalente, i comportamenti prima descritti non potevano essere considerati come atti idonei e inequivoci, perché per la configurazione del tentativo era necessario almeno un inizio di contrattazione o comunque un contatto con il cliente<sup>239</sup>. Di segno diverso, invece, una seconda tesi, secondo la quale poteva essere ravvisato un tentativo di frode in commercio indipendentemente dall'incontro con un acquirente, essendo idonei e non equivoci tutti quegli atti comunque diretti alla consegna della merce<sup>240</sup>. Su questo contrasto, come anticipato, sono intervenute le Sezioni unite con una sentenza del 2000, nella quale si è statuito che: «[L]a semplice detenzione all'interno del negozio o di un deposito di prodotti alimentari scaduti e con etichetta alterata o sostituita, senza che questi siano esposti o in qualche modo offerti al pubblico, non integra gli estremi del tentativo, essendo ben possibile che quella merce sia stata accantonata per essere successivamente eliminata; e non potendosi quindi desumere con certezza da quella detenzione la reale intenzione dell'agente. Ma se i prodotti in questione vengono esposti sui banchi dell'esercizio (come si è verificato nel caso concreto), o sono comunque offerti al pubblico, la condotta posta in essere dall'esercente dell'attività commerciale è invece idonea a dimostrare che la sua intenzione era quella di venderli agli acquirenti che si sarebbero presentati, con conseguente configurabilità del tentativo di frode in commercio»<sup>241</sup>. Da notare, inoltre, come la semplice messa in vendita di sostanze non genuine spacciate come genuine costituisca già reato, ai sensi dell'art. 516 c.p., per il quale la giurisprudenza ha persino ritenuto configurabile il tentativo<sup>242</sup>.

---

<sup>239</sup> Cass. pen., Sez. III, 26 giugno 1998, n. 2038, in *Cass. pen.*, 1999, 12, 3434; Cass. pen., Sez. III, 13 ottobre 1994, n. 11258, *ivi*, 1996, 4, 829.

<sup>240</sup> Cass. pen., Sez. III, 21 ottobre 2013, n. 46183, in *C.E.D. Cass.*, 257633; Cass. pen., Sez. III, 28 ottobre 2010, n. 41758, *ivi*, 248703; Cass. pen., Sez. III, 5 novembre 2008, n. 1454, in *Riv. pen.*, 2009, 6, 688; Cass. pen., Sez. III, 9 luglio 2004, n. 36056, in *C.E.D. Cass.*, 229480.

<sup>241</sup> Cass. pen., Sez. unite, 25 ottobre 2000, n. 28, Morici, in *Giur. it.*, 2001, 1685, con nota di FALCINELLI.

<sup>242</sup> Cass. pen., 5 giugno 1998, n. 8662, in *Cass. pen.*, 2000, 4, 928.

Lo stesso problema si pone anche per il reato di truffa, quando si vengono a creare circostanze che, per la tipologia dei mezzi o per peculiari condizioni di fatto, pur molto distanti temporalmente dall'inizio della realizzazione della fattispecie, non siano ancora del tutto inequivocabili. È il caso, ad esempio, di alcune guardie giurate che, durante un servizio di vigilanza notturno, furono trovate in possesso di alcune chiavi per l'apertura dei congegni ad orologeria (che indicavano l'avvenuto controllo di sicurezza all'orario stabilito) e quegli atti vennero ritenuti idonei e non equivoci per configurare un tentativo di truffa<sup>243</sup>.

Passando ora ad esaminare in modo più approfondito gli orientamenti in senso oggettivistico della dottrina, bisogna innanzitutto evidenziare come questa massiccia adesione ad una concezione per l'appunto oggettiva dell'univocità degli atti non conduca ad esiti altrettanto condivisi su quale debba essere il significato e la natura effettivi di questo criterio: sono diverse le accezioni e di conseguenza anche le funzioni che si pretendono attribuire al ruolo della direzione non equivoca nella definizione della fattispecie tentata<sup>244</sup>.

La prima soluzione, definibile come quella dell'univocità in senso assoluto e tendente a impiegare questo criterio per evitare una eccessiva dilatazione degli atti punibili a titolo di tentativo, considera univoci gli atti che possiedono in relazione al caso concreto nel quale si inseriscono: «[L]'attitudine a denotare il proposito criminoso perseguito». E dunque: «[C]onsiderati nella loro oggettività, riflettano in maniera sufficientemente congrua la direzione verso il fine criminoso»; così intesa, l'univocità assumerebbe una funzione di "essenza", come elemento della condotta capace sul piano oggettivo di indicarne la direzione verso la commissione del delitto<sup>245</sup>. Una variante di questa prima impostazione è quella di intendere l'univocità in senso più relativo, quindi come parametro per valutare la direzione finalistica degli atti e come riscontro del proposito criminoso, già preventivamente accertato anche *aliunde*, quindi in base al complessivo quadro probatorio a disposizione: «Dopo di che sarà necessario stabilire se gli atti commessi assumono una direzione finalistica certa in rapporto a quel delitto»<sup>246</sup>.

Secondo un'altra impostazione, dai tratti più dinamici e variabili, l'univocità andrebbe invece intesa in termini di probabilità a realizzare il delitto che l'agente si è prefigurato,

---

<sup>243</sup> Cass. pen., Sez. II, 10 marzo 1995, n. 295, in *Giust. pen.*, 1996, 2, 318.

<sup>244</sup> Cfr. G.A. DE FRANCESCO, *Sul tentativo punibile*, cit., 254.

<sup>245</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 489 ss.; E. GALLO, *Il delitto di attentato*, cit., 289; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 492; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 362; S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., 746, dove, però, con riguardo al livello di sviluppo della condotta delittuosa, si parla di probabilità di realizzazione del delitto preso di mira dall'agente.

<sup>246</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 331.

prendendo in considerazione il livello di sviluppo che caratterizza l'azione criminosa. Gli atti allora sarebbero univoci quando: «[P]er il grado di sviluppo raggiunto, lasciano prevedere come verosimile la realizzazione del delitto voluto. Univocità di direzione degli atti significa la loro attitudine a fondare un giudizio probabilistico sulla realizzazione del delitto perfetto e, quindi, anche sulla verosimile intenzione dell'agente di portare a termine il proposito criminoso»<sup>247</sup>.

Un terzo orientamento, poi, più strettamente ancorato ad un fondamento oggettivo della punibilità del tentativo, individua l'univocità in un momento preciso nell'evoluzione della condotta criminosa, o su un piano formale (ad esempio, per tipo di reato) oppure sul piano materiale. L'univocità, in questo senso, sarebbe l'espressione di una tipicità parziale, o comunque segnerebbe l'inizio della realizzazione della fattispecie, una sorta dunque di inizio d'esecuzione: l'atto è univoco quando l'agente ha posto in essere almeno una parte della condotta tipica<sup>248</sup>. «Il requisito dell'univocità degli atti [...] esprime una caratteristica oggettiva della condotta: gli atti devono di per sé rivelare che l'agente ha iniziato a commettere un determinato delitto. Possono infatti uscire dall'equivoco ed essere diretti verso un determinato delitto – dissipando il dubbio che siano invece diretti alla realizzazione di fatti penalmente irrilevanti ovvero alla commissione di altri delitti – solo gli atti che rappresentino l'inizio d'esecuzione di quel determinato delitto: i soli atti in grado di attirare la qualifica del tentativo 'forma di manifestazione' di quel delitto»<sup>249</sup>. Nei reati a forma vincolata l'atto è univoco quando è tipico, mentre nei reati a forma libera l'univocità sussiste quando l'agente inizia ad impiegare il mezzo per realizzare la fattispecie delittuosa. Lievi varianti di questa impostazione consistono in una valutazione non naturalistica ma sociale (secondo la coscienza sociale) dell'inizio della condotta tipica e l'inglobamento anche degli atti pre-tipici, cioè immediatamente precedenti, nell'alveo degli atti con una direzione non equivoca<sup>250</sup>.

Un ultimo orientamento, infine, considera l'univocità alla stregua di un criterio evolutivo-cronologico in relazione al delitto preso di mira dall'agente, fondendo in sostanza le

---

<sup>247</sup> Così F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*<sup>11</sup>, cit., 487, e per questa ragione, perciò, più nel dettaglio: «[P]er le regole prasseologiche, le probabilità di un risultato aumentano proporzionalmente al numero delle condizioni indispensabili o agevolatrici, via via poste in essere con il progredire del piano criminoso. E, parallelamente, le probabilità che il soggetto desista dal proposito criminoso diminuiscono proporzionalmente al progressivo sviluppo dell'azione e al suo avvicinarsi alla realizzazione dello stesso. Ne deriva che tanto maggiore sarà la probabilità di una reale attuazione del delitto perfetto (quindi, la pericolosità del tentativo), quanto maggiore sarà il grado di sviluppo dell'attività criminosa». In senso analogo, v. G. MONTANARA, voce *Tentativo (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 124-125.

<sup>248</sup> F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., 453-454; A. GAMBERINI, *Il tentativo*, cit., 311.

<sup>249</sup> G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., 503.

<sup>250</sup> A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., 602-603, parlando comunque dell'univocità come criterio di "essenza", con un'assonanza con la prima teoria dell'univocità in senso assoluto. V. anche F. CINGARI, *Gli incerti confini del tentativo punibile*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 867 ss.

tre teorie prima esposte. Si tratta della c.d. teoria materiale-oggettiva-individuale, la quale, motivata anche da ragioni di natura garantista e al fine di meglio individuare gli atti esecutivi, considera univoci quegli atti che abbiano una maggiore vicinanza e prossimità spazio-temporale con l'integrazione degli elementi della fattispecie di reato e che quindi più si avvicinino alla consumazione dello stesso. Secondo questo orientamento, sono univoci gli atti: «[C]orrispondenti alla descrizione legale di una fattispecie delittuosa di parte speciale (cui l'art. 56 c.p. fa riferimento con una previsione di incompletezza: azione non compiuta o evento non verificatosi); inoltre, proprio per la loro prossimità alla consumazione, devono intendersi come non equivoci anche gli atti in rapporto di stretta anticipazione rispetto a quelli, e a quelli legati da un vincolo naturalistico-teleologico»<sup>251</sup>.

Orbene, gli stessi problemi già messi in evidenza per la definizione del criterio dell'idoneità degli atti, si ripropongono con maggior forza anche per il criterio della loro direzione non equivoca, soprattutto qualora si adotti una impostazione rigorosamente materiale-oggettiva. Se oggettivamente (e solo oggettivamente) considerato, l'atto continuerà, praticamente nella totalità dei casi, a conservare un carattere ambiguo perché pluri-direzionale. Se prima di questo passaggio, non si ricostruisce, necessariamente sul piano soggettivo, quale fosse l'intenzione criminosa dell'agente, l'atto in sé considerato non sarà mai realmente in grado di esprimere un rapporto di univocità tra il delitto e la condotta del soggetto, mancando pur sempre un secondo termine di relazione<sup>252</sup>. A questo proposito, nulla rileva un'anticipazione della trattazione dell'univocità rispetto alla idoneità degli atti, poiché entrambi i criteri rimarrebbero in un qualche modo "cechi" di fronte ad una reale e completa ricostruzione della fattispecie tentata. E anche quando, per le specifiche modalità di estrinsecazione della condotta criminosa, si possano indirizzare quegli atti verso una cerchia ristretta di determinati reati, sarebbe comunque una selezione insufficiente per fondarne la loro univocità, poiché anche verso il gruppo di reati ipotizzati rimarrebbe comunque un elevato grado di equivocità.

6. La disciplina del delitto tentato, così come pensata e definita dal legislatore del 1930, fu realizzata, com'è noto, con il chiaro ed evidente scopo di ampliare gli spazi di punibilità rispetto a quella contenuta nel codice Zanardelli del 1889, fino alla punibilità del tentativo inidoneo,

---

<sup>251</sup> M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 557 ss.; anche A. CADOPPI - P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, cit., 468; L. RISICATO, *Combinazione e interferenze di forme di manifestazione del reato*, cit., 195-196.

<sup>252</sup> Orientava l'accertamento del criterio dell'univocità in questo senso, ricostruendo precedentemente il fine delittuoso perseguito dall'agente, da impiegare così come secondo termine del rapporto, M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, cit., 87 ss.; ID., voce *Tentativo*, cit., 3 ss.

grazie alla vaghezza della formulazione dell'art. 56 c.p. e alla conseguente e alquanto assecondante elaborazione giurisprudenziale. Ad una tale disciplina del delitto tentato si è anche accompagnata la definizione del reato impossibile di cui all'art. 49, comma 2, c.p., che rappresenta un *unicum* nel quadro delle codificazioni penali europee, senza trovare alcun riscontro negli altri ordinamenti. Guardando alle linee ermeneutiche delineate dalla dottrina contemporanea, pur a fronte degli evidenti limiti congeniti nella formulazione dei requisiti dell'idoneità e dell'univocità degli atti, non si è comunque fino ad oggi giunti a conclusioni pacifiche e condivise sull'individuazione dell'inizio della condotta punibile.

Gli orientamenti, poi, emersi nella giurisprudenza di legittimità non sono affatto improntati ad un pragmatico buon senso, ad un senso comune, che non sarebbe comunque per nulla rassicurante. L'istituto del delitto tentato ha generato un diritto di matrice giurisprudenziale assolutamente autonomo rispetto alle posizioni espresse dalla dottrina e – cosa ancora più grave – rispetto allo stesso dato letterale dell'art. 56 c.p.; sembra quasi che esistano due norme differenti e che gli orientamenti del diritto pretorio seguano direttrici completamente parallele, arrivando praticamente ad una “sublimazione” dei due criteri di accertamento del tentativo in un unico vago criterio da adattare approssimativamente al singolo caso concreto, se non addirittura ad una *interpretatio abrogans* della stessa norma<sup>253</sup>. Lo stesso radicale ancoramento ad un fondamento oggettivo del tentativo e ad una concezione altrettanto oggettiva degli elementi che lo caratterizzano e lo provano da parte della dottrina, in ossequio al principio di offensività, non è riuscito, a bene vedere – anche se l'intento era assolutamente meritorio – ad impedire quegli eccessi di punitivismo ed eccessiva anticipazione della soglia della punibilità, che puntualmente si verificano nella giurisprudenza di merito e di legittimità, secondo la quale la distinzione tra atti preparatori ed esecutivi sarebbe questione superata. Come è stato correttamente osservato, un'attenta analisi delle posizioni della dottrina e degli orientamenti della giurisprudenza non può non rivelare la conclusione che nel sistema penale italiano convivano la dottrina più garantista e la giurisprudenza più repressiva<sup>254</sup>.

Anche i progetti di riforma che si sono susseguiti nel tempo, dal Progetto Gonnella negli anni '70 ai lavori delle Commissioni di riforma Grosso e Pisapia hanno cercato di individuare modelli di disciplina dell'istituto che giungessero ad una maggiore tipizzazione e che riuscissero a colmare quella carenza di determinatezza, imprimendo alla struttura normativa una più accentuata oggettivizzazione, con la consapevolezza tuttavia che l'estensione “verticale” della punibilità, attraverso espressioni di tipo regolativo, sconta comunque una

---

<sup>253</sup> I. CARACCIOLI, *Il tentativo*, cit., 203.

<sup>254</sup> Così S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., 962.

congenita incapacità di afferrare la realtà poliforme che può ricorrere nel *crimen in itinere*<sup>255</sup>.

Non si può oggi, però, analizzare un istituto così classico, senza calarlo nel contesto attuale, senza prendere in considerazioni i mutamenti che il sistema penale ha registrato negli ultimi anni.

Il diritto penale tradizionalmente attraverso le sue sanzioni, attraverso la pena interviene a sanzionare fatti che già hanno causato un danno a interessi meritevoli di tutela, interviene in sostanza quando ormai è troppo tardi ed è proprio in questo aspetto che si differenzia dal diritto amministrativo (punitivo) e in particolare dal diritto di polizia, il cui compito è quello appunto di prevenire la commissione dei reati e di impedire che le condotte criminose giungano a conseguenze ulteriori<sup>256</sup>. Ma le tendenze del diritto penale moderno, sempre più indirizzato alla costruzione di fattispecie incriminatrici che puniscono fatti che non provocano una lesione del bene giuridico ma soltanto una sua messa in pericolo effettiva o presunta, creano un collegamento con il diritto di polizia: il diritto penale dell'evento, della lesione cede sempre con maggior frequenza il passo al diritto penale del pericolo. Non è, dunque, necessario il verificarsi della lesione di un bene giuridico, ma è sufficiente la sua messa in pericolo per applicare fattispecie di reato e per far intervenire di conseguenza sanzioni penali. È proprio in questo contesto di forte anticipazione della tutela (penale) che l'istituto del delitto tentato necessita di una profonda ed articolata rilettura, nella doppia prospettiva *de lege lata* e *de lege ferenda*<sup>257</sup>.

E così, nonostante i problemi e le questioni ancora aperte che si è cercato di porre in evidenza, l'istituto del delitto tentato non registra oggi, sia nella dottrina che nella giurisprudenza, le stesse tensioni e preoccupazioni che si riscontrano per l'altra forma di manifestazione del reato, cioè il concorso di persone, che riguarda senz'altro le forme più pericolose e insidiose di criminalità. L'istituto del tentativo non rientra, a differenza della

---

<sup>255</sup> Su questo, v. F. PALAZZO, *Il tentativo: un problema ancora aperto?*, cit., 51-52: «[I] tentativo è strutturalmente diverso e anzi antinomico rispetto alla 'fisionomia' propria del tipo criminoso. Quest'ultimo, infatti, si caratterizza per la sua capacità di esprimere descrittivamente un contenuto di disvalore omogeneo: tende, cioè, a convertire un giudizio essenzialmente di valore in una descrizione essenzialmente di fatti, senza peraltro perderne la compenetrazione e i reciproci condizionamenti applicativi. La norma generale sul tentativo, al contrario, rinuncia in realtà alla tipizzazione [...], poiché essa è totalmente sbilanciata sul versante di un giudizio a scapito della descrizione fattuale.

<sup>256</sup> Per una lettura aggiornata sui rapporti tra sanzione penale ed amministrativa, con particolare riguardo all'ambito economico e societario, v. L. FOFFANI, *I mobili confini tra sanzione penale e amministrativa nel contesto della politica criminale europea*, in AA.VV., *Studi in onore di Lucio Monaco*, a cura di A. Bondi - G. Fiandaca - G.P. Fletcher - G. Marra - A.M. Stile - C. Roxin - K. Volk, Urbino, 2020, 541 ss.

<sup>257</sup> Su questo aspetto, particolarmente importanti i contributi, nella letteratura penalistica tedesca, di H. SCHRÖDER, *Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht*, in ZStW, Bd. 81, 1969, 5 ss.; U. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt a.M., 1989, 163 ss., 225 ss. e 277 ss.; W. WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte*, Berlin, 2000, 110 ss., 281 ss. e 305 ss.

compartecipazione criminosa, nelle attuali preoccupazioni del legislatore, nelle azioni strategiche di contrasto alla macro-criminalità, rappresentando per sua natura un accadimento del tutto casuale, maggiormente correlato a quelle forme di media-micro-criminalità, caratterizzate da una maggiore episodicità e che sfuggono a politiche di “lotta” e di contrasto strutturate e mirate<sup>258</sup>.

L’anticipazione dell’intervento penale segue oggi altre strade, anche meno complesse e più dirette, che relegano l’istituto del tentativo ai margini. Il legislatore, da molti anni, tende a costruire (quasi tutte o comunque molte) fattispecie di reato come reati di pericolo e reati di pericolo tendenzialmente presunto, puniti sia a titolo di dolo e sovente a titolo di colpa<sup>259</sup>. Si tratta di un cambio di paradigma rilevante: nell’impostazione originaria del codice del ’30 il tipo “ideale” di delitto era quello di evento, il reato di evento dannoso. Il Libro I del codice è pieno di “eventi”, in ogni reato c’è un evento che può provocare un danno o (anche) un pericolo (persino un evento di pericolo)<sup>260</sup>.

Questa, dunque, era la funzione attribuita ai delitti, il cui limite inferiore era rappresentato dal delitto tentato e alle contravvenzioni invece – secondo la bipartizione ereditata dalla criminalistica francese e di età napoleonica in particolare – era riservata una funzione di tipo prevalentemente preventivo e di garanzia per la sicurezza e la salvaguardia dell’ordine pubblico e, in senso lato, sociale. Comportamenti deviati-devianti o anche soltanto moralmente scomodi, reazioni socialmente scomposte, possesso di oggetti non permessi e pericolosi, *délit obstacle*, mere trasgressioni e inosservanze delle direttive impartite dalla pubblica Autorità erano l’oggetto delle contravvenzioni, *mala quia prohibita* che regolavano o avevano la pretesa di regolare e indirizzare la vita sociale<sup>261</sup>.

La bipartizione era dunque chiara e ben delineata in questi termini: se vi era un danno era

---

<sup>258</sup> Una nuova attualità, comunque, il tentativo l’ha riacquisita a fronte di una sempre più frequente frazionabilità e complessità esecutiva dell’*iter criminis*. Sul punto, v. E. MEZZETTI, *Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*, 3° ed., Bologna, 2020, 497 ss. Di recente, peraltro, non sono venute meno le preoccupazioni di punire anche il tentativo nel “moderno” diritto penale europeo: il d.lgs. 14 luglio 2020, n. 75 di attuazione della Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale, dove l’art. 2 aggiunge all’art. 6 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 il comma 1-*bis* che prevede la punibilità anche a titolo di tentativo (prima escluso dallo stesso art. 6) dei delitti di cui agli artt. 2, 3 e 4 del medesimo decreto, quando questi sono compiuti anche nel territorio di altro Stato membro dell’Unione europea, al fine di evadere l’imposta sul valore aggiunto per un valore che non sia inferiore nel suo complesso a dieci milioni di euro.

<sup>259</sup> Sul problematico rapporto tra reati di pericolo e delitto tentato, cfr. G.A. DE FRANCESCO, *Il tentativo nei reati di pericolo. Prospettive di un dialogo ermeneutico*, in *Cass. pen.*, 2013, 1731 ss.

<sup>260</sup> M. DONINI, *Perché il codice penale. Le riforme del codice oltre i progetti di pura consolidazione*, in *Dir. pen. cont.* - *Riv. trim.*, web, 2020, 3, 11-12.

<sup>261</sup> Cfr. le osservazioni svolte in M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 125-126; prima sempre ID., *Per un codice penale di mille incriminazioni*, in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, 1656.

questione che spettava alla categoria dei delitti; un reato senza danno, la mera trasgressione di qualcosa, era quindi una contravvenzione, cioè un illecito di polizia. Guardando oggi al sistema penale e agli indirizzi di politica-criminale, la parte generale del codice, che ancora sopravvive ma è stata scritta nel 1930, subisce così una profonda metamorfosi e di conseguenza alcuni istituti, come il delitto tentato, hanno perso la loro centralità e svolgono oggi soltanto una funzione di tipo ancillare, che viene lasciata nelle mani del giudice, come se fosse una “cambiale in bianco”: già il legislatore attraverso le sue tecniche di incriminazione incentrate sul rischio e sul pericolo, nel sostenere e promuovere con sempre maggior vigore un diritto penale della sicurezza, tutto precauzionale, anticipa enormemente l’intervento dell’armamentario penalistico<sup>262</sup>; se ciò non dovesse bastare, il giudice può sempre ricorrere al tentativo, che sarebbe, a questo punto, la punizione della preparazione della preparazione<sup>263</sup>.

Ma questa tendenza anticipatrice è molto meno rassicurante e garantista del tentativo, perché spesso non si richiedono atti idonei e diretti in modo non equivoco, un dolo intenzionale o una graduazione della volontà ad esso comunque confinante, bensì molto meno, come il verificarsi di una situazione anche solo in astratto pericolosa. Il tema del rischio e l’esigenza di sicurezza sono diventati allora le principali questioni del diritto penale attuale<sup>264</sup>. Questa tensione preventiva inevitabilmente incide sul tipo di incriminazioni, spostando, come detto, l’attenzione dall’evento lesivo alla condotta pericolosa ed anche alle situazioni preliminari con riferimento all’imputazione dolosa e alla definizione di condotte *standard* con riguardo al titolo colposo<sup>265</sup>.

Un decisivo impulso a questi modelli di incriminazione è stato fornito da un sempre più esteso processo di decodificazione, che ha coinvolto con il passare degli anni, settori particolarmente importanti, creando dei sotto-sistemi del diritto penale che poco o nulla

---

<sup>262</sup> M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., 107 ss. e 119 ss.

<sup>263</sup> Si fa riferimento soprattutto alla legislazione antiterrorismo e in particolare ai delitti di cui agli artt. 270-*quater* e 270-*quinquies* c.p.: F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2006, 674 s.; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”. Il riemergere del ‘nemico’ nelle politiche penali contemporanee*, in *Cass. pen.*, 2006, 2, 694 ss.; R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, 67 ss. e *passim*; V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013, 209 ss. e 253 ss.

<sup>264</sup> Su rapporti tra diritto penale e rischio e sull’incidenza di quest’ultimo nel sistema penale, rimane fondamentale il lavoro di C. PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt a.M., 1993, 49 ss., 172 ss. e 236 ss.

<sup>265</sup> Su questo tema, v., per tutti, W. NAUCKE, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini - M. Pavarini, Bologna, 2011, 79 ss. Cfr. anche G.P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all’espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1654 ss.; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, 8 ss.; G. MARRA, *Il diritto penale della società punitiva: l’eccezione della libertà nella normalità della coercizione*, in *Criminalia*, 2019, 423 ss.

avevano (e hanno) a che vedere con l'impostazione codicistica, non tanto con quella originaria, ma con quel codice modificato, reinterpretato e riletto alla luce della Carta costituzionale e dei principi in essa contenuti. È questa, in altri termini, l'abiura di qualsiasi concetto di "diritto penale minimo", tra l'altro concepito in quegli anni in un'ottica (prevalentemente) codicistica<sup>266</sup>.

La legislazione penale complementare crea allora dei sotto-sistemi che si distanziano anche in maniera considerevole dalle strutture del codice e che addirittura le superano o le smentiscono. Questo processo di decodificazione è, allo stesso tempo, anche un processo che traghetta lo *jus puniendi* verso la logica della prevenzione<sup>267</sup>. La prevenzione nel diritto penale complementare e decodificato assume un ruolo centrale, così come la sanzione o meglio la sua effettività, tale da costruire le fattispecie di reato in modo prodromico, garantendo una tutela anticipata, non tanto perché portatrici di un disvalore in sé, ma poiché sono uno strumento utile a fini preventivi; sono, in altri termini, uno strumento della sicurezza. Tanto più aumentano i rischi, tanto più aumenta un'esigenza preventiva e quindi di sicurezza. Elementi e strutture del diritto penale del rischio e della sicurezza sono presenti in pressoché tutte le aree in cui si registra un intervento penale: in materia di sicurezza sul lavoro, tributaria, con riferimento alla sicurezza del prodotto, dell'ambiente, dell'attività d'impresa, nella sicurezza agro-alimentare, informatica e non più soltanto nei settori tradizionali della tutela dell'ordine pubblico e della personalità dello Stato.

Anche sulla scorta di queste considerazioni, si potrebbero affiancare al tentativo nuove forme di tutela anticipata, in una posizione sussidiaria rispetto ad esso e con caratteri eterogenei rispetto alla tipica caratura collettivistica delle fattispecie criminose del rischio e della sicurezza, rappresentate da una nuova tipologia di reati di pericolo di tipo "individuale", collocati a cavaliere tra i reati di evento (di danno) e i reati di pericolo comune. I reati di pericolo individuale avrebbero così, da un lato, l'obiettivo di porre rimedio alle criticità sulla dimostrazione del nesso causale nei delitti di evento dannoso, dall'altro quello di sopperire ai tentativi di assimilare alle fattispecie di disastro fatti di danno o pericolo in realtà privi di quel connotato di diffusività *in incertas personas* che contraddistingue il pericolo comune.

Il bisogno di prevedere ancora una figura del tentativo come quella delineata dall'art. 56 c.p., con un allargamento così ampio delle maglie della punibilità e alla quale può essere ricondotta sostanzialmente qualsiasi fattispecie delittuosa, compresi gli stessi reati di pericolo, è dunque

---

<sup>266</sup> N. MAZZACUVA, *Il 'diritto penale massimo' tra incremento dei tipi punitivi e 'addizioni' giurisprudenziali*, in AA.VV., *Cassazione e legalità penale*, a cura di A. Cadoppi, Roma, 2017, 311 ss.

<sup>267</sup> M. DONINI, *Decodificazione*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, in corso di pubblicazione.

enormemente ridimensionato. Una limitazione della figura del tentativo, allora, in una prospettiva di riforma, diventa una necessità irrinunciabile di fronte alle attuali tendenze politico-criminali, così da rappresentare realmente un'eccezione nell'anticipazione della punibilità, quantomai scevra da voluti e preordinati margini di incertezza interpretativa ed arbitrarietà applicativa. Questa operazione può essere condotta su due piani: sul piano ermeneutico, adottando correttivi in grado di circoscrivere il campo applicativo dell'istituto entro un perimetro più certo e definito, evitando così quelle distorsioni *in malam partem* riscontrabili diffusamente nella giurisprudenza e anche, seppur indirettamente, in una parte della dottrina, anche attraverso una tecnica del "parlare chiaro" che spesso manca. Sul piano positivo, invece, limitare la possibilità di configurare il delitto tentato soltanto ad alcune fattispecie delittuose.

Accantonando per il momento il primo aspetto che sarà ripreso nel prosieguo della trattazione, la strada di una possibile limitazione – che vada necessariamente e decisamente oltre la configurabilità del tentativo per i soli delitti – può essere percorsa con due modalità differenti, peraltro già sperimentate in codici penali di altri ordinamenti europeo-continentali<sup>268</sup>. La prima, ed è forse quella più semplice, potrebbe consistere nel limitare l'applicabilità dell'istituto del delitto tentato ai soli delitti puniti in astratto con la pena della reclusione non inferiore nel minimo ad un determinato numero di anni; ad esempio, limitare la configurabilità del tentativo ai soli delitti per i quali è prevista una pena minima non inferiore ai 3 (o ai 2) anni di reclusione. Questa soluzione, piuttosto radicale, presenta però aspetti problematici: escluderebbe con taglio netto e orizzontale tutta una serie di fattispecie delittuose, in particolare diversi reati contro la persona, il patrimonio, la fede pubblica, contro la salute pubblica e la pubblica amministrazione che anche nella loro forma tentata suscitano comunque un rilevante allarme sociale, pregiudicando la sicurezza collettiva, e riguardando beni e interessi che necessitano senza dubbio di una tutela a più ampio raggio della sola fattispecie consumata.

È necessario, allora, percorrere un'altra via che sia maggiormente selettiva e minuziosa nell'individuare le fattispecie di reato per le quali possa configurarsi il tentativo, investendo anche il legislatore di responsabilità nell'allargare o meno il perimetro della punibilità; responsabilità a cui spesso e volentieri si sottrae e a cui sarebbe bene riportarlo, anche al fine di colmare (o tentare di colmare almeno in parte) fin dall'origine quel naturale *deficit* di tipicità e determinatezza-tassatività di ogni fattispecie tentata.

Si potrebbe allora introdurre nella disciplina del delitto tentato una clausola che preveda

---

<sup>268</sup> Il riferimento è alle scelte effettuate dapprima nel codice penale tedesco e poi nel codice penale portoghese.

espressamente la punibilità a tale titolo solo se la norma di parte speciale la contempra: la punibilità a titolo di tentativo deve essere espressamente prevista (*der Versuch ist strafbar*; il tentativo è punibile). Sarebbe un modo per responsabilizzare da un lato il legislatore e sottrarre al giudice la possibilità di una applicazione indiscriminata e piuttosto rigorosa dell'istituto in parola, dall'altro di prevedere la figura del tentativo soltanto per quei reati che, anche sulla base di dati empirici e di una analisi criminologica, presentino con maggior frequenza un arresto allo stadio del tentativo, un apprezzabile allarme sociale e per i quali non siano presenti fattispecie secondarie di tutela dei medesimi interessi. Potrebbe essere questa anche una strada per dare maggiore attuazione al principio di sussidiarietà dell'intervento penale, cercando di limitare le ipertrofie punitive già largamente presenti nel sistema e quindi di pensare realmente al diritto penale come *extrema ratio*<sup>269</sup>.

---

<sup>269</sup> Sul principio di *extrema ratio* del diritto penale e sulle sue implicazioni in una prospettiva di riforma, v. C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *JuS*, 1966, 377 ss., poi in ID., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin - New York, 1973, 1 ss.; ID., *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, in *ZStW*, 1969, Bd. 81, 613 ss., poi in ID., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, cit., 32 ss.; Arthur KAUFMANN, *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, in AA.VV., *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973*, a cura di C. Roxin - H.J. Bruns - H. Jäger, Berlin - New York, 1974, 90 ss.

## CAPITOLO II

### UN ALTRO TENTATIVO: IL REATO TENTATO NEL SISTEMA PENALE TEDESCO. PROFILI DI COMPARAZIONE

SOMMARIO: 1. La disciplina e il fondamento della punibilità del tentativo nel diritto penale tedesco. Genesi e sviluppi della teoria soggettiva nella dottrina e nella giurisprudenza: la pericolosità dell'autore e il ruolo dell'elaborazione della *personale Unrechtslehre*. I lavori di riforma del codice penale e l'articolato dell'*Alternativ-Entwurf*. La *Eindruckstheorie* – 2. Le tesi oggettivistiche: dalla teoria del *Mangel am Tatbestand* alle moderne tesi oggettive. Pericolosità dell'azione e pericolosità per l'oggetto materiale del reato. Il tentativo come reato di pericolo astratto. L'emersione di teorie intermedie: le *dualistische Konzeptionen* – 3. Il problema della definizione dell'atto punibile e il riferimento alla fattispecie tipica dal punto di vista esecutivo-materiale: caratteristiche e limiti della *Zwischenaktstheorie*. Il pericolo per il bene giuridico, l'invasione della sfera della vittima e la costante sovrapposizione di aspetti oggettivi e soggettivi. L'emersione di criteri normativi – 4. Il tentativo inidoneo: l'opzione legislativa della punibilità e le sue ricadute sulla concezione dell'illecito penale. Gli sforzi della dottrina per limitarne in via ermeneutica l'applicazione e la ripresa del criterio della prognosi postuma – 5. La riduzione facoltativa della pena per il tentativo: i criteri commisurativi adottati dalla giurisprudenza e la valutazione dello stadio di sviluppo della condotta criminosa

1. La comparazione con altri sistemi giuridici può essere svolta per diversi motivi, ed è necessario, anche per correttezza metodologica, chiarire preliminarmente quali siano le finalità alle quali si tende nell'analisi di una disciplina straniera. Si può fare comparazione per scopi didattici o addirittura con semplice taglio informativo, persino per pura curiosità, per vedere come si sono regolati “gli altri”, per la necessità o la volontà di riformare un determinato istituto o ampi settori del sistema, per elaborare schemi generali di armonizzazione tra le discipline di vari ordinamenti, soprattutto oggi nell'ambito del diritto europeo, e ancora come spunto per nuove interpretazioni, per cercare quindi soluzioni ermeneutiche alternative, le quali tuttavia necessiteranno di una armonizzazione successiva per essere correttamente calate nel contesto normativo interno, con quella che è quindi la *littera legis*. Quest'ultima ragione è il motivo per cui si esaminerà una disciplina – almeno in apparenza – piuttosto diversa rispetto a quella italiana, saggiandone in particolar modo i risvolti applicativi ed esaminando i correttivi che la dottrina ha nel tempo cercato di elaborare, principalmente per fornirle una maggiore determinatezza e al contempo limitarne sostanzialmente l'ambito applicativo, trattandosi di una norma calcinata e sostanzialmente confermativa del passato, ed è proprio per questa ragione assumeranno particolare rilevanza anche i c.d. formanti inespressi<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> In generale, sui metodi e le finalità della comparazione, v. per tutti A. GAMBARO - P.G. MONATERI - R. SACCO, voce *Diritto comparato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1988, 48 ss.; A. GAMBARO - R. SACCO, *Trattato di diritto comparato. Sistemi giuridici comparati*, 2° ed., Torino, 2018, 3 ss., 19 ss. e *passim*; A. SOMMA,

È un'analisi comparata che procede, dato lo scopo principale, "per modelli", senza tralasciare, nell'elaborazione dei risultati, il contesto storico-culturale nel quale quella disciplina è stata concepita, per giungere così ad una selezione di elementi astratti e generali che potrebbero essere reimpiegati nel sistema interno; obiettivo – se si vuole – dall'impronta piuttosto utilitaristica ma che, ad ogni modo, permette di fare dello studio comparato il punto di caduta e di verifica principale della tesi sostenuta nell'esaminare il tema oggetto di studio, affinché si possa conferire un grado maggiore di scientificità, attraverso una verifica "empirica" di categorie per le quali si sollecita un'applicazione trasversale tra sistemi giuridici. Ma motivata – e lo sarà nel corso della trattazione – deve essere anche la scelta dell'ordinamento con cui effettuare la comparazione, non potendo più dare per scontato, per molte ragioni, che, se non altrimenti specificato, la comparazione si farà ovviamente con "quel" sistema.

Il diritto penale della Repubblica federale di Germania trova nel codice le sue previsioni generali e speciali più importanti, rappresentandone quindi l'impianto normativo principale, il *Kernstrafrecht*, il diritto penale fondamentale, in contrapposizione al diritto penale complementare (il *Nebenstrafrecht*) al di fuori del codice e ormai molto ampio ed in continua evoluzione. Il codice penale (*Strafgesetzbuch, StGB*) tedesco attualmente in vigore è ancora, almeno formalmente, quello del *Reich* tedesco del 1871, pur essendo stato ampiamente, anzi totalmente modificato in seguito a numerosissimi interventi di riforma che si sono susseguiti ininterrottamente per più di un secolo, che ne hanno di conseguenza mutato radicalmente la sua fisionomia<sup>2</sup>.

L'esigenza di dotare la Confederazione tedesca settentrionale di un codice penale unitario fu avvertita nel 1867 dal cancelliere Bismarck, il quale diede incarico di redigere un nuovo codice da estendere a tutti gli stati che si erano uniti alla *Norddeutscher Bund*. Il progetto del nuovo codice si basava principalmente su quello prussiano del 1851 che era stato emanato dal Ministro

---

*Introduzione al diritto comparato*, 2° ed., Torino, 2019, 45 ss.; per quanto riguarda la comparazione nell'ambito penalistico, cfr. le due principali raccolte comparatistiche di J. PRADEL - A. CADOPPI, *Casi di diritto penale comparato*, Milano, 2005, IX ss., 177 ss. e 227 ss. e di F. PALAZZO - M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, 3° ed., Torino, 2013, 2 ss. e 70 ss.; più nel dettaglio, v. P. NUVOLONE, *Il diritto penale comparato quale mezzo di ricerca nell'ambito della politica criminale*, in *Indice pen.*, 1980, 5 ss.; C. PEDRAZZI, *Apporto della comparazione alle discipline penalistiche*, in AA.VV., *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, a cura di R. Sacco, Milano, 1980; E. GRANDE, voce *Reato (diritto comparato)*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, 279 ss.; S. VINCIGUERRA, *Comparazione penale, dogmatica e politica del diritto penale in Italia al principio del XXI secolo*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2002, 241 ss.; V. MILITELLO, *L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 112 ss.; M. DONINI, *I due paradigmi fondamentali della comparazione penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 2, 466 ss. (anche in AA.VV., *Comparazione e diritto positivo. Un dialogo tra saperi giuridici*, a cura di A. Somma - V. Zeno-Zencovich, Roma, 2021, 281 ss.).

<sup>2</sup> Per una sintetica ricostruzione storica dell'elaborazione del codice penale tedesco e sui passaggi fondamentali di riforma, v. J. BAUMANN - U. WEBER - W. MITSCH - J. EISELE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Lehrbuch, 13. Aufl., Bielefeld, 2021, § 4, Rn. 7/37, 39 ss. e poi 50 ss.; v. anche la parte storico-introductiva del lavoro di G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, 1 ss. e 9 ss.

della Giustizia Friedrich Karl von Savigny e sul Codice penale generale per il Regno di Baviera del 1813 elaborato da Paul Johann Anselm von Feuerbach<sup>3</sup>. Approvato nel 1870, a seguito dei Trattati di Versailles, con i quali veniva sancita l'unificazione tedesca unendo la Lega settentrionale con gli altri stati meridionali, lo *Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund* veniva esteso con legge del maggio del 1871 a tutto il territorio dell'Impero tedesco<sup>4</sup>.

Nel *Reichsstrafgesetzbuch, RStGB* la disciplina del tentativo era contenuta nel § 23: »I. Wer den Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, betätigt hat, ist, wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuchs zu bestrafen. II. Der Versuch eines Vergehens wird jedoch nur in den Fällen bestraft, in welchen das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt«.

«Chi ha posto in essere la decisione di compiere un crimine, attraverso condotte che ne manifestano un inizio di esecuzione, è punito a titolo di tentativo se il crimine progettato non è giunto a consumazione. Il tentativo di delitto, tuttavia, è punito solo nei casi in cui sia espressamente previsto dalla legge».

Poco dopo la sua entrata in vigore, il codice mostrò la necessità di interventi riformatori, anche alla luce delle evoluzioni sociali ed economiche e alle nuove acquisizioni della scienza penalistica. Fino agli anni '30, tuttavia, gli interventi novellistici si concentrarono quasi esclusivamente sulla parte speciale e il dibattito scientifico e sulle riforme del codice vide cristallizzarsi la contrapposizione tra la scuola "classica" guidata da Karl Binding, improntata ad un visione conservatrice, e quella "moderna" di Franz von Liszt, i cui orientamenti vennero da lui stesso esposti nella prolusione di Marburgo del 1882, fondando il diritto penale in un'ottica preventiva e con un'attenzione agli aspetti sociali e politico-criminali e le cui istanze

---

<sup>3</sup> T. VORMBAUM, *Einführung in der moderne Strafrechtsgeschichte*, 2. Aufl., Berlin - Heidelberg, 2011, 38 ss. e 74 ss.; anche C. BRANDT, *Die Entstehung des Code pénal von 1810 und sein Einfluss auf die Strafgesetzgebung der deutschen Partikularstaaten des 19. Jahrhunderts am Beispiel Bayerns und Preußens*, Europäische Hochschulschriften, Frankfurt a.M., 2002, *passim*.

<sup>4</sup> Eberhard SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl., 1965 (Neudruck 1983), 314 ss. e 343 ss. Agli inizi del XIX secolo l'area germanica si presentava frammentata in una moltitudine di stati, che al termine delle guerre napoleoniche e con le decisioni assunte dal Congresso di Vienna nel 1815 vennero riuniti nella Confederazione germanica, guidata principalmente dai due regni più grandi e cioè quello austriaco e prussiano. Con l'ascesa al trono di Prussia di Guglielmo I nel 1861 e con la nomina alla Cancelleria di Otto von Bismarck si ebbe una prima svolta nel processo di unificazione degli stati tedeschi con la creazione della Confederazione del Nord, dopo che si era messo fine all'influenza austriaca in Germania. Il passo decisivo si ebbe con la vittoria tedesca contro Napoleone III nella guerra franco-prussiana, alla quale presero parte al fianco del Regno di Prussia tutti gli stati tedeschi, compresi quelli del Sud, e in particolare il Regno di Baviera con Ludovico II di Wittelsbach. Nel 1871 nasceva così l'Impero tedesco con Guglielmo I come sovrano.

di riforma diedero origine nel 1888, insieme ad altri studiosi, all'*Internationale kriminalistische Vereinigung, IKV*<sup>5</sup>.

Dopo la sconfitta nel Primo conflitto mondiale, la deposizione dell'imperatore e l'instaurazione della Repubblica di Weimar, a partire dagli anni '20, si registrarono intesi procedimenti di riforma che coinvolsero tanto la parte generale quanto quella speciale e che videro come artefice principale l'allora Ministro della Giustizia Gustav Radbruch, professore di diritto penale e filosofia del diritto all'Università di Heidelberg e membro del Partito socialdemocratico<sup>6</sup>. Queste riforme di particolare impatto segnarono in sostanza l'affermazione delle istanze della scuola "moderna" di von Listz e furono improntate, almeno fino al 1927, ad una complessiva mitigazione ed umanizzazione del sistema penale, con l'abolizione della pena di morte – presente nella versione originaria del codice bismarckiano – ed attraverso una revisione del sistema sanzionatorio<sup>7</sup>. La precarietà della Repubblica di Weimar e la forte instabilità politica che la segnava, unitamente alla grave crisi economica, impedirono di portare a termine ulteriori processi di riforma della legislazione penale<sup>8</sup>.

Con la presa del potere da parte di Adolf Hitler e l'instaurazione del regime nazista il quadro ovviamente cambiò in modo radicale, gettando il diritto penale tedesco in un lungo periodo di oscurità, in cui si assisterà ad una drammatica svolta involutiva, che rovescerà i basilari principi liberali di garanzia. Ma non furono solo gli avvenimenti politici e le decisioni assunte dai nazionalsocialisti a cambiare profondamente l'assetto giuridico: già prima della dittatura e quindi della nomina di Hitler a cancelliere del *Reich*, si era creato un clima culturale favorevole all'affermarsi di un diritto penale autoritario e una palese critica al diritto penale liberale<sup>9</sup>, il cui momento iniziale e anche di maggiore visibilità si avrà nel 1932 durante il Congresso di Francoforte del gruppo tedesco della *IKV*, con la relazione introduttiva dell'austriaco Wenzeslaus Graf von Gleispach e sostenuta da Eberhard Schmidt e dai

---

<sup>5</sup> Per un approfondimento, v. E. BELLMANN, *Die Internationale kriminalistische Vereinigung (1889-1933)*, Frankfurt a.M., 1994, 3 ss. e 189 ss.

<sup>6</sup> Sul progetto di riforma promosso da Radbruch e sulle linee politico-criminali seguite, cfr. R. WASSERMAN, *Einleitung*, in G. RADBRUCH, *Gesamtaufgabe*, Bd. 9, Heidelberg, 1922, 1 ss.; v. in particolare l'analisi di F. GOLTSCHÉ, *Der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1922 (Entwurf Radbruch)*, Berlin - New York, 2010, 27 ss. e 64 ss.

<sup>7</sup> K. VOLK, *Introduzione al diritto penale tedesco*, trad. it. a cura di D. Pettinari - S. Grassi, Padova, 1993, 3-4.

<sup>8</sup> Per un quadro dettagliato delle posizioni delle diverse "scuole" penalistiche durante il periodo di Weimar e sui principali interventi di riforma, v. R. SEIDL, *Die Streit um den Strafzweck zur Zeit der Weimarer Republik*, Europäische Hochschulschriften, Bern - Frankfurt a.M., 1974, 37 ss. e 175 ss.

<sup>9</sup> K. MARXEN, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreißiger Jahre*, Berlin, 1975, 56 ss., 76 ss. e 118 ss.; A. NISCO, *Neokantismo e scienza del diritto penale. Sull'involuzione autoritaria del pensiero penalistico tedesco nel primo Novecento*, Torino, 2019, 90 ss. e 99 ss.

criminalisti di Kiel<sup>10</sup>. Un anno dopo, con un documento adottato dal gruppo direttivo a Berlino, con l'adesione di importanti studiosi come Eduard Kohlrausch, Karl Engisch, lo stesso Schmidt, Alexander Graf zu Dohna, l'associazione dei criminalisti tedeschi dichiarerà di riconoscersi nella politica nazionalsocialista<sup>11</sup>. All'inizio del 1933, poi, i due principali esponenti della c.d. scuola di Kiel, Gustav Dahm e Frederick Schaffstein, già da tempo asserviti al disegno totalitario, che crearono insieme a Karl Larenz una vera e propria facoltà nazista (*Stoßtruppfakultät*), pubblicarono il testo *Liberales oder autoritäres Strafrecht?* nel quale si scagliavano contro l'accentuato individualismo che caratterizzava il diritto penale e in particolare la risposta punitiva che veniva ritenuta lassista e troppo indulgente, portando in questo modo al decadimento dello Stato<sup>12</sup>. Per quanto riguarda il diritto penale nazionalsocialista, almeno tre passaggi assumono fondamentale importanza e forniscono la drammatica e triste misura del sovvertimento liberticida che subì nel complesso l'ordinamento giuridico<sup>13</sup>: obiettivo principale era una forte anticipazione dell'intervento penale (e poliziesco), ben oltre i confini del tentativo<sup>14</sup>. Il primo di questi riguarda le basi del sistema penale nazista che furono definite già nel 1933 dal Ministro della Giustizia prussiano Hanns Kerrl e da Karl

---

<sup>10</sup> Diff., sulla "scuola" di Kiel, v. K. AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung*, Baden-Baden, 2019, 87 ss. e sul ruolo dei giuristi nello stato nazionalsocialista 99 ss.

<sup>11</sup> Il documento venne pubblicato nella *ZStW*, Bd. 53, 1934, 348 ss.

<sup>12</sup> G. DAHM - F. SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg, 1933, 14 ss. e 37 ss.

<sup>13</sup> Dal punto di vista legislativo, l'affermazione del regime nazionalsocialista fu assicurata e attuata con una serie di leggi promulgate in rapida sequenza a partire dall'incendio del palazzo del *Reichstag*, quando era ancora presidente Paul von Hindenburg; per quanto concerne il processo di consolidamento del potere nazionalsocialista, cfr. W. FROTSCHER - B. PIEROTH, *Verfassungsgeschichte. Von der Nordamerikanischen Revolution bis zur Wiedervereinigung Deutschlands*, 19. Aufl., München, 2021, 303 ss. e 323 ss.; anche P. TRONCONE, *Controllo penale e teoria del doppio stato*, Napoli, 2006, 108 ss.; J. LLOBET RODRÍGUEZ, *Nacionalsocialismo y antigarantismo penal (1933-1945)*, Valencia, 2018, 49 ss. Sulla legge per la protezione del popolo e dello Stato, v. T. RAITHEL - I. STRENGE, *Die Reichstagsbrandverordnung. Grundlegung der Diktatur mit den Instrumenten des Weimarer Ausnahmezustands*, in *VfZ*, Institut für Zeitgeschichte München - Berlin, 48, 2000, 3, 413 ss. Dopo che ad Hitler venne affidato l'incarico di cancelliere ebbe inizio una fase per la presa del potere, nota come *Machtergreifung*, che si consolidò con l'emanazione in particolare di due provvedimenti: il primo, fu il Regolamento per la protezione del popolo e dello Stato, con il quale venne reintrodotta la pena di morte per una serie di reati politici e vennero ampiamente ridotte le libertà fondamentali garantite dalla costituzione di Weimar<sup>13</sup>; il secondo, la promulgazione della *Ermächtigungsgesetz*, la c.d. legge dei pieni poteri, che concentrò tutto il potere legislativo nelle mani di quello esecutivo. Un anno dopo, con un ulteriore provvedimento, vennero sottratte ai *Länder* le loro competenze che vennero conferite al governo centrale. Dopo la morte di von Hindenburg nel 1934, Hitler dichiarò la carica di presidente vacante e assunse su di sé le funzioni di capo di stato (*de facto*) e di governo (*amplius*, sulla legge dei pieni poteri, v. G. THULFAULT, „*Das Ermächtigungsgesetz*“ – *Symbol einer legalen Revolution? Zur Einordnung der historischen Reichstagsitzung vom 23. März 1933*, in *JJZG*, 2008-2009, 90 ss.).

<sup>14</sup> Per un quadro generale sulla politica criminale durante il regime nazista, cfr. T. ROTH, *Kriminalpolitik im NS-System*, in H.J. LANGE (Hrsg.), *Kriminalpolitik*, Wiesbaden, 2008, 37 ss.; e spec. sulla legislazione penale nazista E.R. ZAFFARONI, *Doctrina penal nazi. La dogmatica penal alemana entre 1933 y 1945*, Buenos Aires, 2017, 94 ss. sul *Führerprinzip* e poi 118 ss. Nel 1935 vennero anche avviati i lavori per un nuovo codice penale che culmineranno nel 1936 con la proposta di un articolo, nel quale il tentativo, non espressamente normato ma unito alla disciplina del concorso, venne fatto coincidere con il semplice inizio della condotta criminosa secondo il dolo dell'agente (§ 7); più radicale sarà il progetto del 1939 che si limiterà a definire sbrigativamente il tentativo nei termini di colui che tenta di intraprendere un reato (§ 8).

Klee, accademico e presidente di sezione del *Reichsgericht*, in una sorta di *memorandum*, di documento programmatico pieno di furore ideologico, nel quale venivano definiti i valori ai quali l'ordinamento penale avrebbe dovuto conformarsi, tutelandoli: rilievo principale veniva attribuito alla *Volksgemeinschaft*, alla comunità del popolo, di cui il *Führer* ne era l'interprete<sup>15</sup>. Con Klee si giunse poi ad una compiuta elaborazione di un diritto penale della volontà, il *Willensstrafrecht*, politicamente ed eticamente connotato, che si basava principalmente sulla equiparazione tra reato tentato e consumato<sup>16</sup>. Dal diritto penale della volontà, ritenuto per certi aspetti insufficiente, si passò addirittura al diritto penale della fedeltà: pilastro del diritto penale nazionalsocialista era la punibilità degli atti preparatori, della mera istigazione, del *Tätertyp*. Il secondo passaggio, sul piano della politica criminale, si ebbe con l'emanazione di una serie di leggi che mostrarono chiaramente la ferocia repressiva del regime, oltre all'annullamento di qualsiasi principio di garanzia, a partire da quello di legalità e irretroattività. Il brusco e rapido passaggio dallo stato di diritto all'*Unrechtstaat* vide nell'aprile del 1934 l'emanazione di una legge con la quale venivano riformati i reati di natura politica ed in particolare quelli di alto tradimento sotto sanzione della pena capitale<sup>17</sup>. Non soltanto: venne introdotto anche, con l'obiettivo di anticipare il più possibile l'intervento repressivo, financo al solo pensiero ribelle, lo *Unternehmensdelikt*, il delitto di "intrapresa" – che era però molto meno di un attentato – posto a tutela della fedeltà verso il popolo e lo Stato<sup>18</sup>. L'anno seguente, con un ulteriore intervento di riforma (*Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuch*), venne modificato il § 2 del codice penale, eliminando il divieto di analogia e conferendo al giudice un enorme potere discrezionale guidato dall'interpretazione del sentimento del popolo e dal "pensiero" generale della legge, così da garantire la più ampia repressione politica, „nach dem Grundgedanken eines

---

<sup>15</sup> H. KERRL, *Nationalsozialistisches Strafrecht. Denkschrift des Preußischen Justizministers*, Berlin, 1933, 3 ss.

<sup>16</sup> Su questi aspetti, v. J. TELP, *Ausmerzung und Verrat. Zur Diskussion um Strafzwecke und Verbrechensbegriffe im Dritten Reich*, Frankfurt a.M., 1999, 133 ss.; B. HARTL, *Das nationalsozialistische Willensstrafrecht*, Berlin, 2000, 61 ss.; sul diritto penale soggettivo A. MANNA, *La giustizia penale tra Otto e Novecento: la disputa tra soggettivismo e oggettivismo*, in *Indice pen.*, 2006, 506 ss. e 514 ss.

<sup>17</sup> Su questo intervento di riforma, v. G. WERLE, *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, Berlin - New York, 1989, 108 ss. L'obiettivo di costruire una macchina repressiva che si servisse sia del sistema giudiziario sia delle strutture di polizia anche segrete portò ad una amministrativizzazione del diritto penale, in particolare attraverso l'adozione di diverse misure privative o restrittive della libertà personale variamente denominate, che si situavano tra le misure di sicurezze, quelle di prevenzione e le misure cautelari custodiali, oltre alla pena della reclusione in senso stretto. In argomento, v. L. GRUCHMAN, *Justiz im Dritten Reich 1933 - 1940. Anpassung und Unterwerfung der Ära Gürtner*, 3. Aufl., München, 2001, 719 ss.; anche J. LLOBET RODRÍGUEZ, *Nacionalsozialismo y antigarantismo penal (1933-1945)*, cit., 154 e 178 ss.; P. TRONCONE, *Controllo penale e teoria del doppio stato*, cit., 91 ss.

<sup>18</sup> Questa fattispecie, introdotta nel 1934, era contenuta nel § 87 del codice penale del *Reich*. In argomento, cfr., E. MEZGER, *Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss*, Berlin, 1938, 156; poi, recentemente G. WOLTERS, *Die Unternehmensdelikt*, Baden-Baden, 2001, 62 ss.

Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Strafe verdient“<sup>19</sup>. Il terzo passaggio concerne la legislazione razziale che vide, già a partire dal 1933 e fino alla fine della dittatura, un’incessante quanto terribile legiferazione contro gli ebrei, che raggiunse il suo culmine nel 1935 con le c.d. leggi di Norimberga e in particolare con l’ignominiosa *Blutschutzgesetz*, la Legge per la tutela del sangue tedesco<sup>20</sup>.

Con la sconfitta della Germania nazista e la fine della Seconda guerra mondiale, le Forze alleate e associate avviarono un processo di denazificazione che riguardò anche l’apparato normativo e quindi di conseguenza anche il diritto penale. La Commissione alleata di controllo (*Allied Control Council*) impose immediatamente il ripristino del principio di legalità e di conseguenza la modifica del § 2 del codice<sup>21</sup>. Nella Zona d’occupazione occidentale, le Potenze alleate costituirono il Consiglio parlamentare, composto dai partiti politici democratici che si erano nel frattempo ricostituiti, con il compito di redigere una nuova costituzione. All’articolo 103, comma 2 della Legge fondamentale (*Grundgesetz*) veniva sancito il principio di legalità dei reati e delle pene: „Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde“<sup>22</sup>.

Con il passaggio alla democrazia, il lungo e complesso *iter* di riforma del codice penale tedesco prese avvio nel 1953 quando il Ministro federale della Giustizia Thomas Dehler, seguito poi da Fritz Neumayer, incaricò diversi studiosi di realizzare un rapporto sulle riforme necessarie al sistema penale<sup>23</sup>. Nella primavera dell’anno seguente venne convocata la *Große Strafrechtskommission*, composta da accademici, magistrati e avvocati, tra cui Hans Welzel,

---

<sup>19</sup> W. NAUCKE, *Die Aufhebung des strafrechtlichen Analogieverbots (1935)*, in ID., *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts. Materialien zur neueren Strafrechtsgeschichte*, Baden-Baden, 2000, 311-312 e sul graduale aggiramento e superamento del principio di irretroattività 327 ss.; anche K. WAGNER, *NS-Ideologie im heutigen Strafrecht. Einfluß der nationalsozialistischen Gemeinschaftsethik*, Frankfurt a.M., 2002, 14 ss.

<sup>20</sup> Sulla legislazione razziale, v. T. VORMBAUM, *La legislazione penale razziale nella Germania nazista*, in ID., *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Napoli, 2018, 96 ss.

<sup>21</sup> La modifica o l’eliminazione di diverse disposizioni della parte generale e speciale del codice penale tedesco di chiara natura politico-ideologica emanate durante il regime nazista furono imposte dagli Alleati con la legge n. 11 del 30 gennaio 1946 (*Control Council Law No. 11*), tra cui il ripristino della versione originaria del § 2. Con ulteriore provvedimento del giugno del 1947 (*Control Council Law No. 55*) furono abrogate le prime “leggi” tese a sancire e a consolidare la presa di potere da parte dei nazisti.

<sup>22</sup> La letteratura tedesca che concerne il rapporto tra diritto penale e costituzione non è particolarmente ampia, v., per una riflessione sui problemi del c.d. penale costituzionale, v. R.-P. CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*, Frankfurt a.M., 1973, 27 ss. e 94 ss.; G. STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung in Verfassungsstaat*, Berlin, 1991, *passim*; W. NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, 10. Aufl., Neuwied - Kriftel, 2002, 83 ss.

<sup>23</sup> Sullo stato della scienza penale nella Germania occidentale nell’immediato dopoguerra, v. S. GERHOLD, *Strafrechtsdogmatik und Strafrechtswissenschaft in der Übergangszeit 1945 bis 1949*, in G. STEINBERG - A. KOCH - A. POPP (Hrsg.), *Strafrecht in der alten Bundesrepublik 1949-1990*, Baden-Baden, 2020, 175 ss.; e con riferimento agli sviluppi delle elaborazioni dottrinali in tema di tentativo e recesso T. ZIMMERMANN, *Entwicklungslinien im Bereich „Versuch und Rücktritt“ in den Jahren 1949-1990*, sempre in G. STEINBERG - A. KOCH - A. POPP (Hrsg.), *Strafrecht in der alten Bundesrepublik 1949-1990*, cit., 397 ss.; sulla riforma del diritto penale, H. MAYER, *Strafrechtsreform für heute und morgen*, Berlin, 1962, 25 ss. e 57 ss.

Paul Bockelmann e Hans-Heinrich Jescheck, con il compito di elaborare, insieme ai funzionari del Ministero federale, un nuovo codice penale. Il dibattito sulla disciplina del tentativo vide il coinvolgimento prevalentemente della componente accademica della Commissione, mentre magistratura e avvocatura rimanevano assestati su consolidate e storiche posizioni soggettivistiche. Nella relazione iniziale presentata da Bockelmann, la contrapposizione tra le teorie oggettive e soggettive si era ormai composta a vantaggio delle seconde, pur tenendo ferma la distinzione tra atti preparatori ed esecutivi sulla base di criteri oggettivi – in realtà sulla base di criteri misti oggettivo-soggettivi, orientati a come l'agente si fosse rappresentato il piano d'azione – e la non punibilità del tentativo assolutamente irreali e fantasiosi; nel tentativo, il dolo rivestiva un ruolo preponderante, perché era l'istituto stesso ad essere costruito in modo finalistico: è l'intenzione criminosa, che rappresenta la conclusione desiderata, a contraddistinguere un fatto come tentativo e che deve sì assumere una connotazione tipica, ma è sufficiente che questa avvenga con riguardo alla rappresentazione dell'autore, quindi sul piano soggettivo<sup>24</sup>.

Dopo cinque anni di lavori e di bozze provvisorie, finalmente nel 1962, dopo l'approvazione della *Länderkommission für die große Strafrechtsreform*, vide la luce il Progetto definitivo per un nuovo codice penale (*Entwurf 1962, E 1962*)<sup>25</sup>. Il Progetto, tuttavia, non fu subito approvato dal Parlamento, ma subì un lungo periodo di gestazione e di revisione critica. Nell'articolato del Progetto del 1962 il tentativo era disciplinato al § 26 che così recitava: »1) Eine Straftat versucht, wer den Vorsatz, die Tat zu vollenden, durch eine Handlung betätigt, die den Anfang der Ausführung bildet oder nach seiner Vorstellung von den Tatumständen bilden würde, jedoch nicht zur Vollendung führt. 2) Den Anfang der Ausführung bildet eine Handlung, durch die der Täter mit der Verwirklichung des Tatbestandes beginnt oder unmittelbar dazu ansetzt«. La formazione nel 1966 di un governo di grande coalizione tra cristiano-democratici e socialdemocratici, guidato dal cancelliere Kurt Georg Kiesinger, che poteva dunque contare su un ampio sostegno parlamentare, diede nuovo impulso ai lavori di riforma del codice. Nell'accordo tra i due partiti era compresa anche la riforma del diritto penale e così all'inizio della Legislatura venne istituita la *Sonderausschuss des Bundestages für die Strafrechtsreform*,

---

<sup>24</sup> Intervento riportato in *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission. Allgemeiner Teil*, II, Bonn, 1958, 171-172 e 174. Per un esame delle posizioni emerse in seno alla Commissione di riforma, v. H.J. HIRSCH, *Die subjektive Versuchstheorie, ein Wegbereiter der NS-Strafrechtsdoktrin*, in *JZ*, 62, 2007, 494 ss. e spec. 496 ss.

<sup>25</sup> Sulla seconda legge di riforma, v. W. HASSEMER, *Reform des Strafrechts. Das 2. StrRG*, in *JuS*, 1969, 597 ss. Una dettagliata ricostruzione, sia dal punto di vista politico che scientifico, sul contesto nel quale si svilupparono i lavori di riforma che portarono al Progetto del 1962, è in A. TIMM, *Der Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1962*, Berlin, 2016, 20 ss., 80 ss. e 107 ss.

con l'incarico di riformare la legislazione penale, partendo dalla proposta elaborata nel 1962 e cercando una soluzione compromissoria con il Progetto presentato dall'opposizione liberal-democratica<sup>26</sup>. I lavori si conclusero con la presentazione e l'approvazione da parte del Parlamento federale, non di un nuovo codice penale, ma di due leggi di riforma: la *1. Strafrechtsreformgesetz* del giugno del 1969 e soprattutto la *2. Strafrechtsreformgesetz*, approvata nel mese successivo, con la quale veniva riformata per intero la parte generale del codice, che entrerà in vigore il 1° gennaio del 1975<sup>27</sup> e sarà esteso, dopo la riunificazione, anche alla Parte orientale<sup>28</sup>.

Nel codice penale tedesco del 1975 la disciplina del tentativo (*Versuch*) è contenuta nel II Titolo del Libro I al § 22 e così dispone: »Begriffsbestimmung. Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt«.

---

<sup>26</sup> L'*Alternativ-Entwurf* venne successivamente fatto proprio dal Partito liberale democratico (FDP), in quel momento all'opposizione e presentato alla Dieta federale come proposta della minoranza. Il ritardo e i continui rallentamenti nell'approvazione del Progetto del 1962, che poi alla fine non andò in porto, furono dovuti soprattutto alle forti perplessità nutrite dal Partito socialdemocratico (SPD) che, pur cercando di mantenersi fedele all'accordo programmatico di "grande coalizione" con i cristiano-democratici (CDU/CSU), era consapevole della scarsa carica innovativa del Progetto e cercò di prendere tempo e posticiparne l'approvazione. Il presidente della Commissione Adolf Müller-Emmert, appartenente al gruppo socialdemocratico (VI Legislatura, Governo Brandt I), definì il Progetto come conservatore e limitato (v. sempre A. TIMM, *Der Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1962*, 156 ss.). Anche i membri della Commissione provenienti dall'accademia, per quanto autorevoli, non spiccavano per particolari tendenze progressiste. Su questi problemi e sui lavori parlamentari, cfr., A. MÜLLER-EMMERT, *Die Strafrechtsreform*, in K. MADLENER (Hrsg.), *Strafrecht und Strafrechtsreform. Referate und Diskussionen eines Symposiums der Alexander-von-Humboldt Stiftung, Bonn - Bad Godesberg*, Köln, 1974, 22 ss.; anche A. MÜLLER-EMMERT - H. FRIEDRICH, *Die kriminalpolitischen Grundzüge des neuen Strafrechts nach den Beschlüssen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform*, in *JZ*, 1969, 8, 245 ss.

<sup>27</sup> C. ROXIN - L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. 1, cit., § 4, Rn. 42, 193-194. Riforme si susseguirono anche nei primi anni '50, come la legge sulle contravvenzioni (*Ordnungswidrigkeiten-Gesetz*, OWiG), poi ulteriormente riformata nel 1968, e la riforma del diritto penale minorile. Dopo la promulgazione della nuova parte generale dello *StGB*, fu approvato l'anno seguente la riforma dell'ordinamento penitenziario. Una raccolta aggiornata degli interventi di riforma del codice è reperibile nella parte introduttiva di K. LACKNER - K. KÜHL, (bearbeitet von K. Kühl - M. Heger), *StGB - Strafgesetzbuch*, Kommentar, 29. Aufl., München, 2018, LV ss.

<sup>28</sup> La riunificazione tedesca avvenuta il 3 ottobre 1990, e sancita con la firma del Trattato sullo stato definitivo della Germania, non comportò modifiche al codice penale federale occidentale giacché venne semplicemente esteso alle regioni che avevano fatto parte della Germania Est. Nel codice penale della Repubblica democratica tedesca del 1968, la disciplina del tentativo, contenuta nel § 21, recitava: »1. Vorbereitung und Versuch einer Straftat begründen strafrechtliche Verantwortlichkeit nur, wenn es das Gesetz ausdrücklich bestimmt. [...] 3. Versuch liegt vor, wenn der Täter mit der vorsätzlichen Ausführung der Tat beginnt, ohne sie zu vollenden« (H. ROGGMANN, *Strafgesetzbuch und Strafprozeßordnung der DDR mit Nebengesetzen*, 1. Aufl., Berlin, 1976, 51). In particolare, sul tentativo nel sistema penale tedesco orientale e per un confronto con la disciplina della Germania federale, v. il saggio di T. DREBLER, *Vorbereitung und Versuch im Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik im Vergleich mit dem Recht der Bundesrepublik Deutschland*, Europäische Hochschulschriften, Frankfurt a.M. - Bern, 1982, 45 ss., 55 ss. e 99 ss.; in generale, per un'ampia ricostruzione del diritto penale della Germania Est e sul suo sviluppo storico, v. M. VORMBAUM, *Das Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik*, Tübingen, 2015, 26 ss., 97 ss. e 172 ss.; per gli scritti di quel periodo, v. J. LEKSCHAS - E. BUCHHOLZ (Hrsg.), *Strafrecht der DDR*, Lehrbuch, Berlin (Ost), 1988, 299 ss. Sul diritto penale dopo la riunificazione della Germania, v. H.L. GÜNTHER, *Strafrechtsgematik und Kriminalpolitik in vereinten Deutschland*, in *ZStW*, Bd. 103, 1991, 851 ss.; M. LEMKE, *Einführung*, in VERLAG C.H. BECK, *Strafrecht nach dem Einigungsvertrag*, München, 1991, 1 ss. e 7 ss.; in merito alle disposizioni transitorie di natura penale contenute nel Trattato di unificazione, v., nella letteratura italiana, il noto lavoro di G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2001, 258 ss.

«Definizione. Compie un tentativo di reato chi, secondo la sua rappresentazione del fatto, inizia in via immediata la realizzazione della fattispecie».

Il § 23 disciplina il trattamento sanzionatorio per il tentativo: »Strafbarkeit des Versuchs. (1) Der Versuch eines Verbrechens ist stets strafbar, der Versuch eines Vergehens nur dann, wenn das Gesetz es ausdrücklich bestimmt. (2) Der Versuch kann milder bestraft werden als die vollendete Tat. (3) Hat der Täter aus grobem Unverstand verkannt, daß der Versuch nach der Art des Gegenstandes, an dem, oder des Mittels, mit dem die Tat begangen werden sollte, überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte, so kann das Gericht von Strafe absehen oder die Strafe nach seinem Ermessen mildern«.

«Punibilità del tentativo. 1. Il tentativo di un crimine è sempre punibile, il tentativo di un delitto solo se espressamente stabilito dalla legge. 2. Il tentativo può essere punito con una pena attenuata rispetto al reato consumato. 3. Il giudice può astenersi dall'applicazione della pena o ridurla discrezionalmente qualora, per grossolana incomprendimento, l'autore abbia ignorato che, per la natura dell'oggetto o del mezzo sul quale o con il quale il fatto doveva essere compiuto, il tentativo mai avrebbe potuto condurre alla consumazione».

Presupposto essenziale, dunque, affinché un fatto possa essere punito a titolo di tentativo è che questo non sia giunto a consumazione (*vollendete Tat*), cioè non siano stati integrati tutti gli elementi che compongono la struttura della fattispecie. Alla consumazione del reato in senso formale è tradizionalmente contrapposta la conclusione materiale del fatto (*Beendigung der Tat*) che indica il momento naturalistico nel quale viene portato a termine l'accadimento che realizza la fattispecie. Il fatto di reato si sviluppa dunque per fasi e stadi intermedi, nei quali si manifesta con sempre maggiore intensità la messa in pericolo del bene giuridico (*Rechtsgut*) tutelato. Si ha tentativo, dunque, quando l'agente inizia un fatto che costituisce reato, ma non riesce a portarlo a termine o rimane incompiuto. Il discrimine principale tra la punibilità a titolo di tentativo e l'irrelevanza penale è rappresentato dal passaggio dagli atti preparatori, generalmente irrilevanti e non punibili, agli atti esecutivi, quindi con l'inizio dell'esecuzione (*Anfang der Ausführung*)<sup>29</sup>. Per aversi un tentativo punibile, dunque, è necessario, ai sensi del § 22 *StGB* un inizio di esecuzione, cioè un inizio immediato di realizzazione della fattispecie, dove però un ruolo primario riveste la rappresentazione del fatto secondo il soggetto agente, perciò una estrinsecazione dell'intenzione criminosa. Il tentativo di un crimine (*Verbrechen*) è

---

<sup>29</sup> Per un quadro complessivo sul momento consumativo del reato e le relative teorie presenti nella dottrina e nella giurisprudenza tedesca, si rinvia all'analisi comparata di S. BRASCHI, *La consumazione del reato. Fondamenti dogmatici ed esigenze di politica criminale*, Milano, 2020, 198 ss. e 202 ss., anche per ulteriori riferimenti.

sempre punibile, mentre il tentativo di un delitto (*Vergehen*) soltanto se espressamente previsto dalla norma incriminatrice.

A differenza della tradizione e della disciplina italiana del delitto tentato, è noto come nel sistema penale tedesco abbia sempre prevalso e continui a prevalere un orientamento e un fondamento in senso marcatamente soggettivo in tema di tentativo. Questo orientamento, affermatosi a partire dalla seconda metà del XIX secolo e consolidatosi con la nota sentenza del 1880 su un caso di tentato aborto pronunciata dal *Reichsgericht*, *RGSt*<sup>30</sup> e poi ripresa successivamente con forza dalla dottrina, a fronte però di un dato normativo dapprima alquanto vago e suscettibile di diverse interpretazioni, che soltanto in tempi più recenti ha trovato una cristallizzazione nel dato positivo, assecondando così le posizioni prevalenti già espresse nella giurisprudenza e nella stessa dottrina. Le origini della teoria soggettiva del tentativo, almeno nella sua versione tedesca, possono esser fatte risalire a Maximilian von Buri, anche se un suo precursore fu sicuramente Karl August Tittmann, il quale si scagliò con forte tono polemico contro la teoria oggettiva patrocinata, a partire dagli inizi dell'Ottocento, da Carl Joseph Anton Mittermaier e prima ancora da von Feuerbach<sup>31</sup>. Per Tittmann, infatti, nessuna legge penale punisce un determinato fatto per il solo verificarsi di un evento, piuttosto in base al grado di volontà che ha accompagnato il verificarsi di tale evento<sup>32</sup>. Assume rilievo centrale l'intenzione dell'agente, nel senso che è sufficiente che il comportamento dell'agente corrisponda alla sua intenzione criminosa e che quest'ultima possa essere desunta dalla prima, senza prendere in considerazione l'oggettiva pericolosità della condotta e la sopravvenienza dei fattori che ne

---

<sup>30</sup> La sentenza pronunciata dal *Reichsgericht* il 24 maggio 1880 (*RGSt* 1, 1880, 439) riguardava un caso di tentato aborto in cui erano stati impiegati mezzi non idonei. La Corte suprema, partendo dall'esame del § 43 *RSStGB* osservava che nulla disponendo chiaramente la norma in merito alla punibilità del tentativo inidoneo, tutte le interpretazioni e quindi anche quella favorevole alla sua punizione potevano essere parimenti accolte; l'idoneità poteva essere intesa in senso marcatamente oggettivo, cioè in relazione alla consumazione del reato, ma poteva anche essere subiettivizzata, cioè basata sulla rappresentazione dell'agente, su quanto ritenuto idoneo dall'agente. La critica, a questo punto, veniva rivolta alle teorie che avevano cercato di dimostrare l'esistenza di un rapporto causale nel tentativo in relazione con il reato consumato. Il fatto che nel tentativo l'evento non si verifica dimostra sempre che la condotta non era causale alla sua consumazione e la distinzione, quindi, tra inidoneità assoluta e relativa non ha significato alcuno. Pur in presenza, allora, di un tentativo realizzato con mezzi assolutamente inidonei, l'agente ha comunque posto in essere tutto ciò che riteneva necessario per attuare il suo proposito criminoso, manifestando così la sua ribellione nei confronti dell'ordinamento giuridico. Il testo della sentenza fu pubblicato in italiano in *Riv. pen.*, 1881, XIV, 202 ss. Sul punto, cfr. F. BENEVOLO, *Il tentativo nella dottrina, nella legge e nella giurisprudenza*, Torino, 1887, 58; W. VALSECCHI, *Del reato putativo e del tentativo impossibile*, cit., 104; E. GALLO, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, cit., 154-155, G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., 13-14.

<sup>31</sup> M. WATCHER, *Das Unrecht der versuchten Tat*, Tübingen, 2015, 10 ss.

<sup>32</sup> K.A. TITTMANN, *Bemerkungen und Beweggründe zu dem Entwurfe eines Gesetzbuches über Verbrechen*, Meissen, 1813, I, 27 ss.

hanno impedito la consumazione<sup>33</sup>. Il tentativo, secondo von Buri, si risolve nella sola volontà che matura all'interno del soggetto di infrangere la legge penale<sup>34</sup>: centrale è dunque la predominanza della colpevolezza, intesa come volizione dell'evento criminoso, rispetto a qualsiasi altro elemento dell'illecito, che pone inevitabilmente in ombra il requisito dell'idoneità considerato del tutto superfluo, poiché la punibilità del tentativo deve prescindere dall'idoneità dei mezzi, che non sono mai indice sicuro di riuscita del reato, e basarsi esclusivamente sulla volontà criminosa, sulla rappresentazione del soggetto agente<sup>35</sup>. Ne consegue pertanto che la distinzione tra atti preparatori ed esecutivi può essere soltanto effettuata nella psiche dell'agente in base al suo piano criminoso e non oggettivamente rinvenibile nella manifestazione esteriore<sup>36</sup>.

Per quanto riguarda gli orientamenti nel diritto penale attuale, la teoria soggettiva è stata ripresa e reinterpretata seguendo due diverse direttrici, che corrispondono a diverse fasi nello sviluppo del pensiero penalistico tedesco nel Secondo dopoguerra.

---

<sup>33</sup> In generale, sulle concezioni del dolo nel contesto dommatico tedesco tra il XVIII e il XIX secolo e sull'emersione di forme di *praesumptio doli*, v. G.P. DEMURO, *Il dolo*, I, *Svolgimento storico del concetto*, Milano, 2007, 142 ss. e 162 ss.

<sup>34</sup> Così M. VON BURI, *Zur Lehre vom Versuche*, in *Der Gerichtssaal*, Bd. 19, 1867, 60. Prima ancora, in un lavoro di trasposizione dei postulati della filosofia hegeliana sul concetto assolutistico dello Stato come elemento più elevato dell'eticità, v. quanto sostenuto da C.R. KÖSTLIN, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen, 1845, 21 ss. e 145, secondo cui i criteri che regolano l'imputazione giuridica non si differenzerebbero da quelli della morale per cui questi si risolverebbero nel diritto della volontà soggettiva. Frequente in questi autori vi è una sovrapposizione tra diritto ed etica, cioè il diritto sarebbe nient'altro che un aspetto dell'etica, sul versante oggettivo; se l'etica attiene alla dimensione soggettiva, il diritto riguarda invece quella oggettiva e non è che l'unione tra la volontà generale e quella del singolo: ID., *System des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1855, 1. Le conseguenze in tema di tentativo e soprattutto di tentativo inidoneo sono praticamente consequenziali: nel tentativo, la relazione che intercorre tra il fatto e l'elemento psicologico è che quest'ultimo, rispecchiandosi nel primo, ne determina la sua essenza e quindi caratterizza la natura della condotta. Nessun rilievo può dunque essere attribuito all'errore sul fatto, che in alcun modo può alterare la natura dell'intenzione criminosa: così sempre ID., *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, cit., 272 ss. e 376.

<sup>35</sup> M. VON BURI, *Zur Lehre vom Versuche*, cit., 67e 76 ss.; ID., *Versuch und Causalität*, in *Der Gerichtssaal*, Bd. 32, 1880, 357 ss.; ID., *Der Versuch des Verbrechen mit untauglichen Mitteln oder an inem untrüglichen (sic!) Object*, in *Der Gerichtssaal*, Bd. 20, 1868, 325 ss. e spec. 327.

<sup>36</sup> M. VON BURI, *Über das Wesen des Versuchs*, in *Archiv für Gemeines Deutsches und für Preußisches Strafrecht*, Bd. 25, 1877, 266; ID., *Versuch und Causalität*, cit., 322 ss. Queste prime prese di posizione in senso soggettivo, confermate dai tribunali e dalla Corte suprema del *Reich* non attecchiscono subito nella dottrina prevalente che rimane almeno formalmente ancorata ad una teorica di segno oggettivista pur facendo trasparire i segnali di una svolta, che arriverà di lì a poco. È il caso, tra gli altri, di A. FINGER, *Der Versuch und der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, in *Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911* (1911), Neudruck, Aalen, 1974, Bd. 1, 310 ss., secondo il quale se taluno pone in atto una condotta che egli considera omicida, anche se viziata da un errore sulla idoneità dell'azione, la condotta è pur sempre antiggiuridica, a prescindere dalla reale capacità causale di realizzare l'evento letale preso di mira; la norma, infatti, vieta di uccidere e di conseguenza viene trasgredita già quando il soggetto, secondo la sua rappresentazione, decide di dare corso ad una condotta ritenuta omicida: „Die Norm kann daher nur anknüpfen an Elemente, die bei den jeweils Handelnden vorliegen. Nimmt jemand eine Handlung vor, die er als Tötungshandlung ansieht, dann ist sein Tun normwidrig, mochte er sich über die Qualität seiner Handlung auch geirrt haben“. L'Autore, però, corregge subito (almeno in parte) il tiro, precisando che l'azione deve essere anche valutata su basi empiriche, cioè se l'impiego del mezzo che si era rappresentato l'agente era teoricamente idoneo allora è senz'altro punibile, mentre se il mezzo che si era rappresentato era già di per sé inidoneo e innocuo allora non potrà essere punito.

La prima di queste, che è anche la più datata, si basa sulla pericolosità dell'autore (*Tätergefährlichkeit*) ed è tutta incentrata su una logica special-preventiva<sup>37</sup>. Il soggetto che inizia a dare corso ad un fatto di reato, anche se questa si rivelerà poi inidoneo, dimostra comunque una volontà criminosa di cui il fatto che voleva commettere ne è un indice, ma che in una certa misura prescinde da quello stesso fatto. Il pericolo del soggetto agente si basa soltanto sulla sua personale rappresentazione del fatto, sull'atto che voleva compiere, e la punibilità del tentativo si inserisce – secondo questa tesi – in un'ottica di neutralizzazione, di sostanziale prevenzione negativa, per impedire in futuro che lo stesso soggetto possa cercare di commettere altri reati<sup>38</sup>: la punibilità del tentativo risiederebbe in fin dei conti nella pericolosità sociale, perché anche se l'azione criminosa non è giunta a compimento o non poteva giungere a compimento a fronte di atti inidonei, l'autore avrebbe comunque manifestato la volontà di aggredire quel bene giuridico e sussisterebbe in ogni caso già un'aggressione<sup>39</sup>. È dunque un intrecciarsi di aspetti oggettivi e soggettivi, dove però questi ultimi diventano decisivi. La porzione di fatto posta in essere dall'agente può indicarne la sua pericolosità, ma questa può essere desunta anche a prescindere dalla fattispecie tentata, se comunque si è manifestata in qualche modo la volontà di violare la norma posta a protezione di quel determinato bene o interesse protetto<sup>40</sup>. A bene vedere questa teoria si inserisce, se si vuole con accento originale, nell'alveo delle tesi soggettive, rappresentandone un'elaborazione di carattere intermedio sia dal lato scientifico sia da quello strettamente temporale.

---

<sup>37</sup> Si tratta di una teoria di marca soggettivistica, sviluppatasi prevalentemente intorno agli anni '50 e '60, che segna in sostanza un periodo di passaggio e che ha ancora come riferimento la previgente disciplina del tentativo; le sue origini però sono ben più datate e possono essere fatte risalire a Eduard R. VON LISTZ, *Zur Lehre vom Versuch. Eine Besprechung der in dem Werke Ernst Eliquis: „Der Untaugliche Versuch. Ein Beitrag zur Reform der Strafgesetzgebung“ (Berlin, 1904) dargelegten Theorie*, in *ZStW*, Bd. 25, 1905, 24 ss., omonimo del più famoso von Liszt.

<sup>38</sup> Questa teoria c.d. della pericolosità sociale o della pericolosità dell'autore è seguita, pur con accenti diversi, da M. WAIBLINGER, *Subjektivismus und Objektivismus in der neueren Lehre und Rechtsprechung vom Versuch*, in *ZStW*, Bd. 69, 1957, 189 ss.; R. LANGE, *Anmerkung zu BGH 5 StR 28/58*, in *JZ*, 1958, 671 ss.; D. OEHLER, *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, Berlin, 1959, 121; K. ENGISCH, *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht*, in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentags*, Karlsruhe 1960, I, 435 ss.; F. STÖGER, *Versuch des untauglichen Täters. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Lehre vom Unrecht*, Berlin 1961, 55 ss.; P. CRAMER, *Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt*, Tübingen 1962, 64 ss.; J. BENFER, *Allgemeines Strafrecht*, Köln, 1984, Rdnr. 475. Richiami ai contenuti di questa teoria sono presenti anche in J. KUHRT, *Die Grenzen der Strafbarkeit wegen untauglichen Versuchs, insbesondere im Hinblick auf abergläubisch motiviertes Verhalten*, Hamburg, 1968, 12 ss.; H. WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin - New York, 1975, 113; H.G. BAMBERGER, *Versuch beim Unterlassungsdelikt*, Bonn, 1978, 237 ss.; S. ECKER, *Die Verwendung und Feststellung subjektiver Verbrechensmerkmale. Der Versuch einer Problemanalyse auch unter historischem Aspekt*, Göttingen 1981, 125 ss.; C. ROXIN, *Über den Strafgrund des Versuchs*, in A. ESER (Hrsg.), *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, 1998, 161.

<sup>39</sup> E. KOHLRAUSCH - R. LANGE, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen*, 43. Aufl., Berlin, 1961, 1. Teil, 2. Abschnitt, *Versuch. Vorbemerkungen*, 146: „Strafbarer Versuch liegt vor, wenn die Handlung für das angegriffene Rechtsgut gefährlich war oder sonst den Täter als gefährlichen Angreifer dieses Rechtsguts erweist“.

<sup>40</sup> F. STÖGER, *Versuch des untauglichen Täters*, cit., 68.

Ma è soprattutto la teoria finalistica di Welzel che segna un momento decisivo e di forte impatto sulla teorica del tentativo – tema, per ovvie ragioni, molto sentito e centrale per quella prospettiva – affermandone un chiaro fondamento in chiave soggettiva<sup>41</sup>. Secondo Welzel, l’obiettivo primario del diritto penale non era la protezione di beni giuridici, aspetto consequenziale e quindi secondario, ma la sua missione era quella di garantire l’osservanza dei valori positivi di natura etico-sociale, che dovevano indirizzare i consociati a comportamenti conformi al diritto<sup>42</sup>. Il diritto penale, attraverso la minaccia di pena, assicura l’effettivo rispetto dell’ordinamento statale, sanzionando di conseguenza i comportamenti infedeli, indisciplinati, disonesti, e in questo modo assicura la fedeltà del singolo verso lo Stato. Di qui, la funzione di proteggere beni giuridici assolve unicamente uno scopo di natura preventiva: il potere statale, attraverso lo strumento più efficace e visibile di cui dispone, l’inflizione di una pena, sanziona la ribellione ai valori fondamentali espressi dall’ordinamento giuridico, formando in questo modo la coscienza etica e sociale dei cittadini e assicurando così la loro fedeltà all’ordinamento statale<sup>43</sup>.

Il diritto penale doveva essere costruito attraverso un processo di tipo ontico-ontologico: il diritto penale, cioè, si fonderebbe e andrebbe di conseguenza costruito sulla base di dati ed elementi precostituiti e preesistenti, a cui il legislatore dovrebbe attenersi e da cui l’elaborazione

---

<sup>41</sup> Sull’importanza della teoria finalistica dell’azione nell’imprimere una svolta decisiva nel ribadire un fondamento soggettivo del tentativo e di criteri prevalentemente soggettivi nell’individuare l’inizio della condotta punibile, v. T. WEIGEND, *Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre*, in H.J. HIRSCH - T. WEIGEND (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, Berlin, 1989, 113 ss. e spec. 119.

<sup>42</sup> Il cambiamento di prospettiva sulla funzione esercitata dal diritto penale che non dovrebbe guardare soltanto alla lesione dei beni giuridici, bensì dovrebbe concentrarsi sulla riprovevolezza morale del comportamento tenuto dall’autore del reato che si è diretto contro la comunità dei consociati, risale a W. GALLAS, *Tatstrafe und Täterstrafe*, in *ZStW*, Bd. 60, 1940, 374 ss. e spec. 379: „sondern darüber hinaus ein sittlich verwerfliches Tun, in dem das erschütterte Verhältnis des Täters zur Gemeinschaft“, con importanti conseguenze riguardo al substrato teorico nella definizione dell’illecito penale su basi ontologiche.

<sup>43</sup> H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 10. Aufl., Berlin, 1967, 3: „Die tiefste Aufgabe des Strafrechts dagegen ist positiv-sozialethischer Natur: Indem es den wirklich betätigten Abfall von der Grundwerten rechtlicher Gesinnung verfehmt und bestraft, offenbart es in der eindrucksvollsten Weise, die dem Staat zur Verfügung steht, die unverbrüchliche Geltung dieser positiven Aktwerte, formt das sozialethische Urteil der Bürger und stärkt ihre bleibende rechtstreue Gesinnung“. Nel ricostruire poi l’evoluzione storica del diritto penale tedesco, pur denunciando l’involuzione in senso autoritario della legislazione penale durante il periodo nazista, non mancava di sottolineare contestualmente anche un progresso scientifico “apolitico”. Per una lettura critica del fondamento del diritto penale sui valori dell’azione etico-sociali, v. G. FIANDACA, *Riflessioni intorno ad alcuni punti problematici della teoria finalistica dell’azione*, in AA.VV., *Significato e prospettive del finalismo nell’esperienza giuspenalistica*, a cura di S. Moccia, Napoli, 2007, 246 ss. Sul controverso e ambiguo rapporto di Welzel con il regime nazionalsocialista e in relazione alle scelte politico-criminali compiuti durante la dittatura è tuttora in corso un ampio dibattito. Su questo aspetto, cfr. principalmente M. FROMMEL, *Welzels finale handlungslehre. Eine konservative Antwort auf das nationalsozialistische Willensstrafrecht – oder die Legende von der „Überwindung des Wertneutralismus“ im Strafrecht*, in U. REIFNER - B.R. SONNEN (Hrsg.), *Strafjustiz und Polizei in Dritten Reich*, Frankfurt a.M. - New York, 1983, 86 ss.; M. KUBICIEL, *Welzel e gli altri. Posizioni e posizionamenti di Welzel prima del 1945*, in AA.VV., *Hans Welzel nella prospettiva attuale*, a cura di M. Pawlik - L. Cornacchia, Napoli, 2015, 189 ss.; H. STOPP, *Hans Welzel und der Nationalsozialismus. Zur Rolle Hans Welzels in der nationalsozialistischen Strafrechtswissenschaft und zu den Auswirkungen der Schuldtheorie in den NS-Verfahren der Nachkriegszeit*, Tübingen, 2018, 17 ss.

dommatica dovrebbe partire. Dal punto di vista metodologico, dunque, il finalismo parte dalla critica al normativismo, quindi al positivismo giuridico e al neokantismo, criticando una definizione e una essenza soltanto normativa dei concetti e delle strutture che riguardano la scienza giuridica<sup>44</sup>. Al contrario, per Welzel, ciò che è oggetto di una valutazione giuridica, non può essere ricostruito soltanto sul piano normativo, ma anzi deve essere ricavato dalla realtà, quindi da strutture pre-giuridiche<sup>45</sup>. Nel criticare prima il positivismo giuridico, che si trovava comunque in forte crisi dopo la fine del Secondo conflitto mondiale, ed in particolare la scuola tedesca sudoccidentale, Welzel rivolge anche severe critiche al giusnaturalismo, che ritornava in quel periodo in auge: il dover essere del diritto non può essere desunto dalla natura dell'uomo, perché non si possono assumere soltanto quelle caratteristiche ritenute di valore e per questo appartenenti alla natura umana<sup>46</sup>. Tutta l'attività del legislatore deve quindi vincolarsi alle strutture logico-obiettive che non possono essere trascurate nella fase di regolamentazione se ne intende far derivare conseguenze giuridiche: il concetto di azione, di colpevolezza devono essere ricostruiti come elementi logico-reali.

La critica era rivolta alla teoria del reato classica costruita e incentrata sul paradigma causale: secondo Welzel, il fatto di aver sostituito la teoria dell'azione con quella causale, non permetteva di comprendere a pieno che l'azione stessa non consisteva solamente in una modificazione del mondo esteriore, bensì questa azione veniva anche introdotta attraverso l'intenzione e si tratta di un fenomeno sociale<sup>47</sup>. Il nuovo sistema di teoria del reato elaborato da Welzel poggia essenzialmente sulla presa di coscienza che il legislatore attribuisce

---

<sup>44</sup> Sulle elaborazioni giusfilosofiche e sulla parabola scientifica dei penalisti neokantiani e della scuola tedesca sudoccidentale fino agli anni '30, v. S. ZIEMANN, *Neukantianisches Strafrechtsdenken. Die Philosophie des Südwestdeutschen Neukantianismus und ihre Rezeption in der Strafrechtswissenschaft des frühen 20. Jahrhunderts*, Baden-Baden, 2009, 32 ss., 40 ss. e 91 ss.

<sup>45</sup> H. WELZEL, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft*, Marburg, 1964, 6 ss.; *Naturrecht und Rechtspositivismus*, in ID., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin - New York, 1975, 274 ss. (già in W. FLUME - F. SCHAFFSTEIN - W. WEBER - H. WELZEL (Hrsg.), *Festschrift für Hans Nidermeyer zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1953). È proprio la pretesa di un fondamento ontologica della teoria welzeliana ad attirare le critiche probabilmente più decise e allo stesso tempo più efficaci: C. ROXIN, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, in *ZStW*, Bd. 74, 1962, 515 ss.; poi G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Milano, 1971, 68 ss. e spec. 72 ss.

<sup>46</sup> Welzel rivolge anche severe critiche al giusnaturalismo, che ritornava in quel periodo in auge: il dover essere del diritto non può essere desunto dalla natura dell'uomo, perché non si possono assumere soltanto quelle caratteristiche ritenute arbitrariamente di valore e, per questo soltanto, farne discendere la conseguenza che appartengono alla natura umana: H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale (Naturrecht und materiale Gerechtigkeit)*, 1955), trad. it. a cura di G. De Stefano, Milano, 1965, 195 ss. e *passim*.

<sup>47</sup> Nel definire il significato dell'azione, Welzel si ispirò ampiamente al teologismo dei valori di Nicolai Hartmann (N. HARTMANN, *Ethik*, 4. Aufl., 1962, Berlin, 192 ss.) con l'unica differenza che nell'impostazione welzeliana la finalità viene incorporata nel concetto di azione come determinazione primaria, a cui faceva seguito la determinazione secondo i valori, intesa come determinazione secondaria: H. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht* (1935), in ID., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin - New York, 1975, 108-109 e nt. 67-68.

conseguenze giuridiche ad azioni umane che si rivelano colpevoli, poiché queste sono contrassegnate dal dolo che corrisponde alla finalità criminosa, cioè la volontà di realizzare una fattispecie di reato<sup>48</sup>. Da qui, secondo il pensiero di Welzel, ne consegue che il dolo diventi elemento soggettivo dell'illecito, che il dolo contrassegni la tipicità. Secondo la teoria finalistica dell'azione umana, la necessità che il dolo sia contenuto già nel fatto tipico lo si può rinvenire nel fatto che in esso possono essere contenuti già altri elementi di natura soggettiva, da sintagmi che nel descriverlo palesano un chiaro significato finalistico, e soprattutto partendo dall'analisi della struttura e sulle modalità di accertamento del tentativo<sup>49</sup>.

Se si guarda soltanto da un punto di vista oggettivo alla condotta posta in essere dall'agente non si riesce a comprendere la reale esistenza di un tentativo di compiere un fatto di reato, né di conseguenza la pericolosità *ex ante* dell'azione: la risoluzione di compiere un reato può essere individuata solamente accertando primariamente l'intenzione delittuosa, cioè la volontà di commettere un reato, quindi dalla sussistenza del dolo<sup>50</sup>. Nell'impostazione welzeliana la condotta punibile viene individuata nel momento in cui l'autore si risolve nel dare inizio all'esecuzione criminosa, cioè quando l'azione si rivela da un punto di vista etico e sociale non più tollerabile<sup>51</sup>. Fondandosi ogni illecito penale anche sul disvalore d'azione descritto nella fattispecie tipica e non soltanto sulla lesione del bene giuridico, la condotta punibile inizia quando l'agente tiene un comportamento conforme al tipo. Ed invero, il tentativo consiste in una concretizzazione del proposito di attuare il fine criminoso attraverso azioni che segnano l'inizio dell'esecuzione criminosa<sup>52</sup>. Anche se la teoria oggettivo-materiale permette comunque di raggiungere risultati soddisfacenti, risulta molto meno equivoco determinare l'inizio del tentativo punibile non guardando dall'interno la condotta, ma dall'esterno sulla base del piano dell'autore, ed è dunque importante partire dal suo piano individuale e affidando la valutazione dell'*iter criminis* al punto di vista di uno spettatore esterno, poiché gli obiettivi perseguiti dall'agente potrebbero essere i più diversi e sempre ambigui, pluridirezionali ed è quindi necessario stabilire primariamente il suo fine per poi valutare le azioni poste in essere

---

<sup>48</sup> H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., 56 ss. e 61 ss.

<sup>49</sup> H. WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, in ID., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, cit., 148, dove viene ribadito come il tentativo sia in sostanza il perno sul quale viene modellata e provata la teoria finalistica dell'azione, poiché, mancando completamente un disvalore d'evento, la punibilità non può non fondarsi che sull'intenzione criminosa che sostiene quindi l'azione diretta a commettere il reato.

<sup>50</sup> H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., 30 ss. Secondo la tesi sostenuta da P. BOCKELMANN, *Zur Reform des Versuchsstrafrechts*, in ID., *Strafrechtliche Untersuchungen*, Göttingen, 1957, 151 ss. e di W. GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, in *ZStW*, Bd. 67, 1955, 35 ss. nel reato consumato si aggiungerebbe semplicemente anche un disvalore di evento che però non avrebbe la capacità di sostituire il disvalore d'azione.

<sup>51</sup> H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., 180.

<sup>52</sup> H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., 181-182.

per realizzarlo<sup>53</sup>. Nel tentativo, quindi, si punisce quella attività che manifesta la volontà diretta alla consumazione del reato, denotando in questo modo un pericolo per l'ordinamento giuridico<sup>54</sup>.

Il finalismo welzeliano fu molto probabilmente l'impostazione teorica generale del reato più dibattuta e discussa (e anche sovente fraintesa), soprattutto al di fuori del contesto dommatico tedesco. In quel contesto, tuttavia, nonostante il grande eco che registrò, non riscosse alla fine grandi consensi e ad oggi continua a non riscuotere un particolare seguito. Ciò che, invece, ha riscosso grande successo ed è diventato dominante nel contesto penalistico tedesco e anche al di fuori di esso sono i suoi precipitati, le conseguenze di quella teoria: il primo, e certamente il più importante, è quello dell'illecito personale, della tipicità soggettiva, condivisa attualmente dalla stragrande maggioranza della dottrina d'Oltralpe<sup>55</sup>; il secondo, riguarda il ruolo dell'adeguatezza sociale; il terzo, la teoria dell'accessorietà nel concorso di persone nel reato. Anche l'affermazione dei precipitati e delle conseguenze della teoria finalistica dell'azione di Welzel sono state prevalentemente reinterpretati in area tedesca alla luce del *Schuldprinzip* e all'estero in chiave personalistico-costituzionale, per risolvere il problema della responsabilità oggettiva e per una struttura del reato che potesse essere compatibile con il principio del *nullum crimen sine culpa* e quindi con uno Stato democratico di diritto<sup>56</sup>.

Ciononostante, almeno nell'ambiente tedesco, il contributo dato per fondare la punibilità del tentativo su basi squisitamente soggettive incentrate sul fine criminoso – sostenute poi in modo ancora più radicale dai suoi allievi – si è mostrato piuttosto consistente, tanto da essere

---

<sup>53</sup> H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., 184. Per le conseguenze che ne derivano da questa teorica, v., per tutti, l'impostazione soggettivistica in tema di tentativo inidoneo sostenuta da R.D. HERZBERG, *Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2001, 257 ss.

<sup>54</sup> H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., 185.

<sup>55</sup> La stessa tipicità soggettiva, poi, pur partendo dal comune denominatore segnato della presenza del dolo e della colpa nel fatto tipico, presenta declinazioni almeno in parte differenti, che risentono della sua relazione con la categoria della colpevolezza: E.J. LAMPE, *Das personale Unrecht*, Berlin, 1967, 206 ss. e spec. 227; H. OTTO, *Personales Unrecht, Schuld und Strafe*, in *ZStW*, Bd. 87, 1975, 563 ss.; H.J. HIRSCH, *Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der ZStW*, I, in *ZStW*, Bd. 93, 1981, 831 ss. e spec. 836 ss.

<sup>56</sup> Così, per quanto riguarda il contesto italiano, M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., 19 ss., 70 ss., 211 ss. e 291 ss.; e per quello spagnolo S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4° ed., Barcelona, 1996, 95 ss., 153 ss., F. MUÑOZ CONDE - M. GARCIA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 8° ed., Valencia, 2010, 206 ss., 213 ss. e 251 ss. Al riguardo, una precisazione è d'obbligo. In realtà, il principio di colpevolezza nel diritto penale tedesco, a differenza di quanto avvenuto nel diritto penale italiano a seguito delle note sentenze della Corte costituzionale del 1988, non ha alcun fondamento costituzionale, ma è sempre stata una caratteristica intrinseca di quel sistema, con radici ben più risalenti, e che ha contribuito a caratterizzarlo in senso soggettivistico. Lo stesso principio, peraltro, esercita in quel sistema soltanto di riflesso, come conseguenza indiretta, una funzione di garanzia e di delimitazione della responsabilità penale, che però non è del tutto propria. Sull'evoluzione e il significato del *Schuldprinzip*, v., per tutti, Arthur KAUFMANN, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2. Aufl., Heidelberg, 1976, 20 ss., 116 ss., 212 ss. e 263 ss.; H.J. HIRSCH, *Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht*, in *ZStW*, Bd. 106, 1994, 746 ss.

recepito dalla nuova versione del codice del 1975 e dalla pressoché unanime dottrina oltre che dalla giurisprudenza della Corte federale di giustizia (*Bundesgerichtshof, BGH*) ancora oggi<sup>57</sup>.

Attualmente, esaminando gli orientamenti della dottrina che fondano la punibilità del tentativo in chiave soggettiva, si sostiene che sia sufficiente la manifestazione esteriore della volontà criminosa e che non si debba attribuire importanza all'aspetto oggettivo perché questo non potrebbe essere sicuro indice dell'offesa arrecata al bene giuridico. L'approccio soggettivistico seguito dalla giurisprudenza non coincide del tutto con quello seguito dalla dottrina, ma presenta un taglio (inevitabilmente) più pratico e casistico, ma per questo non meno radicale nelle sue conseguenze per un giudizio di responsabilità.

*Caso I – Tentato omicidio.* L'imputato, insieme ad un complice, con l'intenzione di uccidere in orario notturno marito e moglie che in quel momento dormivano nella loro casa, verso i quali nutriva odio e rancore, lanciava prima una bottiglia piena di acqua per rompere la finestra della camera e, subito dopo, una bottiglia riempita di benzina, dopo aver dato fuoco ad uno straccio che doveva servire da innesco. La bottiglia *molotov* cadeva a terra senza esplodere e l'innesco, una volta sul pavimento, si spegneva. Nel giudizio di primo grado, il soggetto veniva condannato per tentato omicidio, incendio doloso (aggravato) tentato e per possesso di ordigni esplosivi. Il *BGH*, confermando la sentenza appellata, statuiva: „Der Grund für die Versuchsstrafbarkeit ist – wie der untaugliche Versuch zeigt – die in den Vorstellungen des Täters liegende Gefährlichkeit seines Tuns. Dieser subjektive Handlungsunwert tritt bei demjenigen, der mit seinem Verhalten die Verwirklichung des Grunddelikts und den Eintritt der hierin angelegten schweren Folge anstrebt, unabhängig davon zutage, ob er das Grunddelikt im Ergebnis nur versucht oder vollendet“<sup>58</sup>.

Il motivo su cui si fonda la punibilità del tentativo, per la giurisprudenza tedesca, è la pericolosità dell'azione per come l'autore se l'è rappresentata ed è dunque sufficiente che il soggetto si adoperi per realizzare la sua intenzione criminosa, a nulla rilevando le condizioni che hanno portato all'insuccesso della sua azione e al mancato raggiungimento della consumazione del reato; la stessa distinzione tra atto preparatorio ed esecutivo dipende

---

<sup>57</sup> Jürgen MEYER, *Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit*, in *ZStW*, Bd. 87, 1975, 598 ss., 602 ss. e 613 ss. per un confronto con gli altri ordinamenti europei.

<sup>58</sup> Così, *ex multis*, *BGH 3 StR 415/20 - 12. August 2021 (LG Mönchengladbach)*, *NJW* 2022, 254; nel caso di specie fu contestato il reato di omicidio a seguito di incendio di cui al § 306 c *StGB (Brandstiftung mit Todesfolge)*, fattispecie strutturata come reato aggravato dall'evento, che complicava ulteriormente la possibilità di configurare un tentativo e di individuare in tal senso l'inizio della condotta punibile, questione poi risolta positivamente dai giudicanti. Sul problema della configurabilità del tentativo nei reati aggravanti dall'evento, anche con riguardo alla condotta illecita di base, si rimanda a H. OTTO, *Der Versuch des erfolgsqualifizierten Delikts*, in *Jura - Juristische Ausbildung*, 1985, 671 ss.

esclusivamente dalla rappresentazione dell'agente e quindi se per iniziare la realizzazione della fattispecie sia necessario o meno un nuovo impulso della volontà.

Il progetto originario elaborato nel 1962 del nuovo codice penale andò presto incontro a numerose critiche, perché accusato di essere, soprattutto per gli aspetti inerenti al sistema sanzionatorio e ad alcune categorie di reati, molto “conservatore”<sup>59</sup>. Il progetto del 1962 si caratterizzava per una struttura che si limitava, per la parte generale, a consolidare e a confermare le posizioni del passato, soprattutto sul piano dogmatico, mentre, nella parte speciale, era ancora segnato da una concezione paternalistica e fortemente moraleggiante, quasi un diritto penale di natura etica. Le criticità maggiori riguardavano il sistema sanzionatorio, tutto improntato ad una logica retributiva piuttosto arcaica e sempre a forte connotazione etica, che avrebbe riportato il diritto penale tedesco indietro di molti decenni. Più in generale, risultava particolarmente insoddisfacente la parte concernente le conseguenze del reato e le scelte di criminalizzazione, ritenute vetuste e obsolete. Secondo uno dei suoi principali compilatori, componente della Commissione di riforma, Hans-Heinrich Jescheck, i principi che avevano ispirato il Progetto del 1962 si basavano su: «[U]na particolare concezione dell'uomo, la cui fondatezza è pur sempre discussa, ma che, dopo una lunga prevalenza quasi incontrastata della spiegazione puramente causale del comportamento umano, viene gradatamente riconosciuta come valida ipotesi nell'ambito di tutte le scienze che riguardano la vita sociale. È la concezione dell'uomo come essere fornito di libertà di decisione, chiamato alla responsabilità etica [...]. La libertà qui è intesa non come dipendenza dalla legge causale, ma come capacità di motivazione secondo rappresentazioni etiche, e soprattutto secondo il sentimento del dovere [...]. Le conseguenze di questa concezione di una personalità dotata di libertà di responsabilità, aperta al senso delle norme giuridiche e chiamata a rispondere delle proprie deviazioni morali, sono nel diritto penale il principio di colpevolezza e la pena retributiva»<sup>60</sup>. Durissime parole furono utilizzate da Jürgen Baumann nel criticare i risultati del Progetto del 1962 che riteneva antiquato, piccolo borghese, carico di moralismo, tecnicamente sbagliato in diversi aspetti e contrario al senso di giustizia della maggioranza dei cittadini e con un eccesso di perfezionismo<sup>61</sup>. Anche la parte speciale, invero, non brillava per innovazione e dava in

---

<sup>59</sup> Si rinvia, sul punto, alle considerazioni svolte nel lavoro di S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale*, cit., 71 ss. e 88 ss., con ampi richiami.

<sup>60</sup> H.-H. JESCHECK, *Il progetto del nuovo codice penale tedesco*, trad. it. a cura di A. Baratta, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, 641 ss. e spec. 643-644. Da segnalare, peraltro, la curiosa parabola di questo Autore, dalle posizioni espresse nei lavori del Progetto del 1962, alle prese di posizione dal contenuto radicalmente diverso a metà degli anni '70 a sostegno del Movimento internazionale di riforma del diritto penale, a cui diede un importante contributo anche attraverso l'Istituto *Max Planck* di Friburgo in Brisgovia da lui stesso fondato e presieduto.

<sup>61</sup> J. BAUMANN, *Was erwarten wir von der Strafrechtsreform?*, in ID., *Weitere Streitschriften zur Strafrechtsreform*, Bielefeld, 1969, 12.

sostanza la misura dell'indirizzo politico-criminale dell'intero articolato: rimaneva il reato di adulterio, punito tra l'altro con una pena molto severa, il reato di omosessualità e addirittura di zoerastia, di atti osceni e di una vasta serie di reati contro la moralità pubblica<sup>62</sup>.

Fu così che un gruppo di (allora) giovani professori di diritto penale, che avevano manifestato severe critiche, sia sul piano dommatico ma soprattutto su quello politico-criminale, al progetto governativo del 1962, decisero di elaborare un progetto di riforma del codice alternativo tra il 1965 e il 1966, convogliando così i rilievi critici che erano stati formulati verso una proposta di riforma unitaria e alternativa che si caratterizzasse dall'attuazione del principio di sussidiarietà, di un diritto penale come ultima ratio, laico e deiticizzato che guardasse alla condotta illecita come fonte di allarme sociale, turbamento dell'ordine sociale e non come un peccato o come un comportamento immorale, umano e che si dirigesse verso un'ulteriore liberalizzazione e limitazione della funzione general-preventiva (in particolare, negativa) della potestà punitiva. Nel 1966 veniva quindi pubblicato il Progetto alternativo (*Alternativ-Entwurf, AE 1966*) che conteneva un articolato con relazione per una nuova parte generale del codice<sup>63</sup>. Negli anni successivi vennero presentati ulteriori progetti per la riforma della parte speciale. Nell'*Alternativ-Entwurf - Allgemeiner Teil* del 1966 il tentativo trovava disciplina ai §§ 24 e 25: »Begriffsbestimmung. Den Versuch einer Straftat begeht, wer nach seinem Tatplan zu ihrer Verwirklichung unmittelbar ansetzt«<sup>64</sup>. E fino a qui si potrebbe dire che sembra esserci nulla di nuovo per una riformulazione della disciplina che sarà poi sostanzialmente recepita anche nella versione definitiva approvata nel 1975 con minime (e sostanzialmente irrilevanti) modifiche testuali. Gli aspetti più innovativi ed importanti erano contenuti invece nel § 25: »Strafbarkeit des Versuchs. (1) Der Versuch des Verbrechens ist strafbar, dar des Vergehens nur, wenn das Gesetz es bestimmt. (2) Die Strafe wird nach § 61 Abs. 1 gemildert. (3) Der Versuch bleibt straflos, 1. wenn er in der irrigen Annahme besonderer Pflichten begründet ist, 2. wenn er auf grobem Unverstand beruht und deshalb von vornherein ungefährlich ist«<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> Il cammino di riforma dei reati sessuali, del *Sexualstrafrecht* fu molto complesso e incontrò numerosi ostacoli ed opposizioni: per un prospettiva di riforma ante 1975, v. le due pubblicazioni collettanee curate dal magistrato Fritz Bauer: *Sexualität und Verbrechen – Beiträge zur Strafrechtsreform*, Frankfurt a.M. - Hamburg, 1963, *passim*.

<sup>63</sup> Da ultimo, per un bilancio sui c.d. progetti alternativi, v. L. GRECO - B. ROGER, *Strafrechtsreform als Wissenschaft – zum 50-jährigen Jubiläum des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuches 1966*, in *JZ*, 23, 2016, 1125 ss. e 1128 con riguardo alla proposta sul tentativo.

<sup>64</sup> J. BAUMANN (Hrsg.), *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1966, 11, 61.

<sup>65</sup> L'articolato fu pubblicato in *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*, vorgelegt von J. Baumann - A.-E. Brauneck, E.-W. Hanack - Arthur Kaufmann - U. Klug - E.-J. Lampe - T. Lenckner - W. Maihofer - P. Noll - C. Roxin - R. Schmitt - H. Schultz - G. Stratenwerth - W. Stree, Tübingen, 1966, 7 ss. e spec. 60-61.

«Punibilità del tentativo. 1) Il tentativo di un crimine è sempre punibile; il tentativo di un delitto soltanto se espressamente previsto dalla legge. 2) La pena è ridotta ai sensi del § 61, comma 1. 3) Il tentativo non è punibile: 1. quando è basato sulla errata rappresentazione di una particolare posizione di garanzia; 2. quando è fondato su una grossolana incomprensione e risulta già dall'inizio non pericoloso».

Il primo aspetto, di particolare rilevanza, è rappresentato dal passaggio dalla attenuazione facoltativa della pena, rimessa alla discrezionalità del giudice, alla previsione della diminuzione obbligatoria della pena, prevista al 2° comma, nel caso in cui la condotta criminosa si fosse arrestata allo stadio del tentativo, giacché l'assenza della verifica dell'evento o il mancato compimento dell'azione non poteva non incidere sul disvalore complessivo del fatto e anche privilegiando un approccio soggettivo e più incentrato sul disvalore d'azione, l'entità complessiva dell'offesa del tentativo sarebbe comunque stata inferiore. Al 3° comma, n. 2, era contenuta la previsione di mandare esente da pena il soggetto autore di un tentativo inidoneo. Nella relazione-commento al Progetto alternativo la scelta di non punire il tentativo inidoneo veniva giustificata dal fatto che la sua punibilità si sarebbe dimostrata eccessivamente severa e rigorosa, „rigorose Einschränkung“, poiché se fin dall'inizio gli atti posti in essere dall'agente erano inidonei, la sua condotta non sarebbe mai stata in grado di provocare alcun allarme sociale e di conseguenza faceva venire meno la necessità di una sanzione<sup>66</sup>. La motivazione contraria che l'agente di un tentativo inidoneo avrebbe potuto ripeterlo nuovamente con mezzi idonei o comunque fino al raggiungimento dell'obiettivo criminoso veniva critica con l'argomento che, così facendo, si sarebbe punito di fatto il solo pensiero ribelle, pensiero tra l'altro viziato in origine perché dagli esiti irreali e perché la sua realizzazione sarebbe stata, in definitiva, impossibile<sup>67</sup>.

Contro la scelta del Progetto alternativo, Armin Kaufmann, ribadendo con forza il fondamento soggettivo della punibilità del tentativo, ebbe a scrivere che il fatto di esentare da pena il tentativo inidoneo è una scelta che lascia in qualche modo irrisolta la questione della

---

<sup>66</sup> Così la relazione *Zu § 25 in Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*, cit., 61. Sulla previsione della riduzione obbligatoria della pena per il tentativo, v. T. HORTER, *Die fakultative Strafmilderung beim Versuch nach § 23 II StGB. Zugleich eine Deutung der §§ 22-24 StGB auf Grundlage der Strafzwecks der positiven Generalprävention*, Berlin, 2020, 61 ss.

<sup>67</sup> Sempre *Zu § 25, in Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil*, cit., 61. Merita poi particolare interesse il tentativo contenuto sempre all'interno del Progetto alternativo di superare i reati di pericolo presunto, al fine di rendere la categoria più compatibile con i principi di un diritto penale costituzionalmente orientato, prevedendo al riguardo una serie di reati di rischio (*Risikodelikte*) costruiti in termini negativi, cioè con la previsione di una *Minimalklausel*, nel senso che sussisterebbe un pericolo qualora non si potesse escludere al momento dell'azione un danno concreto per la vita o l'incolumità individuale. Diff., sul punto, O. BACKES, *Rechtsstaatsgefährdungsdelikte und Grundgesetz*, Köln - Berlin - Bonn - München, 1970, 82 ss., 159 ss. e 186 ss.

pericolosità dell'autore<sup>68</sup>. Le osservazioni critiche agli Autori del Progetto alternativo consistono in sostanza nel non aver deciso, e di aver optato per una scelta che in realtà risolve orizzontalmente un problema che avrebbe meritato più attenzione. La critica maggiore e anche più veemente è rivolta però all'attenuazione obbligatoria di pena per il tentativo di cui al 2° comma del § 25 AE 1966. Secondo Kaufmann, dando seguito e ribadendo le sue posizioni iper-soggettivistiche sulla concezione dell'illecito penale, e addirittura, in conclusione proponendo il mantenimento del codice penale del *Reich* con le sole modifiche assolutamente inevitabili, si concentra su aspetti di natura dogmatica, i quali, a suo dire, sarebbe stati completamente trascurati dai compilatori del Progetto alternativo, che avrebbero privilegiato soluzioni guidate esclusivamente da indirizzi politico-criminali, andando peraltro contro ad orientamenti dottrinali e giurisprudenziali consolidati da tempo<sup>69</sup>. Ed invero, egli sostiene che non vi sia alcuna differenza nel grado di colpevolezza tra colui che compie un tentativo di reato e chi realizza un reato consumato: è colpevole tanto un soggetto che porta a termine la sua condotta delittuosa, quanto che è costretto ad arrestarla al grado del tentativo. Si tratterebbe allora di un problema di colpevolezza (in grado uguale o minore) che non viene affrontata dai compilatori del Progetto alternativo. Peraltro, anche guardando a quelli che sono i fini della pena, nulla importa se il reato sia soltanto tentato o anche consumato. L'esigenza di risocializzazione riguarderebbe in egual misura tanto il colpevole di un tentativo quanto quello di un reato consumato. L'unica differenza, semmai importante, verso la quale si può pensare ad una attenuazione obbligatoria di pena, sarebbe quella tra tentativo compiuto e tentativo incompiuto<sup>70</sup>. „Solcher Beweis muß mit rationalen Gründen geführt werden, ohne Rückgriff auf das Alte Testament oder auf die Prädestinations-lehre. Die irrationalen Gründe sind genugsam bekannt, weil in uns selber wirksam. – Ein höheres Schuldmaß beim vollendeten Delikt gegenüber dem beendeten Versuch plausibel zu machen, wird nicht leicht sein“<sup>71</sup>.

La concezione soggettivistica del tentativo, che riesce con Welzel ad affermarsi nel dibattito penalistico tedesco, sarà portata a conseguenze ulteriori dagli allievi della c.d. scuola

---

<sup>68</sup> Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf*, in *ZStW*, Bd. 80, 1968, 49 ss.

<sup>69</sup> Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf*, cit., 52-53.

<sup>70</sup> Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf*, cit., 51-52. V. anche, sul punto, le considerazioni di W. GALLAS, *Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs*, in *ZStW*, Bd. 80, 1968, 31 ss.

<sup>71</sup> Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf*, cit., 51. La critica alla proposta sul trattamento sanzionatorio del tentativo avanzata dai professori “alternativi” ha sortito senza dubbio degli effetti, seppur non misurabili, condizionando i successivi lavori di riforma. Ed invero, con sguardo più generale, è indubbio che la versione definitiva della novella del 1975 abbia nella sua parte generale sostanzialmente conservato e confermato buona parte dell'impianto proposto nel Progetto governativo del 1962, compresa la disciplina del tentativo, mentre abbia attinto ampiamente ai progetti alternativi per la riscrittura della parte speciale. L'attenuazione soltanto facoltativa della pena per il tentativo – decisione peraltro condivisa anche dalla magistratura (le uniche voci contrarie arrivarono da alcuni rappresentanti dell'avvocatura) – e la punibilità del tentativo inadeguato lo dimostrano.

di Bonn e in particolare proprio da Armin Kaufmann. Sulla stessa linea tracciata da Welzel, portandola peraltro su posizioni marcatamente più soggettivistiche, si inserirono anche le posizioni di Diethart Zielinski ed Eberhard Struensee; non particolarmente difforme anche la posizione di Günther Jakobs.

Secondo Zielinski, esiste una piena identità tra il reato consumato e il tentativo compiuto, dal momento che soltanto il disvalore d'azione è in grado di fondare l'illecito penale come violazione di doveri, indicando una condotta contraria ai valori: „Unrecht als die Nichterfüllung dieser Pflichten hat stets Handlungscharakter: der Handlungsunwert, der durch die Gerichtetheit des Verhaltens auf ein wertwidriges Ziel fundiert wird, konstituiert das Unrecht. Und er allein füllt es inhaltlich [...]. Unrecht ist der pflichtwidrige finale Akt – und nur er“<sup>72</sup>. L'evento o comunque il risultato della condotta non è in grado di apportare un contributo rilevante alla determinazione del disvalore complessivo della condotta, siccome non possiede una capacità di integrare l'illecito penale, il cui contenuto è circoscritto a quegli elementi anche non reali che non hanno un esito materiale e che si inseriscono comunque nell'ambito dell'obiettivo finale che si è rappresentato l'autore e verso cui la sua azione si indirizza<sup>73</sup>. Per Zielinski, il disvalore d'azione non è tuttavia statico ma registra una progressione, che già il tentativo (compiuto) è in grado di integrare completamente: il reato consumato non aggiungerebbe alcun disvalore ulteriore che non sia già contenuto e rappresentato a pieno dal tentativo, e quindi il “meno”, ma già sufficiente, è contenuto nel “più”, che però non aggiunge nulla alla struttura dell'illecito; se quest'ultimo consiste nella violazione di un dovere, già allo stadio del tentativo, quel dovere – lo stesso del reato consumato – viene violato dall'agente e l'unico momento che può presentare incertezze e nel quale è possibile ancora graduare il disvalore d'azione sarebbe rappresentato dal tentativo incompiuto o comunque da una fase ancora iniziale dell'*iter criminis*<sup>74</sup>.

Riprendendo queste considerazioni, Struensee analogamente riconduce la punibilità del tentativo su basi soggettive, fondandola primariamente sulla teoria delle norme<sup>75</sup>. L'aspetto più originale della sua elaborazione sul tentativo riguarda la teoria della c.d. causalità putativa, con la quale l'Autore cerca di delimitare con maggior precisione i confini della condotta punibile e

---

<sup>72</sup> D. ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert in Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*, Berlin, 1973, 143.

<sup>73</sup> D. ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert in Unrechtsbegriff*, cit., 144.

<sup>74</sup> D. ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert in Unrechtsbegriff*, cit., 141 ss.

<sup>75</sup> E. STRUENSEE, *Versuch und Vorsatz*, in ID., *Grundlagenprobleme des Strafrechts*, G. Stratenwerth (Geleitwort), Berlin, 2005, 47 ss. (già in G. DORNSEITER - E. HORN - G. SCHILLING - W. SCHÖNE - E. STRUENSEE - D. ZIELINSKI, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln - Berlin - Bonn - München, 1989, 523 ss.).

allo stesso tempo di replicare alle obiezioni rivolte alla teoria soggettiva da lui patrocinata<sup>76</sup>. Egli esamina in primo luogo i riflessi del dolo sul decorso causale e se il rapporto, dimostrato sulla base di leggi causali, tra condotta ed evento, debba, e se sì in quale misura, essere coperto dal dolo. La tesi dell'Autore, piuttosto contorta, racchiusa nell'espressione "causalità putativa" (*Wahnkausalität*), intende dimostrare che una concezione soggettiva del tentativo non porta comunque ad un allargamento eccessivo delle maglie della punibilità, perché è comunque necessario che il soggetto agente ponga in essere una condotta che integri la fattispecie tipica e che sussista la possibilità della causazione del risultato<sup>77</sup>. Nei casi di tentativo irreali, quindi assolutamente inidoneo, la condotta dell'agente non trova copertura in una legge causale valida, ma anzi si verifica un errore proprio sulla possibilità di un decorso eziologico come rappresentatosi nella psiche dell'autore, compromettendo in definitiva lo stesso carattere tipico della sua condotta<sup>78</sup>.

La posizione invece assunta da Jakobs sul fondamento della punibilità del tentativo, che avrà notevole eco anche al di fuori del contesto scientifico tedesco, si caratterizza, rispetto alle teorie soggettive "pure" fino a qui esaminate, per un primo – ma forse non troppo sperato – sforzo, sempre nell'ambito di un più ampia teoria delle norme, di coniugare ad una teorica soggettivistica di fondo, alcuni correttivi di tipo oggettivo. La differenza, a ben vedere, non si rivela però decisiva, poiché l'aspetto (considerato) oggettivo, consisterebbe solamente nell'attacco alla vigenza della norma<sup>79</sup>. Per Jakobs, infatti, la funzione del diritto penale non andrebbe ricercata nella protezione dei beni giuridici, bensì assumerebbe rilievo per lo *jus puniendi* quel comportamento che possiede un significato nell'ambito delle interazioni sociali. L'essenza della condotta criminosa non risiede dunque in un accadimento modificativo del mondo esteriore che danneggia un oggetto materiale, ma nella negazione, nell'attacco alla vigenza della norma penale<sup>80</sup>. La risposta punitiva, allora, non sarebbe altro che il riaffermare da parte dell'ordinamento statale la vigenza, la validità della norma precedentemente violata.

---

<sup>76</sup> E. STRUENSEE, *Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität*, in *ZStW*, Bd. 102, 1990, 21 ss., anche in ID., *Grundlagenprobleme des Strafrechts*, G. Stratenwerth (Geleitwort), Berlin, 2005, 93 ss.

<sup>77</sup> E. STRUENSEE, *Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität*, cit., 47 ss., spec. 48-49.

<sup>78</sup> E. STRUENSEE, *Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität*, cit., 30-31 e 33.

<sup>79</sup> G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., Berlin - New York, 1991, 25. Abschn., § 21, 712-713 e 715. Ciò nonostante, lo stesso Autore ribadisce l'importanza per il diritto penale di uno Stato liberale di mantenere distinte la sfera interna da quella esterna del soggetto ID., *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung*, in *ZStW*, Bd. 97, 1985, 751 ss., 754-755 e 783: „Das Vorhandensein von Feindstrafrecht ist also nicht ein Zeichen der Stärke des freiheitlichen Staates, sondern ein Zeichen dafür, daß er insoweit überhaupt nicht vorhanden ist. Freilich sind Situationen möglich, vielleicht sogar zur Zeit gegeben, in denen Normen, die für einen freiheitlichen Staat unverzichtbar sind, ihre Geltungskraft verlieren, wenn man mit der Repression wartet, bis der Täter aus seiner Privatheit heraustritt“.

<sup>80</sup> G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 2. Abschn., §§ 16/25c, 41 ss.

Il tentativo, secondo l'Autore, consisterebbe, al pari di un reato consumato, nell'aggressione alla vigenza della norma che corrisponde al tipo penale. La condotta che si arresta allo stadio del tentativo dimostra quindi, al pari della consumazione, la volontà del soggetto agente di non rispettare la norma<sup>81</sup>. Il tentativo non deve richiedere un'attitudine lesiva, una idoneità a mettere in pericolo il bene giuridico protetto, bensì è sufficiente una violazione della norma, che, come tale, ne comprometta la sua vigenza e validità: „Da Versuch und Vollendung Angriffe auf die Normgeltung sind, muß der Täter eines Versuchs wie derjenige einer Vollendung durch sein Verhalten expressiv machen, daß er sich nicht an die Norm hält“; la ragione della punibilità del tentativo, quindi, consiste nell'attacco alla vigenza della norma corrispondente al tipo, la cui volontà di infrangerla si manifesta attraverso un comportamento esterno<sup>82</sup>.

Si pone sostanzialmente come ponte tra le teorie soggettive e quelle oggettive la *Eindruckstheorie* – pur conferendo comunque una preminenza alla componente psicologica –, che risulta essere ad oggi la teoria più seguita dalla dottrina tedesca per fondare la punibilità del reato tentato, pur con diverse declinazioni<sup>83</sup>. Questa teoria è incentrata sull'impressione negativa e “pericolosa” che desta la condotta criminosa posta in essere dall'agente nella comunità dei consociati<sup>84</sup>. Il punto di partenza consiste sempre in una valutazione di tipo

---

<sup>81</sup> G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 25. Abschn., § 20, 712. Sulla conseguenza che una simile teoria porterebbe inevitabilmente anche alla punizione di atti preparatori, poiché non assumerebbe senso alcuno che la violazione della norma sia prossima al fatto tipico, v. T. WEIGEND, *Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre*, in H.J. HIRSCH - T. WEIGEND (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, cit., 124-125.

<sup>82</sup> G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 25. Abschn., § 21, 712.

<sup>83</sup> Il principale contributo alla diffusione di questa teoria lo si deve senz'altro a H.-H. JESCHECK - T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin, 1996, 514. Seguono, pur con diversi accenti, la *Eindruckstheorie* come fondamento della punibilità del tentativo, tra gli altri, B. HEINRICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Stuttgart, 2019, Rdnr. 636/637, 267-268; H. FRISTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., München, 2018, 23/4, 327-328; K. KÜHL, *Versuchsstrafbarkeit und Versuchsbeginn*, in M. HETTINGER - T. HILLENKAMP (Hrsg.), *Festschrift für Wilfried Küper*, Heidelberg, 2007, 296 ss.; F. HAFT, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 9. Aufl., München 2004, 226 ss.; B. NIEPOTH, *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, Frankfurt a.M., 1994, 84 ss.; D. MARXSEN, *Strafbarkeitseinschränkung bei abstrakten Gefährdungsdelikten*, Münster, 1991, 89 ss.; R. MAURACH - K.H. GÖSSEL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, II, *Erscheinungsformendes Verbrechen und Rechtsfolgen der Tat*, 7. Aufl., Heidelberg, 1989, 40, 31 ss.; S. PAPAGEORGIOU - GONATAS, *Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*, München, 1988, 209 ss.; H.J. RUDOLPHI, *Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen*, in B. SCHÜNEMANN (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin - New York, 1984, Fn. 12, 69 ss.; C.J. GORES, *Der Rücktritt des Tatbeteiligten*, Berlin, 1982, 155 ss.; C. MYLONOPOULOS, *Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht. Eine Studie zur Entwicklung der personalen Unrechtslehren*, Köln - Berlin - Bonn - München, 1981, 66 ss.; G. GEILEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Bochum, 1980, 149 ss.; Jürgen MEYER, *Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit*, cit., 598 ss.; G. GRÜNWARD, *Zum Rücktritt des Tatbeteiligten im künftigen Recht*, in G. STRATENWERTH - ARMIN KAUFMANN - G. GEILEN - H.J. HIRSCH - H.-L. SCHREIBER - G. JAKOBS - F. LOOS (Hrsg.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin - New York, 1974, 712 ss.; E.J. LAMPE, *Das personale Unrecht*, cit., 54 ss. e 211 ss.; D. KRAUß, *Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht*, in ZStW, Bd. 76, 1964, 58 ss.

<sup>84</sup> La genesi della *Eindruckstheorie* è piuttosto datata e può essere fatta risalire alle elaborazioni di A. HORN, *Der Versuch. Begründung einer objektiven Versuchstheorie im Hinblick auf empirische Psychologie und Psysopsychologie*, in ZStW, Bd. 20, 1900, 309 ss.; e poi di L. VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen*

soggettivo e quindi ciò che rileva è comunque la volontà ribelle che si manifesta contro il diritto e l'ordinamento giuridico, ma ciò non è sufficiente, poiché è necessario che questa volontà criminosa sia in grado di scuotere la società, le altre persone e di minare la fiducia che i cittadini nutrono nella vigenza e nella certezza delle leggi, compromettendo in questo modo la "pace giuridica"<sup>85</sup>. La *Eindruckstheorie*, al di là degli aspetti di carattere soggettivo, comuni anche alle altre teorie soggettivistiche sul tentativo, richiede che l'azione del reo sia in grado di suscitare un allarme sociale, un pericolo che sia percepito esternamente, da un punto di vista psicologico-sociale<sup>86</sup>. Non vi sono criteri empirici o altrettanto certi per verificare l'impatto, l'entità e prima ancora la presenza dell'impressione negativa, cioè di pericolo imminente percepito dalla comunità dei consociati<sup>87</sup>. Il criterio è inevitabilmente mutabile e adattabile a vari contesti che si possono presentare nell'esame del caso concreto: si ritiene generalmente che la capacità di impressione, cioè di turbamento dell'ordine giuridico, debba essere valutata secondo il parametro di uno osservatore esterno medio e ragionevole, che sia a conoscenza dell'intenzione criminosa dell'autore e che abbia assistito alle fasi esecutive dell'azione. Il punto centrale è quello di limitare, con questa impostazione tendenzialmente mista, gli eccessi della teoria soggettiva "pura", in particolare per quanto attiene al tentativo assolutamente inidoneo, quindi irrealistico o cervellotico, provando ad individuare una soluzione compromissoria. Lo sforzo è quello di uscire da una analisi, e quindi da un conseguente giudizio di responsabilità, basato esclusivamente su un'indagine interna alla psiche dell'agente, basata solamente sul dolo del tentativo, sulla sua rappresentazione, cercando di valutare l'impatto che il fine criminoso ha causato nel contesto sociale esterno nel quale si è, anche soltanto in minima parte e per un tempo contenuto, inserito<sup>88</sup>. Viene quindi adottata una prospettiva esterna che, andando oltre la semplice violazione della norma, si concentri anche sulle conseguenze prodotte dalla condotta criminosa sugli altri, sul piano oggettivo, valutando così la sua idoneità, non tanto intrinseca

---

*des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform, II, Die Schuld nach dem Strafgesetz* (1907), Neudruck, Berlin, 2018, 487 ss.

<sup>85</sup> Ritengono che si tratti pur sempre di una variante della teoria soggettiva A. ESER - N. BOSCH, *Vor §§ 22 ff.*, in A. SCHÖNKE - H. SCHRÖDER (bearbeitet von A. Eser), *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl., München, 2019, Rn. 22, 414.

<sup>86</sup> Così sempre A. ESER - N. BOSCH, *Vor §§ 22 ff.*, in A. SCHÖNKE - H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 22, 414, dove si parla di un „sozialpsychologische Wirkung“.

<sup>87</sup> F. STRENG, *Der Irrtum beim Versuch – ein Irrtum? Ein Beitrag zur Struktur des Versuchstatbestands*, in *ZStW*, Bd. 109, 1997, 865; U. MURMANN, *Versuch – Vorbemerkungen zu den §§ 22 ff.*, in G. CIRENER - H. RADTKE - R. RISSING-VAN SAAN - T. RÖNNAU - W. SCHLUCKEIBER (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Großkommentar, Band 2 - §§ 19-31*, 13. Aufl., Berlin - Boston, 2021, 83/86, 161 ss.

<sup>88</sup> K. HOFFMANN-HOLLAND, § 22, in V. ERB - J. SCHÄFER (Hrsg.), *Münchener Kommentar – Strafgesetzbuch, §§ 1-37*, 4. Aufl., München, 2020, 8/11, 1118-1119.

all'atto, quanto a produrre una reazione al fatto illecito, che assume così un ruolo di importante di discriminare per la punibilità dello stesso tentativo.

2. Le teorie oggettive sulle quali e in base alle quali fondare la punibilità del tentativo hanno avuto nella cultura penalistica tedesca una storia molto tormentata. Questo peculiare travaglio – ed anche inconsueto rispetto alle altre tradizioni giuridiche europee continentali – non è ascrivibile ad un unico fattore o all'affermarsi di una specifica teoria di segno contrario, quanto piuttosto ad un progressivo e lungo logorio delle tesi oggettivistiche e da un intreccio tra diritto penale ed elaborazioni filosofiche e politico-filosofiche che produrrà delle ricadute nell'interpretazione dei singoli istituti ed in particolare in tema di tentativo. La perenne crisi delle tesi oggettivistiche nel contesto d'Oltralpe, tuttavia, non è frutto del caso: vi era e vi è tuttora anche un problema che concerne la vaghezza del dato normativo, aspetto tipico di quel sistema e che caratterizza anche il nuovo articolato della parte generale introdotto nel 1975. Non soltanto. Analogamente a quanto avvenne negli ordinamenti degli altri stati europei, anche le corti e i tribunali tedeschi a partire dalla fine del XIX secolo compirono una brusca virata verso un approccio soggettivo, che per quanto riguarda, la giurisprudenza tedesca, non sarà più abbandonato e incontrerà, seppur gradualmente, anche i favori della dottrina<sup>89</sup>. Affrontare la questione delle teorie oggettivistiche sul tentativo nel diritto penale tedesco richiede necessariamente un'ampia serie di precisazioni, contestualizzazioni e catalogazioni tanto concettuali quanto temporali. La prima, ed è probabilmente la più importante, è la distinzione tra teorie oggettive “antiche” e “moderne”.

Le teorizzazioni in chiave (esclusivamente) oggettiva sono state dominanti o comunque prevalenti fino agli inizi del Novecento, anche grazie all'ambiguità della formulazione della disciplina del tentativo nel codice penale del 1871 che nulla prevedeva sulla punibilità del tentativo inidoneo, lasciando così a dottrina e giurisprudenza la possibilità di elaborare posizioni tra loro opposte e permettendo quindi alle teorie oggettive di trovare un (possibile) riflesso nella disciplina positiva, nonostante una coeva incessante subiettivizzazione della struttura dell'illecito penale<sup>90</sup>. Le due teorie oggettive antiche, che pure presentavano al loro interno differenti declinazioni e registrarono continui aggiustamenti, erano quelle della messa in pericolo del bene giuridico, che a sua volta si può suddividere nell'approccio causale-ipotetico e in quello del fatto concreto, e del *Mangel am Tatbestand* (teoria del difetto del tipo).

---

<sup>89</sup> Cfr. S. SEMINARA, *Die Versuchsproblematik in der deutschen Strafrechtswissenschaft der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, in S. SEMINARA - H.J. HIRSCH (Hrsg.), *Zur strafrechtlichen Versuchslehre im 19. und 20. Jahrhundert*, Münster, 2008, 1 ss.

<sup>90</sup> M. WATCHER, *Das Unrecht der versuchten Tat*, cit., 35 ss.

È bene precisare che soltanto con riferimento a queste teorie definite antiche, che si svilupparono a partire dalla prima metà dell'Ottocento e videro il loro sostanziale tramonto nei primi decenni del XX secolo, che si può parlare propriamente di “teorie oggettive”, cioè di tesi squisitamente oggettivistiche, che possiedono come elementi comuni l'inizio della condotta tipica, la necessità della messa in pericolo del bene giuridico, che l'atto posto in essere (o il mezzo impiegato) dall'agente sia concretamente idoneo, che il tentativo venga punito meno gravemente e che quello inidoneo, di conseguenza, vada esente da pena. Tralasciando il periodo nazionalsocialista, a partire dalla seconda metà del Novecento, le teorie soggettive trovano una loro netta affermazione che verrà nel giro di circa un decennio suggellata anche dalla riformata disciplina del tentativo<sup>91</sup>, condannando in questo modo le teorie oggettive a niente di più che un residuo storico e realizzando di conseguenza un loro deciso superamento.

Nonostante il netto predominio di un fondamento, a tratti anche piuttosto radicale, in termini soggettivi della punibilità del tentativo e un disciplina sostanzialmente “schierata” in quella direzione, in particolar modo sulla questione del tentativo inidoneo, tuttavia, a partire dagli anni '80 e soprattutto all'inizio degli anni 2000, quindi alcuni anni dopo l'emanazione della legge di riforma del codice, hanno cominciato a farsi strada, seppure con molto fatica, alcune impostazioni correttive con l'obiettivo di restringere il perimetro di rilevanza e dunque di punibilità del tentativo: sono questi sforzi di una parte della dottrina, tra loro persino molto eterogenei e con molteplici sfaccettature ed obiettivi, ad essere catalogati come le moderne teorie oggettive del tentativo<sup>92</sup>. Attualmente, inoltre, la stessa definizione di “teoria oggettiva” risulta piuttosto ambigua e addirittura non del tutto corretta e non corrispondente alla reale

---

<sup>91</sup> La dottrina prevalente è attualmente molto cauta nell'affermare che, sulla linea già tracciata e seguita dalla giurisprudenza, la vigente disposizione sulla definizione del tentativo abbia natura esclusivamente soggettiva; affermazione che, peraltro, stando al tenore letterale della norma (delle due norme §§ 22 e 23 *StGB*) non sarebbe del tutto peregrina od eccessiva. Espressamente, nel ritenere la concezione del tentativo recepita nel codice del 1975 una teoria mista oggettivo-soggettiva, con una prevalenza della componente soggettiva: J. BAUMANN - U. WEBER - W. MITSCH - J. EISELE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., § 22, Rn. 26, 547; H. KUDLICH - J.C. SCHUHR, § 22 *Versuch*, in H. SATZGER - W. SCHLÜCKEIBER - G. WIDMAIER, *StGB – Strafgesetzbuch*, Kommentar, 5. Aufl., Hürt, 2021, 6, 229; nello stesso senso anche W. GROPP - A. SINN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Lehrbuch, 5. Aufl., 2020, Berlin - Heidelberg, § 9, Rn. 85/89, 378 ss., con una particolare valorizzazione della componente oggettiva del tentativo, inteso soprattutto come messa in pericolo del bene giuridico; V. HAAS, *Zum Rechtsgrund von Versuch und Rücktritt*, in *ZStW*, Bd. 123, 2011, 226 ss.; F. STRENG, *Der Irrtum beim Versuch – ein Irrtum? Ein Beitrag zur Struktur des Versuchstatbestands*, cit., 862 ss. e spec. 864, dove l'Autore sostiene però che la dimensione del pericolo per il bene giuridico non possa aver alcun ruolo nel fondamento misto oggettivo-soggettivo del tentativo secondo l'attuale § 22 *StGB*.

<sup>92</sup> Il merito di aver dato avvio ad un dibattito sul fondamento della punibilità tentativo indirizzandolo verso una prospettiva maggiormente oggettivizzante, come creazione di un rischio illecito per la causazione dell'evento, pur evidenziando le difficoltà di una simile prospettiva rispetto al diritto vigente, lo si deve a T. WEIGEND, *Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre*, in H.J. HIRSCH - T. WEIGEND (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, cit., 126 ss. Prima di allora, l'unico sostenitore della teoria oggettiva del tentativo era G. SPENDEL, *Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie*, in ID. (Hrsg.), *Studien zur Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Ulrich Stock zum 70. Geburtstag*, Würzburg, 1966, 89 ss., però sulla base del testo codicistico previgente.

essenza degli sviluppi teorici che in un modo o nell'altro ad essa si richiamano o fanno comunque riferimento, invocandone in qualche modo quella patente. Parlare oggi, nel diritto penale tedesco, di teorie oggettive è sostanzialmente impossibile: ed invero, qualsiasi concezione oggettiva in senso stretto andrebbe inevitabilmente a scontrarsi con il dato normativo, sarebbe incongruente e *contra legem*; ciò che invece hanno fatto alcuni studiosi contemporanei è semplicemente quello di correggere in senso oggettivo la teoria soggettiva oggi dominante<sup>93</sup>. La base di partenza è dunque sempre la teoria soggettiva, quindi attribuendo la dovuta importanza ad aspetti di tipo soggettivo, al dolo del tentativo, al piano criminoso dell'agente, che viene accettata – chi con rassegnazione, chi con convinzione – pressoché in modo unanime dalla dottrina. Si cerca però attraverso le piccole fessure lasciate aperte dalla disciplina contenuta nei §§ 22 e 23 *StGB* di apporre dei correttivi in senso oggettivistico oppure facendo riferimento alla necessità di un ancoramento alla (parziale) tipicità della fattispecie tentata; questi correttivi possono peraltro essere di tipo dommatico o anche di derivazione politico-criminale. È allora più corretto parlare, con riferimento alla situazione dottrinale attuale, di teorie miste oggettivo-soggettive o, se si vuole, di teorie tendenzialmente oggettive.

Partendo da una breve analisi delle antiche teorie oggettive, la prima ad emergere nello scenario dommatico tedesco, praticamente ai suoi albori, è quella causale, della causalità potenziale che risale a Feuerbach ed è proprio attraverso il suo contributo che si introdusse in chiave problematica all'interno della scienza criminalistica la questione dell'idoneità dei mezzi nel tentativo<sup>94</sup>. Fino a quel momento, infatti, il tentativo inidoneo non era affatto un problema, una questione di cui occuparsi, poiché l'eventuale difetto di idoneità degli atti di tentativo non avrebbero sortito, in termini sanzionatori, conseguenza alcuna. Orbene, in un contesto nel quale diritto e morale erano sostanzialmente sovrapposti, per la punibilità del tentativo, non si necessitava di altro se non di una intenzione criminosa del soggetto. Nella concezione di Feuerbach, invece, che prende le mosse da una concezione del diritto penale separata dalla morale e che vuole limitare la potestà punitiva statale, nell'ambito del pensiero illuministico liberale, soltanto a quelle aggressioni che ledono interessi essenziali per la convivenza civile, per punire un determinato comportamento era necessario che questo si manifestasse esternamente e che fosse oggettivamente pericoloso<sup>95</sup>. Perché allora si possa punire il tentativo

---

<sup>93</sup> Cfr. sul punto T. MAIER, *Die Objektivierung des Versuchsunrechts. Eine strafrechtliche Analyse de lege lata*, Berlin, 2005, 159 ss. e 209 ss.

<sup>94</sup> Fino a quel momento, infatti, il tentativo inidoneo non era affatto un problema, una questione di cui occuparsi, poiché l'eventuale difetto di idoneità degli atti di tentativo non avrebbero sortito, in termini sanzionatori, conseguenza alcuna, in un approccio fondato esclusivamente sulla volontà ribelle.

<sup>95</sup> Su questo aspetto, diff. L.C. REY-SANFIZ, *Die Begriffsbestimmung des Versuchs und ihre Auswirkung auf den Versuchsbeginn*, Berlin, 2006, 41 ss.

di un crimine, non basta una semplice cattiva intenzione, ma serve anche un'azione dolosa esterna che provochi una lesione giuridica; la sola intenzione per quanto riprovevole, non seguita però da una condotta pericolosa, non può essere sufficiente per renderla di per sé antiggiuridica<sup>96</sup>. Un comportamento è antiggiuridico quando appunto lesiona o pone in pericolo la vigenza del diritto; due devono essere i requisiti: il comportamento deve coincidere con un fatto preveduto dalla legge come reato e deve ledere un diritto soggettivo altrui<sup>97</sup>. Il tentativo di compiere un crimine, sostiene Feuerbach, deve essere punito quando l'intenzione si manifesta esternamente attraverso un *conatus delinquendi* che possieda una capacità causale a realizzare il reato consumato; se sussiste questa relazione causale potenziale, quindi se l'azione è obiettivamente pericolosa, solo allora potrà punirsi il tentativo, il quale però non potrà essere punito quando, seguendo il decorso causale cominciato con l'azione dell'agente, l'evento non si sarebbe potuto assolutamente verificarsi<sup>98</sup>.

Un ulteriore sviluppo e consolidamento di questa prima teoria sul tentativo si ebbe successivamente con il Mittermaier, che curò anche l'ultima edizione del *Lehrbuch* dello stesso Feuerbach, suo maestro, che riscosse largo seguito nella dottrina tedesca dell'epoca. Egli sostiene, sin dai suoi primi lavori sul tentativo, che, al fine di dare al giudice un solido e valido criterio per stabilire la sussistenza dell'illecito penale, sia necessario guardare alla condotta del reo e alla sua riconoscibilità esterna, alla sua univocità e non soltanto alla mera intenzione delittuosa<sup>99</sup>. Questa condotta deve essere caratterizzata da specifici requisiti di natura oggettiva che la possano rendere punibile sia nel caso di un reato consumato sia come tentativo. Un aspetto di particolare importanza che Mittermaier per primo pone in evidenza è quello di ritenere il tentativo una forma incompleta del reato, che si verifica allorché non sia stato possibile per l'intervento di fattori indipendenti dalla volontà del colpevole realizzare completamente la fattispecie consumata<sup>100</sup>. Il rapporto primario è quello tra norma incriminatrice e caratteristiche del fatto: oggetto, dunque, dell'intervento dello *jus puniendi* non è la semplice volontà criminosa, il pensiero ribelle, ma la condotta che sul piano oggettivo

---

<sup>96</sup> A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*<sup>4</sup>, Giessen, 1808, 43 ss.; ID., *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, II (Chemnitz, 1800), Neudruck, Aalen, 1966, 266 ss.

<sup>97</sup> Così A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*<sup>14</sup>, herausgegeben von C.J.A. MITTERMAIER, Giessen, 1847, 72, Note II.

<sup>98</sup> A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Giessen, 1801, 45 ss., poi in termini più precisi, anche con riferimento al requisito dell'idoneità, sempre A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*<sup>4</sup>, cit., 43 e nt. b.

<sup>99</sup> In C.J.A. MITTERMAIER, *Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen*, in *Neues Archiv des Criminalrechts*, 1816, I, 168 ss.; v. anche J. BAUMGARTEN, *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, Stuttgart, 1888, 228 ss.

<sup>100</sup> C.J.A. MITTERMAIER, *Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen*, cit., 174 ss.

integra la fattispecie di reato<sup>101</sup>. Partendo da queste premesse concettuali, le importanti ricadute in tema di tentativo vengono colte dall'illustre Studioso proprio in merito al requisito dell'idoneità: i requisiti oggettivi che devono in generale caratterizzare la condotta punibile, nel tentativo si traducono sostanzialmente nella idoneità dell'oggetto, cioè nella sua esistenza o presenza, e nell'impiego di un mezzo idoneo<sup>102</sup>. Affinché il tentativo possa dirsi idoneo è richiesta la presenza dell'oggetto materiale del reato su cui andrà a ricadere l'azione delittuosa, poiché in caso di assenza dell'oggetto non vi potrà essere né reato consumato né tantomeno tentativo; a ciò si deve aggiungere l'idoneità del mezzo, che deve essere valutato all'interno del legame causale che deve collegare l'azione all'evento che l'agente intendeva realizzare<sup>103</sup>. Mittermaier, in questo modo, sostituisce l'oggettiva pericolosità dell'azione di Feuerbach con il criterio dell'idoneità che diventa così elemento del nesso causale e soprattutto diventa un aspetto essenziale della stessa tipicità. Con riferimento all'idoneità del mezzo, l'Autore compie, poi, un'importante distinzione tra idoneità assoluta e relativa: qualora il mezzo impiegato dal reo sia assolutamente inidoneo, perché l'evento non si sarebbe potuto verificare in alcun caso, allora il suo comportamento dovrà andare esente da pena e non si potrà parlare in questi casi nemmeno di un inizio di esecuzione, mentre se il mezzo potrebbe essere di per sé idoneo, ma a causa del suo utilizzo non adeguato o maldestro ovvero per circostanze particolari che riguardano il caso concreto, si rivela inidoneo, il tentativo dovrà invece essere punito dal momento che il soggetto agente ha comunque realizzato un'azione contraria al diritto<sup>104</sup>.

A queste posizioni oggettivistiche caratterizzate da un approccio di tipo naturalistico-causale e orientate ad una valutazione del pericolo *ex post*, si aggiunsero successivamente teorie oggettive di tipo formale, incentrate sulla tipicità, sui contenuti del fatto tipico. La più nota di queste, ed anche la più antica, è quella del *Mangel am Tatbestand*. La teoria del difetto del tipo non è in realtà una concezione sul fondamento della punibilità del tentativo e sulla sua struttura in generale, quanto piuttosto uno sforzo ancorato alla fattispecie tipica di limitare l'ambito di applicazione del tentativo e risulta trasversale anche ad altre impostazioni teoriche sempre di stampo oggettivo, come quelle prima esaminate. Le origini della teoria del *Mangel am Tatbestand* possono essere fatte risalire addirittura al periodo maturo del Diritto comune, quindi intorno al XVII secolo, quando negli stati imperiali tedeschi vigeva la *Constitutio Criminalis Carolina*, emanata dall'imperatore Carlo V nel 1532, al fine di mitigare gli eccessi sanzionatori

---

<sup>101</sup> C.J.A. MITTERMAIER, *Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen*, cit., 171 ss.

<sup>102</sup> C.J.A. MITTERMAIER, *Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen*, cit., 184 ss. e 188.

<sup>103</sup> C.J.A. MITTERMAIER, *Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen*, cit., 191 e 196 ss.

<sup>104</sup> C.J.A. MITTERMAIER, *Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen*, cit., 194.

nel caso in cui la condotta criminosa non si fosse completamente realizzata o qualora vi fossero stati presenti aspetti anche extra-legali che il giudice poteva prendere in considerazione a favore del colpevole<sup>105</sup>. La teoria in esame si colloca in stretto rapporto con il sistema sanzionatorio e in particolare con l'esigenza di attenuare la pena nel caso di ipotesi di reato non consumate. Perché una condotta possa definirsi tipica è necessario che il soggetto agente integri tutti gli elementi contemplati dalla fattispecie incriminatrice. Un difetto o parziale mancanza del tipo si verifica, di conseguenza, nel caso in cui manchi uno degli elementi previsti dalla fattispecie tipica, cioè l'agente non realizza o non si verifica uno di questi elementi.

Per Feuerbach, la teoria del *Mangel am Tatbestand* consisteva nell'accertamento sul piano giuridico dell'inesistenza di uno o di alcuni requisiti normativi del fatto. E da qui il nesso tra fatto e graduazione della pena: se il fatto possiede tutti i suoi requisiti normativa allora l'entità della pena sarà quella intera prevista per quel reato, mentre se fanno difetti alcuni di questi elementi, non si potrà né applicare una pena identica né non applicarla completamente, ma dovrà essere graduata in base al rilievo che assume l'elemento mancante<sup>106</sup>. In seguito, lo stesso Autore specificherà che il difetto del fatto tipico riguarda una lesione giuridica realizzata soltanto in parte e risulta mancante uno degli elementi che caratterizzano e definiscono il reato<sup>107</sup>.

Successivamente a queste acquisizioni, si è unita l'esigenza della caratteristica tipica dell'illecito penale e del principio di legalità. Ed è proprio in questo senso che Ernst Ludwig Beling, autore e promotore del concetto e della teoria del *Tatbestand*, proporrà in tema di tentativo, proprio a partire da questa costruzione dommatica e dalla sua teoria generale del reato, un approccio formale-oggettivo, riprendendo la teoria del difetto del tipo. Il *Mangel am Tatbestand*, per Beling, ricorre quando manca un requisito necessario della fattispecie o nel caso in cui il comportamento si è fermato ad atti preparatori. Egli circoscrive allora il perimetro della punibilità a titolo di tentativo alla condotta che non giunge a completare la fattispecie, sostenendo di conseguenza l'irrelevanza degli atti preparatori, privi di qualsiasi disvalore<sup>108</sup>.

Un diverso fondamento alla teoria in discorso venne data dalla teoria oggettiva delle norme di Karl Lorenz Binding, secondo la quale le norme non sarebbe altro che divieti di

---

<sup>105</sup> W. SCHMID, *Über Feuerbachs Lehre vom „Mangel am Tatbestand“*, in *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, München, 1978, 19 ss. e spec. 20-21. Per una prima completa enunciazione della teoria, v. R. HAVENSTEIN, *Zur Lehre vom untauglichen Versuch*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1888, 36, 33 ss. e spec. 39.

<sup>106</sup> A. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, II (Chemnitz, 1800), Neudruck, Aalen, 1966, 3-4; anche ID., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*<sup>4</sup>, cit., 90 ss.

<sup>107</sup> A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*<sup>9</sup>, Giessen, 1826, 91 ss. In senso critico, H.A. ZACHARIÄ, *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, Göttingen, 1836, I, 21 ss. e 82 ss.

<sup>108</sup> E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen* (Tübingen, 1906), Neudruck, Aalen, 1964, § 8, 57 ss. e § 33, 328 ss.

causazione, cioè di causare il reato, quindi la fattispecie incriminatrice tipica<sup>109</sup>. La fattispecie, nella teoria di Binding, è composta da elementi che devono riflettersi nell'azione delittuosa già nel momento in cui se ne comincia la sua esecuzione e qualora la condotta non abbia concretizzato tutti gli elementi previsti dalla fattispecie si avrà una causazione parziale, quindi un delitto incompleto, cioè un tentativo<sup>110</sup>. Tutti i requisiti richiesti dalla norma primaria di condotta, secondo l'Autore – che non è conosciuto di certo per una concezione mite del diritto penale – devono sussistere nel momento iniziale in cui l'agente pone in essere il suo comportamento, e la mancanza di uno di questi rende il tentativo inidoneo, perché quella azione non è proibita dalla norma<sup>111</sup>.

Alcune ulteriori precisazioni a questa teoria ed anche alcuni correttivi vennero, diversi anni dopo, apportati da Zu Dohna, che, riprendendola nei suoi aspetti essenziali, chiarirà come l'elemento o gli elementi mancanti del fatto tipico, affinché possa sussistere un difetto di tipicità, non devono riguardare il nesso causale tra la condotta e l'evento, cioè non si devono inserire nel legame eziologico che coinvolge la condotta dell'agente<sup>112</sup>.

Un cambio di prospettiva, teso anche a superare le critiche avanzate alle “prime” teorie oggettive e ad arginare un'incalzante avanzata delle opposte tesi, venne realizzata a partire da von Liszt con l'applicazione dei criteri della sua *nachträgliche Prognose* alla valutazione della pericolosità del tentativo. Per von Liszt il tentativo di un crimine, dal punto di vista giuridico-penale, non è che una oggettiva idoneità alla realizzazione dell'evento e di conseguenza le condotte che non possiedono questa fondamentale connotazione, quindi che non sono pericolose, sono irrilevanti dal punto di vista del diritto penale<sup>113</sup>. Il contributo innovativo che l'insigne Giurista porta alla valutazione dell'elemento del pericolo riguarda la prospettiva con la quale il giudicante deve esprimere il suo giudizio: il pericolo deve essere valutato in una prospettiva *ex ante*, vale a dire che il giudice deve porsi idealmente nel momento iniziale in cui l'agente ha dato inizio alla sua condotta e valutare se in base alle conoscenze possedute dal soggetto o comunque da lui conoscibili, senza prendere in considerazione le circostanze emerse soltanto successivamente, la condotta era idonea a produrre l'evento preso di mira e se quindi poteva definirsi concretamente pericolosa<sup>114</sup>. La teoria di von Liszt – definita da alcuni come la tesi oggettiva “moderna” perché successiva a quella del Feuerbach e del Mittermaier – venne

---

<sup>109</sup> K. BINDING, *Die Normen und ihre Ubertretung*, III, Leipzig, 1918, 426.

<sup>110</sup> K. BINDING, *Die Normen und ihre Ubertretung*, cit., 428-429.

<sup>111</sup> K. BINDING, *Die Normen und ihre Ubertretung*, cit., 431.

<sup>112</sup> A.G. ZU DOHNA, *Der Mangel am Tatbestand*, in *Festgabe für Karl Güterbock*, Berlin 1910, 37 ss.

<sup>113</sup> F. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*<sup>2</sup>, Berlin-Leipzig, 1884, 208.

<sup>114</sup> F. VON LISZT, *Das fehlgeschlagene Delikt und die Cohn'sche Versuchslehre*, in *ZStW*, Bd. 1, 1881, 93 ss. e spec. 102-103; ID., *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*<sup>24</sup>, Berlin-Leipzig, 209.

poi ampiamente ripresa da Robert von Hippel, il quale sosteneva che il tentativo andasse punito in quanto creatore di un pericolo di realizzazione concreta di una fattispecie di reato e la progressione criminosa doveva essere dunque graduata anche per la sua conseguente ma differente graduazione della pena: il tentativo è più pericoloso degli atti preparatori e ne rappresenta uno stadio successivo così come la consumazione del reato rispetto allo stesso tentativo<sup>115</sup>. Von Hippel si discosta, almeno in parte, dal paradigma e dal lessico causale e si concentra esclusivamente sul concetto di pericolo da valutare non *ex post*, che condurrebbe all'assurda conclusione che tutti i tentativi di un reato se valutati posteriormente sarebbero sempre inidonei e non pericolosi, proponendo, sulla linea già tracciata da von Liszt, di valutare il pericolo invece da una prospettiva *ex ante*<sup>116</sup>. Il criterio adottato da von Hippel è quello della prognosi postuma, ma slegato da una concezione causale, che valuta gli atti del tentativo in termini di adeguatezza alla produzione del risultato e alla creazione di un pericolo concreto, affidandosi al parametro dell'osservatore esterno medio, dotato delle conoscenze generali e di quelle specifiche possedute dall'autore in concreto<sup>117</sup>.

Passando ora all'esame delle attuali, contemporanee tendenze in senso oggettivizzante sulla *ratio* della punibilità del tentativo, una prima revisione delle più datate teorie oggettive, unitamente ad una più ampia critica alla „subjektivistischen Zeitströmung im Strafrecht“, venne avanzata da Günter Spendel alla metà degli anni '60, sostenendo la validità di una valutazione della idoneità tramite un giudizio prognostico postumo, circoscrivendo peraltro lo stesso giudizio soltanto a quelle condotte che manifestano già una tendenza oggettiva riscontrabile a porre in pericolo il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice<sup>118</sup>. La tesi sulla valutazione sull'idoneità dell'impiego del mezzo sostenuta da Spendel in realtà segue una doppia prospettiva *ex ante* ed *ex post* allo stesso tempo: egli sostiene che la pericolosità della condotta può essere valutata anche in un momento successivo se il mezzo inizialmente inidoneo si rivela successivamente, ad esempio per le particolari caratteristiche o circostanze inerenti alla persona offesa, idoneo a cagionare l'evento che l'agente aveva intenzione di realizzare<sup>119</sup>.

---

<sup>115</sup> Robert VON HIPPEL, *Die allgemeinen Lehren von Verbrechen in den Entwürfen*, in ZStW, Bd. 42, 1921, 525 ss. e poi ID., *Deutsches Strafrecht*, II, Berlin, 1930, 404 ss. e 425 ss.

<sup>116</sup> Robert VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht. Das Verbrechen, Allgemeine Lehren*, Berlin, 1930, 404-405 e 425 ss.; v. al riguardo anche G. SPENDEL, *Kritik der subjektiven Versuchstheorie*, in NJW, 1965, 2, 1884.

<sup>117</sup> Robert VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht. Das Verbrechen, Allgemeine Lehren*, cit., 427 ss.

<sup>118</sup> G. SPENDEL, *Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie*, in ID. (Hrsg.), *Studien zur Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Ulrich Stock*, cit., 89 ss.; già prima ID., *Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht*, in ZStW, Bd. 65, 1953, 519 ss.

<sup>119</sup> G. SPENDEL, *Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie*, in ID. (Hrsg.), *Studien zur Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Ulrich Stock*, cit., 104-105.

Ulteriori sforzi per restringere il perimetro della punibilità del tentativo in senso oggettivo sono stati compiuti da Rainer Zaczyk. Secondo Zaczyk, il tentativo consiste in una parziale e allo stesso tempo graduale – nel suo sviluppo – lesione del bene giuridico<sup>120</sup>; il soggetto agente che inizia a porre in atto la sua condotta criminosa passa dalla rappresentazione del bene giuridico e dagli elementi che lo compongono alla sua effettiva e materiale compromissione. Questa concezione porta a interpretare il tentativo e i suoi elementi strutturali in base alle singole categorie di beni tutelati, atteggiandosi in maniera diversa a seconda che si tratti del bene giuridico dell'integrità fisica, del patrimonio, dello Stato ecc., compiendo in sostanza una valutazione casistica per stabilirne tanto l'inizio della sua esecuzione quanto l'idoneità dell'atto. Vi è comunque un riferimento in questo approccio teorico anche alla rappresentazione dell'agente, soprattutto con riferimento alla punibilità del tentativo inidoneo, poiché l'agente quando si rappresenta la lesione del bene giuridico che intende attingere, questa rappresentazione deve essere, secondo Zaczyk, oggettivamente possibile<sup>121</sup>.

Sostanzialmente sulla stessa linea di pensiero si colloca la tesi di Michael Köhler, pur presentando una maggiore linearità, il quale sostiene che è possibile configurare un tentativo soltanto in presenza di circostanze e condizioni che rendano oggettivamente possibile la realizzazione della fattispecie di reato, possibilità da valutare secondo un giudizio prognostico obiettivo postumo, escludendo così dall'alveo della punibilità quelle condotte che con certezza o con elevato grado di probabilità si rivelino inidonee<sup>122</sup>.

Un significativo sviluppo alle moderne impostazioni teoriche sul tentativo, che riscuoterà anche una certa attenzione da parte di alcuni settori della dottrina, è stato fornito dalla posizione espressa in diversi lavori, pubblicati nella prima metà degli anni '80, da Dietrich Kratzsch. La concezione di Kratzsch sul tentativo è nota come la teoria del pericolo astratto ed invero secondo questo Autore il tentativo non sarebbe altro che un delitto di pericolo astratto e per la sua configurabilità sarebbe necessario che la condotta posta in essere dall'agente possieda un

---

<sup>120</sup> R. ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, Berlin, 1989, 241 ss., 255 ss., 272-273; anche ID., *Strafrecht, Rechtsphilosophie und der untaugliche Versuch*, in R. BLOY - M. BÖSE - T. HILLENKAMP - C. MOMSEN - P. RACKOW (Hrsg.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Berlin, 2010, 885 ss. e spec. 888 ss.

<sup>121</sup> R. ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, cit., 327 ss. In parte allineato a questa posizione è anche J. RATH, *Grundfälle zum Unrecht des Versuchs*, in *JuS*, 38, 1998, I (Heft 11), 1006 ss. e II (Heft 12), 1106 ss., che sostiene che la ragione della punizione del tentativo inidoneo vada ricercato nel rapporto iniziale "alla pari" che ci deve essere tra autore e vittima: l'esclusione della punibilità dovrebbe avvenire quando anche la vittima è a conoscenza dell'inidoneità dell'azione criminosa o quando il soggetto titolare del bene giuridico protetto in realtà non esiste.

<sup>122</sup> M. KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin - Heidelberg, 1997, 453 ss., 455 ss. e 458. Questa concezione, tuttavia, si pone inevitabilmente in contrasto, con la non punibilità di tutte le condotte ritenute inidonee, con il dato normativo, rappresentando piuttosto una posizione ideale dell'Autore.

determinato grado di probabilità di realizzare il fatto tipico e così di porre in pericolo il bene giuridico protetto dalla fattispecie incriminatrice. Il pericolo non dovrebbe nemmeno essere accertato in concreto, ma sarebbe sufficiente l'inizio della condotta corrispondente alla fattispecie incriminatrice per desumerne la generale o tendenziale messa in pericolo del bene giuridico<sup>123</sup>. Qui, il pericolo per l'appunto non deve essere verificato ma si accompagna all'inizio dell'esecuzione e deve consistere in una attitudine generica dell'azione tipica. La tesi sostenuta da Kratzsch serve soprattutto – come del resto tutte le oggettive contemporanee – a circoscrivere con maggior precisione l'ambito del tentativo inidoneo punibile da quello non punibile, perché in assoluto impossibile, cervellotico e fantasioso. Orbene, il precipitato in tema di inidoneità di questo assunto è che ogniqualvolta la condotta presenta segnali di pericolosità in termini molto bassi non è comunque possibile escludere che si verifichi l'evento che si voleva prevenire, mentre quanto la condotta è già di per sé non pericolosa si può escludere ab origine la possibilità che si verifichi l'evento lesivo<sup>124</sup>.

In parte analoga alla tesi di Kratzsch, è la concezione patrocinata da Hans-Joachim Hirsch, che basandosi sempre sulla pericolosità oggettiva della condotta, fonde insieme diversi approcci ermeneutici tanto di stretta marca oggettivistica quanto misti oggettivo-soggettivi<sup>125</sup>. La tesi proposta da Hirsch è quella di distinguere il tentativo inidoneo pericoloso da quello inidoneo non pericoloso, mandando così quest'ultimo esente da pena, poiché in un diritto penale del fatto non può trovare accoglimento la punibilità di un tentativo che non presenti un carattere di pericolosità per l'interesse tutelato dalla norma. Il giudizio di pericolosità dovrebbe poi essere valutato attraverso il criterio dell'agente modello, dotato delle medesime conoscenze in possesso del soggetto agente e che conosca il suo piano criminoso, sulla base di una valutazione da compiersi *ex ante*: soltanto quelle azioni che generano un pericolo concreto possono segnare l'inizio della fattispecie di reato<sup>126</sup>.

Merita, infine, di essere segnalata, nell'ambito di questi orientamenti oggettivizzanti, la posizione sostenuta da Bottke che, sebbene isolata, è senz'altro degna di nota almeno per la sua importanza dal punto di vista penale-costituzionale e che apre (praticamente per la prima volta) il dibattito sulla compatibilità della disciplina del tentativo così soggettivamente caratterizzata,

---

<sup>123</sup> D. KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung*, Berlin, 1985, 277 ss., 430 ss. e spec. 432-433.

<sup>124</sup> D. KRATZSCH, *Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel (§ 22 StGB) – ein absolut untauglicher Versuch?*, in JA, 1983, 420 ss. e 578 ss.

<sup>125</sup> H.J. HIRSCH, *Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht*, in B. SCHÜNEMANN - H. ACHENBACH - W. BOTTKE - B. HAFFKE - H.-J. RUDOLPHI (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin - New York, 2001, 711 ss., 716 ss. e 726.

<sup>126</sup> H.J. HIRSCH, *Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht*, cit., 718 e 720 ss.

sia sul piano definitorio e soprattutto su quello sanzionatorio, con la Legge fondamentale della Repubblica federale<sup>127</sup>. Partendo dall'analisi della opinione dominante tanto nella dottrina quanto nella giurisprudenza sul fatto che i §§ 22 e 23 *StGB* prevedano la punibilità del tentativo inidoneo, posizione ovviamente condivisa dallo stesso Bottke, il quale tuttavia sostiene che la disciplina sanzionatoria prevista per il tentativo, e in particolare la punizione del tentativo inidoneo sia incostituzionale. Orbene, secondo la tesi avanzata da Bottke il diritto penale è posto a tutela di beni giuridici che devono trovare un fondamento costituzionale, parlando direttamente a questo proposito di beni costituzionali<sup>128</sup>. Se il tentativo idoneo e quindi punibile mette in pericolo effettivamente il bene giuridico, quello inidoneo può tutt'al più compromettere la pace giuridica, che non può essere di certo paragonata ad una reale e concreta offesa, per quanto non completa, ad un bene giuridico costituzionalmente fondato<sup>129</sup>. Un tentativo inidoneo non è mai in grado di mettere in pericolo o di ledere un bene giuridico, a differenza del tentativo idoneo. La scelta allora del legislatore di prevedere alla pari la punibilità di entrambe le forme parifica sul piano sanzionatorio due situazioni completamente diverse che non possono per questo ricevere la stessa risposta sanzionatoria<sup>130</sup>. Ne consegue allora che la scelta di punire il tentativo inidoneo si rivela incompatibile con i principi del costituzionalismo penale, sanciti dalla Legge fondamentale, perché si pone in violazione del principio di legalità e del principio di proporzionalità<sup>131</sup>.

Sempre nell'ambito delle concezioni tendenzialmente oggettive, si sono fatte strada, sostenute da autorevoli studiosi, delle concezioni sostanzialmente miste, o meglio delle concezioni dualistiche (*dualistische Konzeptionen*) che individuano il fondamento della punibilità del tentativo sia sul versante soggettivo sia su quello oggettivo, attribuendo però complessivamente una maggiore importanza agli aspetti oggettivi, quindi al tema del pericolo<sup>132</sup>. Quella più importante e anche più diffusa è quella proposta da Claus Roxin. Sono ragioni sia general-preventive che special-preventive a fare necessariamente da sfondo alla punibilità del tentativo e al bisogno di pena e che caratterizzano di conseguenza la sua *ratio*. In

---

<sup>127</sup> W. BOTTKE, *Untauglicher Versuch und freiwilliger Rücktritt*, in C. ROXIN - G. WIDMAIER (Hrsg.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, Bd. VI, *Strafrecht - Strafprozeßrecht*, München, 2000, 135 ss.

<sup>128</sup> W. BOTTKE, *Untauglicher Versuch und freiwilliger Rücktritt*, cit., 139 ss. e 142: „Keine Tat, die Straftat ist, keine Strafe, die zulässig ist, ohne hoheitsanmaßendes Verwalten von Verfassungsgut“.

<sup>129</sup> W. BOTTKE, *Untauglicher Versuch und freiwilliger Rücktritt*, cit., 152-153.

<sup>130</sup> W. BOTTKE, *Untauglicher Versuch und freiwilliger Rücktritt*, cit., 159-160.

<sup>131</sup> W. BOTTKE, *Untauglicher Versuch und freiwilliger Rücktritt*, cit., 156-157, 161-162 e 176.

<sup>132</sup> La prima di queste, dai contenuti più radicali, fu quella sostenuta da Eberhard Schmidhäuser e da Heiner Alwart e si fonda parallelamente sull'intenzione dell'agente di realizzare una fattispecie di reato e sulla capacità della condotta di creare un pericolo oggettivo: E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 2. Aufl., Tübingen 1984, 11, 16; H. ALWART, *Strafwürdiges Versuchen. Eine Analyse zum Begriff der Strafwürdigkeit und zur Struktur des Versuchsdelikts*, Berlin, 1982, 122 ss.

termini generali la necessità di infliggere una pena sussiste quando il soggetto agente ha almeno messo in pericolo il bene giuridico tutelato da una fattispecie incriminatrice. Anche altre forme di aggressione possono rendere la condotta meritevole di una sanzione, cioè quando il comportamento dell'agente inizia ad integrare gli elementi previsti dalla fattispecie incriminatrice e in questo modo viola la norma penale, infrangendo o compromettendo in questo modo la normale vigenza del diritto (*Vereinigungstheorie*, c.d. teoria dell'unione)<sup>133</sup>. La punibilità del tentativo, secondo l'insigne Penalista monacense, risiede su due basi differenti: la prima, consiste nella messa in pericolo del bene giuridico protetto che crea pertanto una situazione di pericolo; la seconda, consiste nell'infrazione della norma penale, quindi sulla perturbazione arrecata alla vigenza dell'ordinamento giuridico da parte del soggetto che ha iniziato a mettere in atto il suo piano criminoso, denotando ad ogni modo una pericolosità (di tipo soggettivo)<sup>134</sup>. Ciò che deve caratterizzare primariamente il tentativo è la sua caratteristica di pericolosità che può riguardare non soltanto quello idoneo ma anche il tentativo inidoneo<sup>135</sup>. La previsione contenuta nel § 23 *StGB*, tuttavia, prevede in generale la punibilità di qualsiasi tipo di tentativo, compreso quello inidoneo, ed allora al primo fondamento (privilegiato) sul fondamento della punibilità del tentativo si deve aggiungere anche quello dell'infrazione della legge penale che crea un turbamento nella collettività perché rompe la pace garantita dall'ordinamento giuridico e rivela una volontà contraria al diritto che si è manifestata esternamente<sup>136</sup>. In questo modo si crea una complessiva compatibilità tra la concezione teorica del tentativo e la sua disciplina positiva. Per Roxin, il pericolo, dunque, può contrassegnare anche il tentativo inidoneo, poiché l'agente ha ritenuto, nonostante la rivelata incapacità del mezzo impiegato ovvero per vizio riguardante l'oggetto del reato, che la sua rappresentazione del fatto fosse corretta e che non facesse difetto alcuno; anche nel tentativo inidoneo viene posto in essere attraverso una condotta materiale esterna il pensiero criminoso e questo inizio d'esecuzione, per quanto poi rivelatosi inidoneo, può comunque generare una situazione di pericolo<sup>137</sup>. La teoria del pericolo ha anche ricadute non trascurabili sul piano sanzionatorio del

---

<sup>133</sup> A partire dalla concezione già pienamente esposta da A. ECKLER, *Die Ermittlung der beim Rücktritt vom Versuch erforderlichen Rücktrittsleistung anhand der objektiven Vollendungsgefahr – Zugleich ein Beitrag zum Strafgrund des Versuchs*, Baden-Baden, 2002, 65 ss., riprendendo alcune considerazioni formulate dallo stesso C. ROXIN, *Über den Strafgrund des Versuchs*, in A. ESER (Hrsg.), *Festschrift für Haruo Nishihara*, cit., 155 ss.

<sup>134</sup> C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. II, *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, 2003, § 29, Rn. 10, 335 ss.; nello stesso anche R.D. HERZBERG, *Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs*, cit., 267 ss.

<sup>135</sup> Il pericolo dovrà essere valutato *ex ante* sulla base di un osservatore esterno che sia a conoscenza del piano criminoso dell'agente e che disponga delle sue eventuali conoscenze superiori, rappresentandosi la produzione dell'evento: C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. II, cit., § 29, Rn. 11/12, 335-336.

<sup>136</sup> C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. II, cit., § 29, Rn. 11/12, 336.

<sup>137</sup> C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. II, cit., § 29, Rn. 17/18, 337-338, pericolo che nel tentativo inidoneo dovrà risultare seriamente possibile.

tentativo e la sulla gradualità della pena: il tentativo idoneo per il fatto che mette soltanto in pericolo il bene giuridico merita una pena ridotta rispetto a quella del reato consumato e il tentativo inidoneo pericoloso merita una risposta sanzionatoria ancora più lieve<sup>138</sup>. Lo stesso tentativo, poi, nella tesi sostenuta da Roxin, può essere catalogato come un delitto di pericolo concreto *sui generis* che consiste nel compimento di una tappa per la realizzazione del reato consumato, cioè una realizzazione parziale del fatto tipico, mentre quello inidoneo ma pericoloso come una sorta di reato di pericolo presunto<sup>139</sup>. Il pericolo deve dunque appartenere alla condotta di tentativo, perché la sua punibilità possa essere compatibile con i principi fondamentali del diritto penale e in particolare con un diritto penale del fatto<sup>140</sup>. In modo addizionale, anche il tentativo inidoneo non pericoloso, può risultare meritevole di sanzione – anche se ci sarebbero motivazioni più che sufficienti per esentarlo da pena e almeno quello del tutto irrazionale e assolutamente impossibile – perché l'autore ha deciso di violare, seconda la sua rappresentazione, la legge penale ed ha iniziato a porre in essere la condotta vietata, compromettendo la sicurezza garantita dal diritto, perché ha mostrato che il soggetto è comunque disposto ad attuare il suo piano che ritiene criminoso, senza rientrare nell'ambito del diritto penale della volontà, perché l'agente ha non solo pensato di commettere un reato, ma ne ha anche iniziato la sua esecuzione<sup>141</sup>.

3. Un reato doloso, prima di giungere alla sua consumazione, si sviluppa per stadi progressivi che iniziano con la decisione assunta dal soggetto agente di porre in essere il fatto, cioè con la rappresentazione del fatto da parte dell'autore (*Vorstellung von der Tat*)<sup>142</sup>; seguono poi la (eventuale) fase preparatoria, passando ai comportamenti catalogabili come esecutivi sino a giungere appunto alla consumazione. Nello *StGB* non si fa alcun riferimento agli elementi dell'idoneità e dell'univocità, come invece avviene nell'art. 56 del codice penale italiano: l'univocità coincide sostanzialmente con il dolo e il tentativo inidoneo è di regola punito. Nel tentativo ciò che manca è il completamento della condotta criminosa o il verificarsi dell'evento,

---

<sup>138</sup> C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. II, cit., § 29, Rn. 14/15, 336-337.

<sup>139</sup> C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. II, cit., § 29, Rn. 17, 337. Muovendo ovviamente da una prospettiva oggettiva, l'idea del tentativo come reato di pericolo, può essere fatta risalire ad A. MERKEL, *Lehrbuch der Deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, 132-133.

<sup>140</sup> Nello stesso senso, nel ritenere cioè il tentativo un reato di pericolo, U. MURMANN, *Versuch – Vorbemerkungen zu den §§ 22 ff.*, in G. CIRENER - H. RADTKE - R. RISSING-VAN SAAN - T. RÖNNAU - W. SCHLÜCKEIBER (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, cit., 16, 131 e poi 97, 168 ss.

<sup>141</sup> C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. II, cit., § 29, Rn. 18/19, 338.

<sup>142</sup> Ampiamente sul significato dell'espressione, v. T. HILLENKAMP, *Zur „Vorstellung von der Tat“ im Tatbestand des Versuchs*, in B. SCHÜNEMANN - H. ACHENBACH - W. BOTTKER - B. HAFFKE - H.-J. RUDOLPHI (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, cit., 689 ss.

mentre tutti gli altri elementi corrispondono e sono quindi identici a quelli del reato consumato<sup>143</sup>.

Questo comporta anche una identità tra il dolo del tentativo e quello del reato consumato. Sul punto però anche la dottrina d'Oltralpe si presenta divisa, anche se la teoria tradizionale, che corrisponde anche alla maggioranza delle posizioni, ritiene che si possa configurare un tentativo punibile con tutte le forme del dolo: intenzionale, diretto ed eventuale. In un sistema incentrato però sulla colpevolezza e che struttura la disciplina del tentativo su basi prevalentemente soggettive, basandosi sulla rappresentazione che ha il soggetto agente del fatto, si registrano comunque contrasti sulla punibilità di un tentativo con dolo eventuale<sup>144</sup>.

Se il proposito di commettere un reato rimane circoscritto alla sola *mala voluntas* e dentro il perimetro degli atti preparatori allora non potrà essere in alcun caso, salvo espresse ed eccezionali deroghe, punito. Affinché il tentativo possa essere punito la scelta psicologica di commettere un reato deve tradursi in un'azione materiale e deve costituire, in relazione alla fattispecie che si assume violata, un inizio di esecuzione. A tale riguardo, la dottrina tedesca ha elaborato un molteplicità di teorie per distinguere l'atto preparatorio da quello esecutivo e per stabilire l'inizio d'esecuzione, facendo uso di criteri sia oggettivi che, allo stesso tempo, soggettivi. Il primo aspetto che deve essere valutato, di natura eminentemente psichica, sono la natura e le caratteristiche attinenti al proposito delittuoso e in particolare alla decisione di attuare questo proposito<sup>145</sup>. La decisione di realizzare il fatto, secondo la giurisprudenza e la dottrina prevalente, deve ricevere un impulso della volontà decisivo e deve rappresentare dunque una decisione chiara anche se affetta ancora da qualche incertezza, purché non si tratti di uno stato di dubbio decisivo, e alla quale deve fare seguito l'azione materiale „jetzt geht's los“, si decide così di cominciare la realizzazione del fatto.

*Caso 2 – Tentato furto.* Una persona decideva di scassinare un distributore automatico di sigarette, per appropriarsi del denaro contenuto all'interno della cassa automatica. Per dare attuazione al piano, caricava sulla sua automobile arnesi da scasso e una fresa elettrica,

---

<sup>143</sup> Intende chiaramente il tentativo come un errore sulla comprensione delle circostanze del fatto U. KINDHÄUSER - E. HILGENDORF, *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, 8. Aufl., Baden-Baden, 2020, § 22, 3, 230.

<sup>144</sup> Sull'identità del dolo del reato consumato con il dolo del tentativo, cfr. W. KÜPER, *Der Rücktritt vom Versuch des unechten Unterlassungsdelikts*, in *ZStW*, Bd. 112, 2000, 35 ss. Maggioritaria è la posizione di quanti sostengono la punibilità del tentativo con qualsiasi forma di dolo. Si esprime però per l'impunità del tentativo con dolo eventuale principalmente I. PUPPE, *Der halbherzige Rücktritt. Zugleich eine Besprechung von BGHSt 31, 46*, in *NSStZ*, 1984, 488 ss. e spec. 491.

<sup>145</sup> V. sempre T. HILLENKAMP, *Zur „Vorstellung von der Tat“ im Tatbestand des Versuchs*, in B. SCHÜNEMANN - H. ACHENBACH - W. BOTTKÉ - B. HAFFKE - H.-J. RUDOLPHI (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, cit., 689 ss.

convinto che ci fosse nei paraggi la possibilità di collegarla ad una presa di corrente. Giunto sul posto, copriva il distributore con alcuni panni per attutire il rumore; non riusciva tuttavia a trovare un attacco per azionare la fresa. Avvertiti in quel momento dei rumori e temendo di essere stato scoperto, si dava alla fuga. Il *BGH*, nel confermare la condanna per tentato furto, affermava che per individuare l'inizio della condotta punibile è sufficiente che vi sia libero accesso alla merce da sottrarre dal punto di vista dell'autore del reato<sup>146</sup>.

Anche se la decisione è condizionata può comunque realizzarsi un tentativo punibile. Sono state proposte, a tale riguardo, tre fasi dell'elaborazione del proposito criminoso che possono segnare il passaggio dalla fase preparatoria a quella esecutiva e stabilire il discrimine tra l'irrelevanza penale e la punibilità del tentativo: la prima è quella della *Tatgeneigntheit*, della propensione al fatto tipico, cioè il soggetto attraverso alcuni atti (generalmente) pare accingersi all'integrazione del fatto tipico, come ad esempio portando con sé un'arma o iniziando la falsificazione di un documento (in questi casi il fatto è ancora molto incerto, equivocabile e potenzialmente pluridirezionale); il secondo, della *Entschluß auf bewußt unsicherer Tatsachengrundlage*, cioè di una decisione che si basa su circostanze fattuali incerte; da ultimo, la decisione con riserva di desistenza, *Entschluß mit Rücktrittsvorbehalt*<sup>147</sup>. Nel primo caso, dove lo stato di dubbio è preponderante non vi sarà tentativo punibile, mentre gli ultimi due casi, segnando una decisione evidente di realizzare il fatto tipico, rappresenteranno un tentativo punibile. In termini generali, quindi, dottrina maggioritaria e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che la decisione di realizzare una fattispecie di reato deve palesarsi come una scelta che, dopo che si sono bilanciati *pro* e *contra*, gli aspetti a favore della realizzazione del reato abbiano raggiunto un peso superiore a quelli contrari. Soprattutto per la dottrina, la valutazione di questi aspetti soggettivi deve essere condotta attraverso il riferimento ad indici il più possibile sicuri, cioè partendo dall'azione materialmente posta in essere dall'agente e guardando ad ogni elemento utile.

Ai sensi del § 22 dello *StGB* perché si possa configurare un tentativo punibile è necessario che il comportamento dell'agente superi la fase preparatoria e vi sia dunque un inizio di esecuzione che integri immediatamente la struttura della fattispecie di reato, basandosi sulla rappresentazione che lo stesso agente ha del fatto che intende realizzare. Le teorie emerse in dottrina al fine di stabilire il discrimine tra atti preparatori irrilevanti ed atti esecutivi punibili

---

<sup>146</sup> BGH 5 StR 15/20 - 28. April 2020 (LG Flensburg), *NJW* 2020, 2570; in senso conforme anche BGH 3 StR 132/21 - 14. Juli 2021 (LG Frankfurt a.M.), *NStZ-RR* 2021, 338.

<sup>147</sup> Questa distinzione, seguita dalla dottrina maggioritaria, venne proposta da W. SCHMID, „*Bedingter Handlungswille*“ beim Versuch und im Bereich der strafbaren Vorbereitungshandlungen, in *ZStW*, Bd. 74, 1962, 48 ss.

risentono inevitabilmente della stessa concezione dell'istituto in parola e in particolar modo del fondamento politico-criminale della sua punibilità<sup>148</sup>. A tale riguardo, due teorie o presupposti di fondo costituiscono la base comune a tutte le formule impiegate dalla dottrina per individuare il confine tra atti non punibili e atti di esecuzione, desumibili direttamente dalla formula normativa adottata. La prima è quella della c.d. conformità o prossimità con il fatto tipico (*Tatbestandsnähe*), cioè non si può, compatibilmente con un diritto penale ispirato ai principi di uno Stato democratico di diritto, punire la mera intenzione o atti di preparazione, ma il tentativo punibile deve coincidere con un inizio dell'azione tipica, inizio dell'azione che può integrare anche soltanto parzialmente alcuni elementi contemplati dal fatto tipico<sup>149</sup>; il problema si sposta poi sulla struttura delle singole fattispecie e diventa un problema che concerne la parte speciale. Orbene, la seconda di queste teorie, ricavabile direttamente dalla stessa definizione positiva del tentativo è quella della *Teilverwirklichung des Tatbestandes*, cioè della realizzazione parziale del fatto tipico, che la dottrina viene però declinata soprattutto dalla giurisprudenza in termini molto elastici: il tentativo punibile è soltanto quello che integra almeno parzialmente il fatto tipico, con ciò intendendosi che la condotta dell'agente deve almeno integrare, quindi realizzare un elemento previsto dalla fattispecie<sup>150</sup>.

*Caso 3 – Tentata violenza sessuale.* Un soggetto cercava di adescare in un luogo isolato un bambino di dieci anni per poi abusarne sessualmente. Dopo averlo incontrato per strada, l'imputato aveva iniziato a parlare con il minore e lo aveva invitato a seguirlo in una fabbrica abbandonata. Giunti sul posto, l'imputato chiedeva insistentemente al bambino di entrare nell'edificio, passando per un varco aperto nella recinzione. Al fermo rifiuto del minore, l'imputato gli rivolgeva delle minacce. Il bambino riusciva a dileguarsi e a raggiungere una pattuglia della polizia che in quel momento stava transitando sulla strada principale. In riforma della sentenza del giudice di prime cure che aveva affermato la penale responsabilità del prevenuto, il *BGH* statuiva che, in base alla struttura della fattispecie, la sola richiesta, per quanto insistente, al minore di recarsi in un determinato luogo con l'autore del reato è un mero atto preparatorio e i fatti, nel caso di specie, non erano andati al di là di questo. Non si può escludere poi che l'imputato, se fosse riuscito ad entrare nell'edificio, avrebbe necessitato di

---

<sup>148</sup> In dottrina non c'è al riguardo unanimità di vedute: secondo C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. II, cit., § 29, Rn. 99/100, 361, le teorie seguite per fondare la punibilità e la *ratio* del tentativo non avrebbero alcun impatto diretto sulle quelle invece sviluppate per distinguere l'inizio della condotta punibile e quindi la distinzione tra atti preparatori ed esecutivi; *contra*, K. KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., München, 2005, § 15, Rn. 38, 404 ss., secondo il quale l'individuazione dei confini del tentativo punibile dipende in modo decisivo dalle relative teorie sul fondamento della punibilità.

<sup>149</sup> C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. II, cit., § 29, Rn. 1 e Rn. 102, 333 e 362 ma questa prossimità non deve necessariamente sussistere anche con il bene giuridico tutelato, con l'effettiva aggressione al bene giuridico.

<sup>150</sup> J. WESSELS - W. BEULKE - H. SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*, 51. Aufl., Heidelberg, 2021, § 17 IV, Rn. 944, 358.

ulteriore tempo per esaminare la situazione e per decidere se portare a compimento il suo piano criminoso alla luce delle circostanze concrete<sup>151</sup>.

Gettate le basi in questi termini sui requisiti minimi e legislativamente vincolanti sull'inizio della condotta punibile, ne sono dipartite una quantità consistente di teorie tanto nella dottrina quanto nella giurisprudenza sulla pratica distinzione tra atti preparatori ed esecutivi, con evoluzioni ulteriori e non rare sovrapposizioni, alcune anche di difficile ricostruzione.

Iniziando con i criteri emersi in seno alla dottrina, una delle prime teorie a farsi strada, con ampi riflessi diretti ed indiretti anche nelle statuizioni della giurisprudenza, è quella avanzata da Bockelmann della *Feuerprobe*, della “prova del fuoco”: giunto al momento critico, cioè della decisione ultima in cui valuta se porre in essere la condotta criminosa oppure no, l'agente inizierebbe un tentativo di un reato se si convince in modo incondizionato e senza più riserva alcuna di dare inizio all'esecuzione del fatto e, presa la decisione, il primo passo che compie, quindi l'immediata azione che ne consegue rappresenterebbe così l'inizio del tentativo punibile, senza un ulteriore impulso della volontà sull'azione<sup>152</sup>. Questa teoria si caratterizza per un taglio prettamente soggettivistico e corrisponde sostanzialmente a quella dell'*acting out*, dello „Jetzt-geht-es-los“ (“ora si comincia”), con un recupero in senso oggettivo nel senso che la decisione di realizzare la fattispecie deve pur sempre concretizzarsi in un'azione esterna<sup>153</sup>.

---

<sup>151</sup> BGH 6 StR 573/21 - Beschluss vom 11. Januar 2022 (LG Potsdam), *HHR-Strafrecht Rechtsprechung*; in senso conforme anche BGH 2 StR 43/16 - Beschluss vom 20. September 2016 (LG Frankfurt a. M.), *NSiZ* 2017, 86, con riferimento ad un caso di tentato furto in abitazione, in cui i giudici hanno ritenuto che il solo fatto di aprire il cancello e di entrare nel giardino della casa per rendersi conto se vi erano oggetti di valore da poter rubare, compiendo in sostanza un sopralluogo, non integra ancora un atto esecutivo punibile.

<sup>152</sup> P. BOCKELMANN, *Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch*, in *JZ*, 1954, 15/16, 468 ss. e spec. 473: „Diese Situation ist dann gegeben, wenn der Täter sich vor der Aufgabe sieht, die Handlung vorzunehmen, die – wenigstens nach seiner Vorstellung – zur Verwirklichung des Tatbestandes oder doch zur Leistung seines Tatbeitrags führen wird. Es ist der Augenblick, in dem die letzte maßgebliche Entscheidung über das Ob der Tat vollbracht wird, das ist Versuch“. Conf. anche I. PUPPE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, Bd. II, Baden-Baden, 2005, 37, dove il criterio dell'*acting out* viene interpretato non in chiave psicologica ma in senso normativo. La stessa Autrice, nell'edizione successiva del manuale, preciserà che tale criterio deve comunque essere impiegato in riferimento a quei comportamenti che si presentano già in una stretta connessione spazio-temporale con la condotta tipica, onde evitare un eccessivo allargamento del perimetro del tentativo punibile (così sempre I. PUPPE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, Baden-Baden, 2011, 252). Nella giurisprudenza v., *inter alia*, BGH 5 StR 108/18 - Beschluss vom 8. Mai 2018 (LG Berlin), *NSiZ* 2018, 616, in un caso di tentato furto, la Suprema corte federale ha affermato che possono essere annoverati tra gli atti esecutivi anche quelle condotte che, nel loro procedere indisturbato, sono destinate a condurre direttamente al compimento del fatto di reato o che sono con esso in diretta connessione spaziale e temporale; l'autore del reato deve soggettivamente varcare la soglia dell'“adesso si comincia” e dare inizio materialmente alla condotta criminosa in modo diretto.

<sup>153</sup> G. FREUND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre*, 2. Aufl., 2009, Heidelberg, § 8, Rn. 58, 331; per gli orientamenti seguiti dalla giurisprudenza che si richiamo di frequente alla teoria in discorso, v. C.J.M. SAFFERLING, *Die Abgrenzung zwischen strafloser Vorbereitung und strafbaren Versuch im deutschen, europäischen und im Völkerstrafrecht*, in *ZStW*, Bd. 118, 2006, 688 ss.

Accanto a questa prima teoria prettamente soggettiva, ha da sempre avuto largo seguito, seppur con diverse diramazioni e inclinazioni, sia nella dottrina che nella giurisprudenza soprattutto in quella più datata, la teoria della (immediata) messa in pericolo del bene giuridico protetto (*Gefährdungstheorie*), che radica le sue origini nella *Franksche Formel*, secondo la quale la condotta punibile del tentativo si ha quando l'agente realizza un comportamento corrispondente alla fattispecie tipica e che appare naturalmente appartenere a quest'ultima, portando quindi ad una diretta messa in pericolo del bene giuridico, „vermöge ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit der Tatbestandshandlung für die natürliche Auffassung als deren Bestandteile erscheinen“<sup>154</sup>. Con la modifica della disciplina del tentativo, la teoria dell'immediata messa in pericolo è stata sovente ripresa, adottandola al nuovo dettato del § 22 *StGB*, riferendola ora al piano dell'autore: sussiste un'azione di tentativo punibile quando l'intenzione criminosa dell'agente, secondo il suo piano e la sua rappresentazione del fatto – e non più in base alla percezione di un osservatore terzo, come nella versione originale della formula di Reinhard Frank –, si riflette direttamente nella condotta che così pone in pericolo l'interesse tutelato dalla fattispecie, senza che sia necessario il compimento di ulteriori atti intermedi ritenuti necessari per la realizzazione dell'offesa tipica<sup>155</sup>.

Si tratta della teoria materiale-oggettiva, anche se appare evidente soprattutto nella sua versione moderna e riadattata che in questo approccio la colorazione data al pericolo assume caratteristiche che sono più strettamente collegate alla psiche del soggetto e non hanno una stretta connessione con l'idoneità della condotta materiale posta in essere dallo stesso. Qui il pericolo è inteso non tanto come idoneità o potenzialità di realizzare l'evento, cioè non lo si mette in relazione all'evento, ma piuttosto come una peculiarità in sé della condotta, valutata da un punto di vista sociale-valoriale, che scuote il senso di sicurezza collettiva.

Seconda la *Teilakts- oder Zwischenaktstheorie*, che è attualmente la teoria più seguita in dottrina e nella giurisprudenza, l'inizio del tentativo punibile deve essere individuato nell'ultimo atto parziale prima di iniziare veramente la realizzazione della fattispecie di reato; per entrare dunque nella fase degli atti tipici, quindi nell'ambito del tentativo, è richiesto che non vi sia nessun ulteriore atto intermedio indispensabile che l'agente deve compiere per poter

---

<sup>154</sup> R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18. Aufl., Tübingen, 1931, § 43, II b.

<sup>155</sup> In questo senso, cfr. Reinhard VON HIPPEL, *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Versuchslehre*, Berlin - New York, 1966, 18 ss.; K. TIEDEMANN, *Der Versuch der Zweckentfremdung im Steuerstrafrecht*, in *JR*, 1973, 412 ss.; H. BLEI, *Versuch und Rücktritt vom Versuch nach neuem Recht*, in *JA*, 1975, 95 ss.; B.R. SONNEN, *Abgrenzung zwischen Vorbereitungshandlung und Versuch beim Diebstahl*, in *JA*, 1979, 334 ss.; H. OTTO, *Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch – BGH, Urt. v. 16.9.1975 - 1 StR 264/75*, in *NJW*, 1976, 578-579.

realizzare il fatto programmato<sup>156</sup>. L'ultimo atto deve portare con sé, come naturale conseguenza, quindi da un punto di vista oggettivo, la capacità di iniziare la realizzazione del fatto tipico, senza più il ricorso ad altri atti, quindi senza compiere ulteriori atti intermedi<sup>157</sup>.

*Caso 4 – Tentato omicidio.* Una sera scoppiava una violenta lite tra due soggetti conoscenti che vivevano nello stesso condominio, in due appartamenti situati al medesimo piano. La signora aveva detto all'imputato di prendersi cura di se stesso, di finirla con l'abuso di alcool. Da queste parole si generava una accesa discussione, al termine della quale la dirimpettaia decideva di lasciare l'appartamento dell'imputato. Quest'ultimo, vistosamente ubriaco glielo impediva afferrandola per i capelli e trascinandola fino al divano; la immobilizzava, cingendole il collo con le mani per soffocarla; la sottoponeva a vere e proprie torture, tanto da ridurla esanime. La vittima, tuttavia, in un momento di distrazione dell'imputato, riusciva ad afferrare un telefono cellulare per chiamare aiuto. Accortosene, l'agente si precipitava su di lei, premendogli un cuscino sul volto. Mollata la presa, dopo un poco, il prevenuto si recava in cucina e beveva due bottiglie di vino, quindi si recava nella camera da letto e si addormentava. La vittima riusciva con fatica a liberarsi ed usciva dall'appartamento dell'imputato a tarda notte, dando così l'allarme. Il *BGH*, nel caso di specie, con riguardo all'inizio della condotta punibile, affermava che un inizio immediato d'esecuzione non esiste soltanto quando l'agente comincia ad integrare un elemento della fattispecie, ma anche quando l'atto compiuto, pur non rientrando ancora nella condotta tipica, secondo la rappresentazione dell'autore è immediatamente antecedente spazialmente e temporalmente alla realizzazione di un elemento del reato e dovrebbe condurre alla realizzazione del delitto in una progressione indisturbata senza atti intermedi<sup>158</sup>.

Il principale aspetto critico della teoria degli atti parziali o intermedi riguarda quei reati dalla natura unisussistente o quei reati la cui esteriorizzazione si concretizza in un decorso che non presenta momenti separati ed interruzioni, ma senza soluzione di continuità consente alla condotta di giungere al risultato. Il criterio in parola si presenta poi, più in generale,

---

<sup>156</sup> *Ex multis*, nel condividere i criteri di proposti dalla c.d. teoria dell'atto parziale o intermedio, T. FISCHER, § 22 *Versuch*, in ID., *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 69. Aufl., München, 2022, Rn. 10/10b, 220-221; J. BAUMANN - U. WEBER - W. MITSCH - J. EISELE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., § 22, Rn. 57/58, 562-563; J. WESSELS - W. BEULKE - H. SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., § 17 IV, Rn. 946/947, 358-359; K. LACKNER - K. KÜHL, *StGB - Strafgesetzbuch*, cit., § 22, Rn. 4, 203; U. KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden, 2009, 246; H.-H. JESCHECK - T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 516-519.

<sup>157</sup> Così espressamente H.-J. RUDOLPHI, *Versuch § 22*, in H.-J. RUDOLPHI - E. HORN - E. SAMSON - H.-L. SCHREIBER, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band I, *Allgemeiner Teil (§§ 1-79b)*, Frankfurt a.M., 1975, Rn. 13, 174: „Versuch begeht, wer eine Handlung verwirklicht, die – weil nach dem individuellen Täterplan zwischen ihr und der eigentlichen Tatbestandshandlung keine weiteren Teilakte liegen – für eine natürliche Auffassung als deren Bestandteil erscheint“.

<sup>158</sup> BGH 3 StR 424/13 - Urteil vom 20. März 2014 (LG Hannover), *NStZ* 2014, 447.

problematico nello stabilire il confine tra atti preparatori ed esecutivi, quando l'inizio di esecuzione del reato avviene senza una identificazione precisa, di tipo materiale, tra preparazione ed esecuzione, ma con un'azione unitaria diretta all'evento e non frazionabile che porterebbe in questi casi ad anticipare enormemente la soglia della punibilità, facendo così assumere rilevanza anche ad atti che si possono pacificamente definire come preparatori<sup>159</sup>.

*Caso 5 – Tentata truffa.* L'imputato, fortemente indebitato, aveva programmato di simulare la sua morte per truffare diverse compagnie assicurative presso le quali aveva stipulato una polizza sulla vita. Secondo quanto pattuito nella polizza, beneficiari del premio erano la moglie e in piccola parte la madre, tutte al corrente del piano. Una volta tratte in inganno le assicurazioni, il piano prevedeva il trasferimento in un altro stato con la moglie. Nel giro di alcuni mesi, i tre stipularono ben dodici polizze assicurative sulla vita e due polizze contro gli infortuni, che coprivano anche il rischio di morte. L'imputato simulava quindi un incidente nautico con conseguenze mortali, facendo affondare una barca a motore al largo, appositamente noleggiata allo scopo. Raggiunta la costa con un piccolo gommone, poi fatto sparire, si nascondeva nella soffitta della casa della madre anziana. La moglie contestualmente presentava denuncia di scomparsa alla polizia e denuncia di incidente alle compagnie assicurative. La stessa cercava poi inutilmente di farsi rilasciare un certificato di morte. Presentava allora ricorso al tribunale per la dichiarazione di morte presunta. Durante una perquisizione della polizia presso la casa della madre, l'imputato veniva scoperto. Sulla distinzione tra atti preparatori ed esecutivi, la Suprema corte federale affermava che il presupposto che gli atti di tentativo consistano in un attacco immediato all'interesse protetto dalla fattispecie non è in contrasto con la rilevanza che possono assumere anche atti preparatori che non perseguono scopi estranei, ma appaiono come parte dell'atto criminoso secondo il piano dell'autore, perché necessariamente appartengono all'atto e con l'inevitabile passaggio alla fase esecutiva andrebbero a costituire un nucleo unitario di sviluppo del reato<sup>160</sup>.

L'inadeguatezza della *Teilaktstheorie* di fornire un criterio sufficientemente sicuro e valido per tutti i tipi di reato e per le diverse modalità con le quale si può realizzare e manifestare l'*iter criminis*, ha portato una parte della dottrina ad elaborare, sempre però tenendo fermi come base di partenza i contenuti proposti dalla teoria dell'atto parziale dei correttivi, per cercare di attribuire una maggiore concretezza e precisione al giudizio sul passaggio dagli atti preparatori e quelli punibili (*konkretisierte Teilaktstheorie*), prendendo in prestito criteri anche di altre

---

<sup>159</sup> Per questa critica, C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. II, cit., § 29, Rn. 136/138, 373-374; con riguardo all'indeterminatezza della teoria G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 25 Abschn., § 62, 728-729; A. ESER - N. BOSCH, *Vor §§ 22 ff.*, in A. SCHÖNKE - H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., 41, 421-422.

<sup>160</sup> BGH 5 StR 236/21 - Urteil vom 8. Dezember 2021 (LG Kiel), *NStZ* 2022, 409.

teorie, in modo da proporre un ventaglio di soluzioni da adattare al caso concreto e in particolare quelli della stretta connessione temporale e dell'invasione della sfera della vittima<sup>161</sup>. L'impiego di questi due ultimi criteri, certamente più pregnanti, oltre che correggere il criterio dell'atto intermedio tendenzialmente lo sostituiscono<sup>162</sup>. Due precisazioni si rendono al riguardo ancora necessarie: la prima è che l'intromissione nella sfera della "vittima" deve essere intesa in senso lato, cioè anche con riferimento a delitti senza vittima o con vittima indeterminata, guardando in questo caso al grado di compromissione del bene giuridico che l'agente ha intenzione di ledere; il secondo è che lo stretto nesso temporale deve essere guardato in relazione alla condotta tipica e non alla verifica dell'evento, che frustrerebbe oltremodo le connaturate esigenze di tutela affidate all'istituto del tentativo<sup>163</sup>.

*Caso 6 – Tentato furto.* Un soggetto suonava il campanello di un appartamento sito in un condominio in cui abitava una persona anziana e si spacciava per un addetto della società pubblica di gestione della rete idrica, adducendo come motivo della visita un controllo delle tubature dell'appartamento. L'anziano signore apriva il portone d'ingresso del condominio al finto tecnico dell'acqua, il quale riusciva così ad entrare nel vano scale e a dirigersi al piano. Giunto sul pianerottolo, il condomino diceva chiaramente all'imputato che non avrebbe fatto entrare nessuna persona sconosciuta nel suo appartamento, chiudendo così la porta. Il *BGH* pone in evidenza il fatto che nel caso di specie era già avvenuto un pieno coinvolgimento della vittima designata, il cui affidamento e la cui fiducia erano già stati compromessi con la richiesta di ingresso nell'appartamento, anche se la vittima aveva opposto un netto rifiuto. È proprio il coinvolgimento della vittima avvenuto con inganno ad aver di conseguenza già posto in serio pericolo il bene giuridico protetto dalla fattispecie incriminatrice, facendo così rientrare quegli atti nell'ambito dell'attività esecutiva punibile<sup>164</sup>.

Nel contesto dottrinario contemporaneo si sono fatte strada altre teorie, alcune peraltro con elementi di similitudine rispetto alla *Teilaktstheorie* che non hanno però riscosso finora grande

---

<sup>161</sup> C. ROXIN, *Tatenschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch*, in *JuS*, 1979, 1 ss. L'ausilio di questi due criteri suppletivi è ampiamente condiviso dalla dottrina: K. LACKNER - K. KÜHL, *StGB - Strafgesetzbuch*, cit., § 22, Rn. 4, 202 ss. e spec. 204.

<sup>162</sup> Adoperando, infatti, i criteri della connessione temporale e della intromissione nella sfera della vittima, talvolta singolarmente e talaltra in modo congiunto alcuni atti intermedi pur presenti potrebbero essere superati e rivelarsi irrilevanti, cioè non sarebbero più di ostacolo alla punibilità del tentativo.

<sup>163</sup> C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. II, cit., § 29, Rn. 142/143, 376.

<sup>164</sup> BGH 2 StR 71/15 - Urteil vom 16. September 2015 (LG Köln), *HHR-Strafrecht Rechtsprechung*; v. anche BGH 4 StR 397/19 - Beschluss vom 14. Januar 2020 (LG Halle), *NStZ* 2020, 353, sempre sulla necessità che l'atto esecutivo sia caratterizzato da una condotta dell'autore che denoti, secondo la sua rappresentazione, da una progressione indisturbata che porti alla realizzazione della fattispecie in un contesto spazio-temporale unico.

seguito, pur apportando un contributo senz'altro degno di menzione e a tratti anche piuttosto originale tanto nella prospettiva interna che in quella comparata.

La prima di queste è quella avanzata da Schmidhäuser della *Ganzheitstheorie*: attraverso un approccio di tipo casistico, suddiviso per tipi e categorie di reati, l'inizio della condotta punibile dovrebbe essere individuato nel "momento totalizzante", cioè in quel momento che, una volta esaminate tutte le azioni rilevanti poste in essere dall'agente, sia in grado nel caso concreto di indicare il reale corso degli eventi, di attribuire un preciso significato alla condotta: questo momento topico, che dovrebbe indicare l'inizio dell'attività punibile, sarebbe da individuare, secondo questo Autore, attraverso una analisi complessiva dei comportamenti e fatto coincidere con quello che più di ogni altro riveli il proposito criminoso dell'agente, cioè che sia in grado di riassumere tutti gli altri comportamenti. Questa valutazione, molto cangiante, sarebbe inevitabilmente rimessa al giudice e cambierebbe da caso a caso<sup>165</sup>.

Un punto di contatto con gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza italiane e, più in generale, con i restanti sistemi penali europei di diritto continentale<sup>166</sup>, è rappresentato dalla *Unzweideutigkeitsstheorie* proposta da Jürgen Meyer. Per Meyer ricorre una condotta di tentativo punibile quando la volontà criminosa si è manifestata esternamente in modo inequivocabile. L'autore riprende e ripropone il criterio dell'univocità degli atti, o meglio della loro direzione non equivoca come discrimine tra atti preparatori ed esecutivi, dandole tuttavia una connotazione soggettiva, cioè l'univocità della condotta diretta alla realizzazione del reato dovrebbe essere desunta dal dolo e trova la sua spiegazione nell'intenzione che anima l'agente<sup>167</sup>.

Questa teoria però calata nel contesto tedesco rischia di espandere e non di ridurre l'area del penalmente rilevante e quindi di estendere il perimetro del tentativo punibile oltremisura, poiché, in un sistema dove il requisito dell'idoneità non svolge alcun ruolo, il solo requisito dell'univocità inteso peraltro in senso soggettivo, sostanzialmente quindi come criterio di prova, potrebbe benissimo ricomprendere atti anche preparatori e per questo non punibili, risolvendosi alla fine con la valutazione del dolo del tentativo.

Tutte o comunque buona parte delle teorie sinora esaminate muovono da presupposti e da valutazioni o di tipo naturalistico-materiale o di tipo sociale-valoriale, sovrapponendo non di rado elementi di natura oggettiva con quelli psicologici. Un difetto comune a tutte queste teorie

---

<sup>165</sup> E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 2. Aufl., Tübingen 1984, 11, 49/58.

<sup>166</sup> V. al riguardo lo studio comparato di E. FRANZIUS, *Versuch und Vorbeurteilungshandlungen*, in *Materialien zur Strafrechtsreform, Rechtsvergleichende Arbeiten, Allgemeiner Teil*, Bonn, 1954, II, 1, 309 ss. e spec. 312.

<sup>167</sup> Jürgen MEYER, *Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit*, cit., 611.

è in sostanza la loro vaghezza o comunque un vizio, seppur con diversi gradi, di indeterminatezza, che può essere superato soltanto con l'utilizzo congiunto di una pluralità di criteri, come nel caso dalla *konkretisierte Teilaktstheorie*, riducendo così un eccesso di astrazione e di genericità, caratteristica – peraltro non sempre negativa – presente di frequente nelle elaborazioni della scienza penalistica tedesca<sup>168</sup>.

Un approccio che si colloca in controtendenza rispetto alle teorie precedenti è quello sviluppato da Karl-Heinz Vehling del c.d. rischio inadeguato al ruolo<sup>169</sup>. Si tratta di una teoria di tipo normativo, secondo la quale l'inizio della condotta punibile deve essere individuato nel momento in cui l'egente si pone nella condizione di non poter più realizzare quel comportamento che l'ordinamento giuridico si attenderebbe, cominciando così l'esecuzione della condotta tipica prevista dalla fattispecie<sup>170</sup>. La teoria del *rolleninadäquate Risiko* si fonda sulla posizione, o meglio sulle circostanze e il ruolo sociale che ricopre in quel momento il soggetto, assumendo come termine di riferimento i comportamenti che in un determinato contesto gli altri consociati si attenderebbero nel momento in cui entrano in relazione con lui<sup>171</sup>. Se questa aspettativa di carattere sociale-normativo di tenere una condotta adeguata al proprio ruolo, alle proprie funzioni, in quella specifica circostanza, non viene mantenuta dall'agente, si crea un rischio giuridicamente disapprovato che è sintomo dell'esistenza di una intenzione criminosa, di realizzare il fatto di reato<sup>172</sup>. Il punto decisivo della teoria in discorso si concentra su una sorta di sviamento o di mutamento rispetto alle generali e comuni regole che sovrintendono alle interazioni sociali, che l'agente realizza attraverso la manifestazione di un comportamento ad esse contrario. Questa reazione “scomposta”, che esula dal contesto sociale proprio in cui si inserisce il soggetto agente, genera allora un rischio non più consentito e marca il passaggio dagli atti preparatori a quelli esecutivi punibili, poiché rende a questo punto palese

---

<sup>168</sup> Altre teorie che si caratterizzano sempre per una certa vaghezza di contenuti, e comunque abbastanza isolate, sono quelle proposte da D. KRATZSCH, *Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel (§ 22 StGB) – ein absolut untauglicher Versuch?*, cit., 420 ss. e 578 ss., secondo il quale si avrebbe un inizio di tentativo punibile quando l'agente pone in essere una situazione che non può più essere tollerata dal diritto penale, perché in quel momento non è più garantita una protezione sufficiente ed accettabile per il bene giuridico minacciato. Non del tutto dissimile da questa, è la teoria del *Inn-den-Griff-Bekommen des angegriffenen Rechtsguts* elaborata da R. ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, cit., 311, che consiste nel “tenere in pugno” il bene giuridico, cioè quando l'azione criminosa pone in una situazione di inferiorità il soggetto attaccato o comunque la libera disponibilità o godimento che la vittima aveva di quel bene giuridico.

<sup>169</sup> K.-H. VEHLING, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Schriften zum Strafrecht und Strafprozeßrecht, Frankfurt a.M., 1991, 131 ss.

<sup>170</sup> K.-H. VEHLING, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, cit., 106 ss.

<sup>171</sup> K.-H. VEHLING, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, cit., 91 ss. e 124 ss.

<sup>172</sup> K.-H. VEHLING, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, cit., 138 ss. e spec. 140; v. anche C. MOORMAN, *Verwirklichungsstufen der Steuerhinterziehung. Eine Untersuchung zur Abgrenzung des Versuchs von der Vorbereitung und der Vollendung*, Europäische Hochschulschriften, Berlin, 2018, 64-65 e 91 ss. con specifico riferimento al tentativo nei reati tributari.

la volontà dell'autore di dare inizio alla condotta tipica; l'autore si pone in una condizione o crea una condizione normativamente inaccettabile e non giustificabile<sup>173</sup>. Se è vero, infatti, che esistono anche situazioni pacificamente preparatorie e quindi irrilevanti che comunque presentano o possono serbare dei rischi è del pari vero che questi rischio sono consentiti o tollerati e soprattutto si inseriscono nei normali comportamenti sociali del soggetto, senza ancora rivelare una volontà contraria al diritto e quando questo avviene vuol dire che si è registrato dal punto di vista normativo un passaggio ad un rischio non più tollerato.

4. Affrontare la questione del tentativo inidoneo nel sistema penale tedesco potrebbe apparire ad un primo sguardo, dato l'inequivocabile tenore letterale del § 23 *StGB*, mero esercizio di stile, sennonché voci autorevoli della dottrina, già da diverso tempo, hanno iniziato ad operare una minuziosa distinzione all'interno del tentativo inidoneo a seconda che il vizio cada sull'oggetto o sull'autore o su entrambi e un altrettanto scrupoloso vaglio dei casi di tentativo assolutamente inidoneo, cercando di limitare – comunque negli assai angusti spazi concessi dal dato normativo – il “limite inferiore” della punibilità del reato tentato inidoneo<sup>174</sup>. Questo sforzo di circoscrivere il perimetro del tentativo inidoneo punibile non deve tuttavia illudere per una serie di ragioni: la prima, è che si tratta comunque di indirizzi interpretativi che, per quanto autorevoli, rimangono comunque piuttosto isolati; la seconda, perché questi tentativi non trovano riscontro nella giurisprudenza, che continua ad assestarsi su (consolidati) orientamenti particolarmente rigorosi e repressivi, ed infine, perché il rapporto tra reato tentato inidoneo e reato putativo (*Wahndelikt*) è totalmente sbilanciato a favore del primo e quindi nel senso della non esenzione dall'applicazione della pena.

Ed invero, partendo dall'analisi delle norme, la combinazione del § 22 *StGB*, che non contiene alcun riferimento all'idoneità dei mezzi o del loro impiego ed anzi fonda l'inizio dell'esecuzione della fattispecie sulla base della rappresentazione che ne ha l'agente, con il § 23, comma 3 *StGB* permette la punibilità di qualsiasi forma di tentativo inidoneo, ad esclusione soltanto di quello c.d. irreali o superstizioso, peraltro non per espressa previsione di queste disposizioni sul tentativo, ma in termini generali con riguardo alla sussistenza del dolo o

---

<sup>173</sup> K.-H. VEHLING, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, cit., 129 ss. e 157 ss. per l'inizio del tentativo punibile nel reato omissivo.

<sup>174</sup> R. ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, cit., 229 ss., il quale sostiene l'insufficienza del criterio dell'attacco contro la vigenza della norma, richiedendo anche un'azione materiale esterna che sia realmente in grado di provocare una lesione e che coinvolga la vittima (o l'interesse collettivo protetto); J. RATH, *Grundfälle zum Unrecht des Versuchs*, cit., 1111 ss., che esclude la punibilità del tentativo inidoneo ogniqualvolta sia assente il bene giuridico da aggredire o la vittima riconosca immediatamente l'inidoneità dell'azione.

addirittura alle caratteristiche dell'azione<sup>175</sup>. Partendo dal caso più frequente, è pacificamente punibile il tentativo il cui errore cada sull'oggetto materiale del reato; parimenti sempre punibili sono tutti i casi di impiego di un mezzo assolutamente inidoneo e i casi in cui l'inidoneità riguardi tanto i mezzi impiegati per la commissione del reato quanto l'oggetto<sup>176</sup>.

Alcune divergenze, sia nella dottrina che nella giurisprudenza, si registrano invece con riguardo al vizio che ricade sulla qualifica che dovrebbe possedere il soggetto attivo del reato, cioè del tentativo posto in essere da soggetto inidoneo<sup>177</sup>. Il problema è tuttora aperto perché nulla dispone il § 23 *StGB* per questi casi e quindi entrambi le opzioni (della punibilità o della non punibilità) sono teoricamente percorribili. La scelta di non menzionare il caso di soggetto agente inidoneo non fu casuale o frutto di una dimenticanza ma fu deliberata: i membri della Commissione di riforma ritennero infatti che, data la rarità di casi di questo tipo nella prassi, si sarebbe potuto fare tranquillamente affidamento alla giurisprudenza che si sarebbe orientata per la sua impunità<sup>178</sup>. Se è vero, però, che i casi di tentativo di un reato compiuti da soggetto inidoneo non sono frequentissimi, è anche vero che quei pochi casi possono rivelarsi piuttosto complessi e riguardare fatti di non scarsa importanza. Secondo una prima teoria, favorevole ad inquadrare questi casi sempre nell'alveo del tentativo inidoneo e quindi punibile sostiene che, ai sensi di quanto disposto dal § 22 *StGB*, non sia permesso fare distinzione alcuna tra gli elementi della fattispecie criminosa su cui cade l'errore e pertanto non si tratterebbe di un reato putativo ma di un tentativo inidoneo al pari di tutti gli altri casi che riguardano i mezzi o l'oggetto<sup>179</sup>. Per converso, altri sostengono che qualora l'errore riguardi la qualifica del soggetto attivo si rientri nel caso di reato putativo, poiché ogni forma di reato e quindi anche il tentativo esige che il precetto venga infranto dall'autore destinatario di quella norma e non da

---

<sup>175</sup> Questa impostazione è consolidata in dottrina: v., a questo riguardo, J. BAUMANN - U. WEBER - W. MITSCH - J. EISELE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, § 22, Rn. 36/40, 553-554; A. ESER - N. BOSCH, § 22, in A. SCHÖNKE - H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, Rn. 68/72, 432; G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 25. Abschn., § 23, 714-715; H.-H. JESCHECK - T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 529 ss.; K. LACKNER - K. KÜHL, *StGB - Strafgesetzbuch*, cit., § 22, Rn. 12, 211-212; U. KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 237; ritengono invece che ricada sempre nell'ambito del tentativo inidoneo ai sensi del § 23, comma 3, *StGB* anche il tentativo grossolano, pur non meritevole di punizione, T. FISCHER, § 23 *Strafbarkeit des Versuch*, in ID., *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, cit., Rn. 6/8, 238-239; G. STRATENWERTH - L. KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 5. Aufl., Köln, 2004, 248.

<sup>176</sup> B. HEINRICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., Rdnr. 668/671, 279-280.

<sup>177</sup> J. WESSELS - W. BEULKE - H. SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., § 17 V, Rn. 979/981, 370-371.

<sup>178</sup> C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. II, cit., § 29, Rn. 350, 447.

<sup>179</sup> Questa tesi dell'uguaglianza di tutti gli elementi che costituiscono il fatto tipico e quindi della eguale rilevanza e punibilità di tutti i casi di tentativo inidoneo, a prescindere dal contenuto dell'errore, elaborata inizialmente da H.J. BRUNS, *Der Untaugliche Täter im Strafrecht. Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 8. Juli 1955*, Karlsruhe 1955, 18 ss.; ID., *Die Strafbarkeit des Versuchs eines untauglichen Subjekts*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1979, 161, è quella maggioritaria in dottrina J. BAUMANN - U. WEBER - W. MITSCH - J. EISELE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, § 22, Rn. 40, 554; A. ESER - N. BOSCH, § 22, in A. SCHÖNKE - H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, Rn. 75/76, 433; T. FISCHER, § 22 *Versuch*, in ID., *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, cit., Rn. 42a/46, 234-235; K. LACKNER - K. KÜHL, *StGB - Strafgesetzbuch*, cit., § 22, Rn. 13, 212.

un soggetto qualunque: la condotta dell'agente, anche se si arresta allo stadio del tentativo, deve comunque essere antigiuridica e per essere tale la violazione della norma deve sussistere realmente, cioè deve esistere veramente un disvalore di azione che sia espressione della integrazione di una fattispecie di reato e non è sufficiente la sola esistenza di un preteso o potenziale disvalore<sup>180</sup>. Un orientamento intermedio sostiene che si debba innanzitutto distinguere tra condizioni soggettive e doveri che derivano dal possesso di uno *status* particolare e doveri generali. Soltanto nel primo caso e quindi nell'eventualità di una supposizione erronea dell'esistenza di una qualifica soggettiva specifica può configurarsi come reato putativo e quindi uscire dall'ambito della punibilità, a prescindere dall'oggetto e dai mezzi impiegati, mentre nei casi in cui l'errore cada su un dovere generale, come nel caso di una posizione di garanzia derivante da una precedente condotta pericolosa, non può escludere la punibilità del tentativo (inidoneo)<sup>181</sup>.

Il comma 3 del § 23 *StGB* dispone che il giudice può discrezionalmente ridurre o astenersi dall'inflizione della pena quando il tentativo sia caratterizzato da una totale e assoluta mancanza di comprensione del fatto. La definizione di per sé non è molto chiara e la sua delimitazione si rivela pertanto abbastanza complessa e necessita di ulteriori specificazioni. Prima di esaminare però i casi di tentativo assolutamente inidoneo, non si può tacere il fatto che il codice penale tedesco, nella sua versione del 1975 attualmente in vigore, conceda al giudice un enorme e "singolare" privilegio, a sua completa discrezione, quindi svincolato da qualsiasi, anche vago, parametro legale, di infliggere o meno una pena o di decidere di attenuarla sempre discrezionalmente quindi anche assestandosi – almeno in linea teorica – ad una pena alquanto prossima a quella prevista per il relativo reato consumato<sup>182</sup>. La previsione di siffatta disciplina sanzionatoria suscita nella dottrina più sensibile un certo (crescente) imbarazzo, che tende a giustificare con difficoltà e non senza contraddizioni, provando a convertire sostanzialmente il criterio dell'idoneità dei mezzi o dell'atto – concetto praticamente estraneo alla disciplina

---

<sup>180</sup> G. STRATENWERTH, *Der Versuch des untauglichen Subjekts*, in W. FRISCH - W. SCHMID (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns*, Köln - Berlin - Bonn - München, 1978, 59 ss. e 78 ss.; K. TIEDEMANN, *Die Überschuldung als Tatbestandsmerkmal des Bankrotts*, in W. STREE (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, München 1978, 295; R. ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, cit., 268 ss.; H.J. HIRSCH, *Zur Behandlung des ungefährlichen „Versuchs“ de lege lata und de lege ferenda*, in O. TRIFFTERER (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Theo Vogler*, Heidelberg 2004, 31 ss. e spec. 44 ss.

<sup>181</sup> In questo senso si esprimono B. SCHÜNEMANN, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1986, 317 ss.; G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 25. Abschn., §§ 43/51, 723 ss.

<sup>182</sup> Sui dubbi di legittimità costituzionale del disposto del § 23, comma 3 *StGB* di una parte della dottrina, v. M. OBERHOFER, *Aberglaube und Unverstand in der Lehre von Versuch und Rücktritt*, Frankfurt a.M., 2016, 40 ss.

tedesca – in quello del pericolo o meglio della pericolosità<sup>183</sup>. Si suole affermare, infatti, che il tentativo assolutamente inidoneo a causa di un vistoso e grossolano difetto di comprensione della situazione di fatto debba andare esente da pena (o lo si debba punire in ogni caso con una pena attenuata) soltanto quando sia *ab initio* non pericoloso<sup>184</sup>, ma la confusione al riguardo è molta, siccome il giudizio di non pericolosità non si basa sulle caratteristiche dell'azione, ma in definitiva sull'autore, cioè sulla pericolosità sociale del soggetto agente; si tratta di una pericolosità intesa in termini soggettivi, sulla pericolosità del soggetto e non in un giudizio tendenzialmente oggettivo<sup>185</sup>.

Il tentativo assolutamente inidoneo per grossolana incomprendimento della realtà, cioè un “tentativo cervelotico”, si ha quando il vizio, che deve contraddistinguere la condotta fin dal suo primo manifestarsi, risulta talmente tanto palese da apparire *ictu oculi* assurdo per qualsiasi persona dotata di raziocinio<sup>186</sup>. Nella prassi i casi sono ovviamente rarissimi e non si registra nessuna pronuncia della Suprema corte federale che faccia rientrare casi di tentativo inidoneo all'interno di questo tipo di errore così evidente, esonerandolo di conseguenza da pena, anche perché solitamente o questi casi non raggiungono nemmeno una soglia di rilevanza minima per il diritto penale o intervengono prima ancora altri istituti nel senso della non punibilità. Peraltro, il vizio così radicale che deve segnare l'azione può consistere soltanto in un errore di tipo nomologico, quindi un errore sulle leggi scientifiche, sulle leggi di natura e non anche un errore di tipo ontologico, cioè concernente le circostanze del fatto<sup>187</sup>. Si deve trattare in definitiva di un errore sul rapporto e sul decorso eziologico talmente tanto assurdo da poter essere percepito senza difficoltà da un qualsiasi osservatore esterno ragionevole dotato di conoscenze nella media; deve risultare, in altri termini, viziato da grassa ignoranza e risultare completamente irrazionale, al di fuori di ogni possibilità e scollegato dalla realtà delle cose. Tale impossibilità di verifica del risultato preso di mira dall'agente deve essere totale e non devono residuare neanche minimi margini di dubbio, per quanto poco ragionevoli possano apparire. Questa assoluta e intrinseca inidoneità dell'azione deve riguardare per l'appunto soltanto il mezzo

---

<sup>183</sup> V., al riguardo, partendo da una prospettiva comparata, H. JUNG, *Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs*, in *ZStW*, Bd. 117, 2005, 937 ss. e spec. 951.

<sup>184</sup> B. HEINRICH, *Die Abgrenzung von untauglichem, grob unverständigem und abergläubischem Versuch*, in *Jura - Juristische Ausbildung*, 1988, 393 ss.

<sup>185</sup> Secondo BLOY, *Unrechtsgehalt und Strafbarkeit des grob unverständigen Versuchs*, in *ZStW*, Bd. 113, 2001, 98 ss., il tentativo inidoneo meriterebbe un trattamento sanzionatorio mitigato rispetto al tentativo idoneo (normale) perché non sarebbe in grado di turbare la pace sociale.

<sup>186</sup> B. HEINRICH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., Rdnr. 675/677, 282-283.

<sup>187</sup> Così si esprimono, tra gli altri, B. HEINRICH, *Die Abgrenzung von untauglichem, grob unverständigem und abergläubischem Versuch*, cit., 393 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. II, cit., § 29, Rn. 365, 452; *contra*, nel senso di estendere il disposto del § 23, comma 3 *StGB* anche all'errore ontologico J. RATH, *Grundfälle zum Unrecht des Versuchs*, cit., 1113.

adoperato dall'agente e non anche l'oggetto su cui deve ricadere l'ipotetica condotta criminosa: così nel caso di concorrenza di mezzo radicalmente (vistosamente) inidoneo e invece di oggetto realmente inidoneo nel caso concreto ma non assolutamente inidoneo si applicherà il comma 3 del § 23 *StGB*, quindi si punirà il tentativo inidoneo<sup>188</sup>.

L'esenzione da pena del tentativo "assolutamente inidoneo" viene motivata dal fatto che tali condotte in alcun caso possono recare turbamento o compromettere – anche soltanto eventualmente – la sicura vigenza dell'ordinamento giuridico, che è il requisito minimo per poter infliggere una pena, poiché questi casi sono fin dall'inizio non pericolosi<sup>189</sup>.

Caso in parte diverso, e forse più semplice da individuare ma altrettanto raro nella prassi, è quello del c.d. tentativo superstizioso, *abergläubischer Versuch*, che si verifica quando il soggetto agente vuole attuare il suo piano criminoso facendo ricorso a mezzi soprannaturali<sup>190</sup>. La differenza con il tentativo assolutamente inidoneo è che in questo primo caso l'agente vuole piegare in modo illogico, irrazionale le leggi causali alla sua volontà, alle sue idee assurde, ignorando l'evidenza dei fatti, mentre nel caso di un tentativo superstizioso l'agente nega o addirittura ripudia le leggi della scienza, si pone al di là delle leggi della natura, invocando mezzi sovranaturali per realizzare il suo piano criminoso<sup>191</sup>. Anche sul tentativo superstizioso si pongono problemi inerenti alla sua esenzione dall'applicazione della pena e quindi la sua non inclusione nei casi di tentativo inidoneo "normale" comunque sanzionati ai sensi del § 23 *StGB*. Parte della dottrina sostiene che il tentativo superstizioso non debba essere punito perché non sarebbe in grado, al pari del tentativo palesemente inidoneo, di suscitare alcun allarme sociale e di produrre un perturbamento, una compromissione della vigenza del diritto<sup>192</sup>. Sulla stessa

---

<sup>188</sup> C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. II, cit., § 29, Rn. 368, 453-454.

<sup>189</sup> Sennonché, proprio a partire dalle teorie soggettive sul fondamento della punibilità del tentativo, nell'*Entwurf 1962* si argomentava, al contrario, la permanenza di un bisogno di pena, partendo dalla considerazione che il soggetto agente aveva comunque manifestato la sua volontà criminosa, anche realizzata con mezzi palesemente inidonei, assurdi, e a fronte di un primo (ovvio) insuccesso avrebbe potuto benissimo ripetere l'azione criminosa che aveva intenzione di realizzare utilizzando questa volta mezzi idonei o quantomeno più idonei; si trattava, in sostanza, di una prognosi di pericolosità presunta. Sull'entità e la portata dell'errore nel c.d. tentativo irreali, v. T. WALTER, *Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum*, Tübingen, 2006, 378 ss.

<sup>190</sup> Cfr. H. SATZGER, *Der irrealer Versuch – über die Schwierigkeiten der Strafrechtsdogmatik, dem abergläubischen Versuch Herr zu werden*, in *Jura - Juristische Ausbildung*, 2013, 1017 ss. e spec. 1021 ss.; anche H. KUDLICH, *Versuch*, in E. HILGENDORF - H. KUDLICH - B. VALERIUS (Hrsg.), *Handbuch des Strafrecht*, Band 3, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, II, Heidelberg, 2021, § 57, 48/51, 503-504.

<sup>191</sup> C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. II, cit., § 29, Rn. 371/372, 455.

<sup>192</sup> Questa suddivisione all'interno del tentativo inidoneo sottoposto comunque di regola a pena, crea non poche difficoltà nel giustificare invece l'esenzione per il tentativo superstizioso, anche a fronte del silenzio del § 23 *StGB* sul punto. Alcuni Autori sostengono infatti che l'unica ragione per esentare da pena il tentativo, anche cervelotico, sarebbe l'assenza del dolo, quindi l'assenza di volontà di arrecare un danno all'oggetto su cui ricade l'azione (così G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 25. Abschn., § 22, 713). L'opinione maggioritaria si indirizza invece nel ritenere i casi di tentativo superstizioso assolutamente carenti di qualsiasi carica che possa turbare in qualche modo la vigenza del diritto: K.H. GÖSSEL, *Zur Strafbarkeit des Versuchs nach dem 2.*

linea, altri studiosi sostengono che questa forma di tentativo irreale faccia difetto sul piano dell'elemento oggettivo poiché rimarrebbe al di sotto della soglia del rischio consentito<sup>193</sup>.

Non possono non derivare da una siffatta impostazione sul tema del reato tentato evidenti difficoltà nello stabilire la linea di confine tra il tentativo inidoneo e il reato putativo. La semplicità della distinzione che normalmente si riscontra nei sistemi che non puniscono il tentativo inidoneo si complica inevitabilmente nel sistema penale tedesco: rientra certamente nei casi di reato putativo, quindi non punibile, il caso di colui che ritenga per errore che la sua condotta integri una fattispecie di reato in realtà inesistente o nel caso di colui il quale ritenga insussistente o non configurabile una scriminante che invece giustifica in realtà quella condotta<sup>194</sup>.

*Caso 7 – Tentata truffa.* Veniva processato per truffa un soggetto, amministratore delegato di una società, che non aveva denunciato e regolarmente versato i contributi al fondo di previdenza complementare per l'edilizia, obbligo sancito dal contratto collettivo per il settore edile. Tempo dopo, il Tribunale federale del lavoro dichiarava le disposizioni del contratto collettivo riguardanti l'assicurazione sociale nel settore edile non vincolanti. Soltanto dieci anni più tardi, veniva introdotto per legge l'obbligo di versamento dei contributi al fondo di previdenza complementare per l'edilizia. Al di là delle questioni intertemporali, sulla differenza tra tentativo inidoneo e reato putativo, osservava il *BGH* come nel caso di specie non si trattasse di un tentativo inidoneo, bensì di un reato putativo perché l'imputato si era limitato a considerare erroneamente reato il mancato versamento dei contributi previdenziali, sebbene tale obbligo in quel momento non sussistesse<sup>195</sup>.

Questi i casi (relativamente) semplici. Per i casi limite o comunque più complessi sia in dottrina che nella giurisprudenza i due criteri per discernere tentativo inidoneo e reato putativo maggiormente seguiti sono quello dell'effetto determinante dell'errore pre-tipico (*Vorfelddirrtum*) e quello del c.d. errore inverso di fattispecie (*umgekehrter Tatbestandsirrtum*). Secondo la prima teoria sussisterebbe un caso di tentativo inidoneo quando l'errore di diritto del soggetto agente ricade su di un elemento pre-tipico e di conseguenza egli ritiene di realizzare un elemento della fattispecie tipica, che ha inteso in modo corretto, mentre ci si troverebbe di fronte ad un reato putativo ogniqualvolta la comprensione delle norme giuridiche operata

---

*Strafrechtsreformgesetz. Zugleich ein Versuch zur Definition des irrealen Versuchs*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1971, 225 ss. e spec. 233; H.-H. JESCHECK - T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 532; J. BAUMANN - U. WEBER - W. MITSCH - J. EISELE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, § 22, Rn. 45, 556-557.

<sup>193</sup> R.D. HERZBERG, *Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs*, cit., 267 ss.

<sup>194</sup> G. FREUND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., § 8, Rn. 34/36, 322-323; U. KINDHÄUSER - E. HILGENDORF, *Strafgesetzbuch*, cit., § 22, 8/19, 227 ss.

<sup>195</sup> BGH 4 StR 151/15 - Urteil vom 10. September 2015 (LG Detmold), *NJW* 2015, 3732.

dall'agente si pone in contraddizione con la sua scelta di integrare elementi di una fattispecie di reato<sup>196</sup>. La tesi del c.d. argomento *a contrario* ritiene che si rientri nel caso di un tentativo inidoneo quando si verifica un errore inverso della fattispecie e nell'ambito del reato putativo quando si verifica un errore inverso sul divieto, sul precetto: vi sarà tentativo inidoneo quando l'agente crede erroneamente sussistente un elemento del fatto tipico in realtà inesistente, mentre si tratterà di reato putativo quando l'errore ricade sul carattere illecito della condotta, quando l'agente ritiene erroneamente che la sua condotta sia sussumibile in una fattispecie di reato<sup>197</sup>.

Con la questione dell'inidoneità del tentativo si può concludere l'analisi della struttura e degli aspetti del tentativo nel sistema penale tedesco e una prima, seppur parziale, riflessione sulle caratteristiche che l'istituto in discorso assume nel diritto d'Oltralpe si rende necessaria, prima di esaminare l'ultimo aspetto che riguarda il trattamento sanzionatorio. Il diritto penale, come generalmente si insegna, è posto a protezione di beni giuridici, cioè di interessi individuali e collettivi ritenuti dalla prevalente coscienza sociale meritevoli di tutela per l'importanza che rivestono all'interno della comunità dei consociati: oggetto dell'intervento del diritto penale è la protezione di beni giuridici socialmente rilevanti, la cui compromissione o la cui messa in pericolo risultano meritevoli di una sanzione penale, dell'inflizione di una pena. Ma esiste ed è sempre esistita spesso in penombra, anche al di là delle ascendenze filosofiche hegeliane – pensiero poi ampiamente ripreso dall'elaborazione teorica sulla funzione del diritto penale di Jakobs – un'altra funzione che il diritto penale può esercitare ed è quella di proteggere innanzitutto proprio se stesso, cioè lo stesso diritto, la sicura vigenza dell'ordinamento giuridico statale; la potestà punitiva e quindi la pena sono di conseguenza la “reazione negativa” alla “negazione” del diritto compiuta dal reo, che serve per riaffermare la validità e l'immutata vigenza delle norme giuridiche nei confronti degli altri consociati: è, dunque, un diritto che protegge se stesso, che protegge la forza del diritto, la carica preventiva e poi coercitiva, il potere dello Stato, ponendo così in secondo piano l'oggetto della tutela penale<sup>198</sup>. E tra la

---

<sup>196</sup> H. BLEI, *Das Wahnverbrechen – 5. Versuch (einschl. Rücktritt)*, in JA, 1973, 237 ss.; R.D. HERZBERG, *Das Wahndelikt in der Rechtsprechung des BGH*, in JuS, 1980, 469 ss. e 473; H. KUDLICH, *Untauglicher Versuch bei „umgekehrtem Tatbestandsirrtum – BGH, Urt. v. 17.10.1996 - 4 StR 389/96*, in NStZ, 1997, 431 ss.

<sup>197</sup> M. MAIWALD, *Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht*, Heidelberger Forum, Heidelberg, 1984, 29-30; I. PUPPE, *Die logische Tragweite des sog. Umkehrschlusses*, in W. KÜPER (Hrsg.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Berlin - New York, 1987, 202 ss.; J. WESSELS - W. BEULKE - H. SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., § 17 V, Rn. 990/996, 373-374.

<sup>198</sup> È un diritto (penale) della sicurezza e dell'ordine (pubblico e sociale) che, nell'ambito di una complessiva visione conservatrice, tende a generare obbedienza al diritto e osservanza delle norme, a prescindere dagli esiti concreti prodotti dai comportamenti dei consociati, quindi a prescindere dal danno e dal pericolo. In argomento, v. J. ESENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin - New York, 1983, 3 ss., 21 ss. e 34 ss.; A. CAVALIERE, *Può la sicurezza costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in W. HASSEMER - E. KEMPF - S. MOCCIA - F. DÖRR (Hrsg.), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München, 2009, 111 ss.

funzione di proteggere beni giuridici e di proteggere lo stesso ordinamento giuridico, anche a prescindere dal substrato soggettivistico che ne costituisce tuttavia un presupposto, l'ordinamento penale tedesco, almeno per quanto riguarda l'istituto del tentativo, ha optato convintamente per la seconda opzione, cioè quella di proteggere se stesso. Una scelta per l'autoconservazione del sistema, con relative conseguenze.

5. Ed invero, è proprio la disciplina sanzionatoria prevista per il tentativo a confermare questa opzione di campo e a fornire la misura delle sue conseguenze. Come già sommariamente enunciato, ai sensi del 2° comma del § 23 *StGB* al giudice è data facoltà, quindi a sua discrezione, di punire il tentativo con una pena attenuata rispetto al reato consumato, secondo quanto previsto dal 1° comma del § 49 *StGB*. Il carattere facoltativo della riduzione di pena è fuori discussione, stante il tenore letterale della disposizione. Questione dibattuta è invece quella concernente i criteri da seguire per la commisurazione della pena e ancora prima, stante la vaghezza della norma, quale debba essere la cornice edittale di pena da cui deve partire il giudice per operare la riduzione per il tentativo<sup>199</sup>.

Cominciando da quest'ultimo aspetto, le possibilità sono due e rispecchiano sostanzialmente le due procedure, tra loro alternative, impiegate anche dalla giurisprudenza italiana. Il primo orientamento si può definire monofasico: il giudice individua direttamente la cornice di pena entro la quale valutare il trattamento sanzionatorio prendendo come limite inferiore il limite stabilito dal § 49, comma 1 *StGB* e come limite superiore la pena massima per il reato consumato, individuando in questo modo un ambito sanzionatorio complessivo e nuovo per i casi di tentativo<sup>200</sup>. La seconda, che può essere definita come procedura bifasica, consiste nella scelta di ridurre la pena partendo o dalla cornice sanzionatoria del reato consumato su cui viene poi operata (l'eventuale) riduzione oppure partendo direttamente dalla cornice edittale descritta nel § 49, comma 1 *StGB*, stabilendo in questo modo nuovi limiti superiori e inferiori autonomi e sempre ridotti (attenuati sia nel minimo che nel massimo) rispetto al reato consumato. Una volta che il giudice ha optato per una delle due opzioni, opera nell'ambito della forbice sanzionatoria prescelta, la riduzione della pena per il tentativo, seguendo i criteri generali di cui al § 46 *StGB*<sup>201</sup>. La differenza non è soltanto formale e non

---

<sup>199</sup> T. HORTER, *Die fakultative Strafmilderung beim Versuch nach § 23 II StGB*, cit., 137.

<sup>200</sup> Così H. ZIPF, *Die Strafmaßrevision. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung über den systematischen Aufbau der Strafzumessung und ihrer Revisibilität im Erwachsenen- und Jugendstrafrecht*, München, 1969, 33 ss.

<sup>201</sup> G. TIMPE, *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot. Untersuchungen zu den §§ 23 Abs. 2, 13 Abs. 2, 17 Satz 2, 35 Abs. 1 Satz 2 und 46 Abs. 3 StGB*, Berlin, 1983, 84 ss.; W. FRISCH - M. BERGMANN, *Zur Methode der Entscheidung über den Strafrahmen*, in *JZ*, 1990, 944 ss.; W.

riguarda solo la ricostruzione del ragionamento compiuto dal giudice in sede di decisione: se nel sistema italiano infatti il tutto si risolve in una questione di adeguatezza della motivazione, perché la riduzione della pena per il tentativo è predeterminata attraverso parametri legali sia nel minimo sia nel massimo, in quello tedesco la scelta se utilizzare una procedura piuttosto che un'altra può avere conseguenze rilevanti sul piano della commisurazione della pena, indirizzando fin da subito il giudice verso una risposta tendenzialmente o più rigorosa o in senso più mite.

Ma il vero aspetto controverso, legato a doppio filo con la scelta del criterio monofasico o bifasico di individuazione della pena, è quello che riguarda i criteri sostanziali oggettivi e soggettivi a cui il giudice deve fare riferimento per stabilire la pena per il tentativo. Per stabilire la gravità del fatto e la conseguente valutazione agli effetti della pena, è frequente nella giurisprudenza della Suprema corte federale l'indicazione di effettuare una valutazione d'insieme che tenga conto primariamente delle circostanze di fatto che hanno caratterizzato il tentativo, la prossimità della condotta criminosa che si è interrotta alla consumazione del reato, il livello di pericolosità della condotta stessa, la determinazione dell'autore al compimento del reato, la sua personalità<sup>202</sup>. Questo valutazione di tipo "totale" non è però condivisa da un'ampia parte della dottrina e non registra unanimi consensi anche nel diritto pretorio. Il quesito è se per commisurare la pena per il tentativo il giudice debba prendere in considerazione tutte le circostanze oggettive e soggettive inerenti al fatto e al suo autore o soltanto le circostanze che riguardano il fatto del tentativo<sup>203</sup>. La singolare quanto ampia discrezionalità conferita al giudice, sulla quale si è già avuto modo di dire, rende la questione niente affatto nominalistica: qualora alla commisurazione della pena per il tentativo concorrano tanto aspetti concernenti il fatto quanto aspetti riguardanti l'autore vi è il concreto rischio che si possa avere un sostanziale "bilanciamento" tra circostanze positive e negative e quindi assestare la risposta punitiva negli stessi limiti della pena prevista per il reato consumato e addirittura assestarla in maniera prossima al massimo edittale. E si è giunti così all'aspetto principale della questione.

Si confrontano, al riguardo, due opposti orientamenti. Il primo, maggioritario e anche più risalente, ritiene che, ai fini della commisurazione della pena per il tentativo si debbano prendere in considerazione tutte le circostanze oggettive e soggettive inerenti al fatto e al suo

---

FRISCH, *Die Strafrahmengmilderung beim Versuch*, in M. SEEBODE (Hrsg.), *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1992, 381 ss.

<sup>202</sup> In questo senso BGH 5 StR 449/19 - Beschluss vom 22. Oktober 2019 (LG Hamburg), *NStZ* 2020, 599.

<sup>203</sup> R. MAURACH - K.H. GÖSSEL - H. ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. 2, *Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, 8. Aufl., Heidelberg, 2014, 103 ss.

autore<sup>204</sup>. Orbene, il punto maggiormente critico di questo indirizzo, è che si possa verificare niente affatto di rado, ma anzi con grande frequenza – soprattutto se si guarda alle categorie di reati che più di frequente si arrestano allo stadio del tentativo e alla relativa categoria criminologica di autore – che prendendo in considerazione tutte le circostanze il giudice sia portato nella stragrande maggioranza dei casi a compensarle: le circostanze oggettive del fatto andranno presumibilmente e tendenzialmente a vantaggio del reo, mentre tutte le “altre” circostanze deporranno con grande probabilità contro il soggetto agente, indirizzando il giudice verso un trattamento sanzionatorio piuttosto rigoroso. Non è però soltanto una questione che riguarda la sensibilità o la magnanimità del giudice: il problema, più profondo, investe la stessa *ratio* della punibilità del tentativo, la sua concezione e l’impianto sistematico in generale.

A fronte di una disciplina come quella delineata dai §§ 22 e 23 *StGB*, è lecito domandarsi se l’attenuazione della pena per il tentativo rappresenti soltanto una eccezione, anche se nella prassi frequente, mentre la parificazione sanzionatoria tra reato tentato e consumato non sia effettivamente la regola<sup>205</sup>. Se non ci si vuole avventurare in tortuosi e forse impossibili percorsi esegetici – alcuni praticabili soltanto in un prospettiva *de lege ferenda* – la risposta, per quanto assai criticabile sia dal punto di vista dommatico sia da quello politico-criminale (e che non si può affatto condividere), non può che essere affermativa. Il giudice, allora, dovrà partire dal presupposto che il tentativo meriti la stessa pena prevista per il relativo reato consumato e soltanto qualora, in presenza di particolari circostanze oggettive o soggettive, dovesse ritenere del tutto sproporzionata e assolutamente non giustificabile una parità di trattamento con il reato consumato, allora potrà ridurla a sua discrezione, avendo riguardo al caso concreto<sup>206</sup>.

Tale assunto trova implicita conferma anche nel caso, più problematico e complesso, del tentativo inidoneo. Anche se autorevole dottrina continua a sostenere, con un’operazione interpretativa idealmente condivisibile ed apprezzabile ma che è purtroppo *contra legem*, che l’attenuazione della pena prevista dal comma 3 del § 23 *StGB*, almeno nel caso di tentativo

---

<sup>204</sup> È il criterio ancora adottato dalla giurisprudenza: cfr. T. HORTER, *Die fakultative Strafmilderung beim Versuch nach § 23 II StGB*, cit., 139, con ampia casistica e anche per i riferimenti giurisprudenziali; W. FRISCH, *Die Strafrahmilderung beim Versuch*, in M. SEEBODE (Hrsg.), *Festschrift für Günter Spindel*, cit., 382 ss.

<sup>205</sup> W. FRISCH - M. BERGMANN, *Zur Methode der Entscheidung über den Strafrahmen*, cit., 949 ss.; W. FRISCH, *Die Strafrahmilderung beim Versuch*, in M. SEEBODE (Hrsg.), *Festschrift für Günter Spindel*, cit., 393-394.

<sup>206</sup> La questione assume caratteristiche peculiari e svincolate dai normali ed ordinari criteri di commisurazione della pena perché, a differenza della disciplina italiana e di altri ordinamenti continentali, non vi è una predeterminazione dei parametri di punizione del tentativo. Dove la riduzione della pena per il tentativo è obbligatoria, è già il legislatore a compiere un prima, per quanto generale, valutazione sul disvalore complessivo di una fattispecie soltanto tentata, dove i margini di discrezionalità lasciati al giudice si muovono già all’interno di una diversa cornice edittale di pena stabilita specificamente per il tentativo e soggiacciono comunque ai normali criteri commisurativi: art. 133 del codice penale italiano e § 46 del codice penale tedesco.

inidoneo grossolano, sia obbligatoria per il giudice<sup>207</sup>, il tenore letterale della norma, a ben vedere, si muove in tutt'altra direzione, dove l'arbitrarietà del giudice raggiunge livelli difficilmente accettabili. Il punto è che il § 23, 3° comma *StGB* non impone affatto al giudice di attenuare la pena nel caso di un tentativo inidoneo, anzi riafferma implicitamente – ma neppure tanto implicitamente – che la regola generale sul trattamento sanzionatorio del tentativo, compreso quello inidoneo, è quella sancita nel 2° comma dello stesso paragrafo, aggiungendo in questo caso la possibilità di mandare l'agente esente da pena se l'azione criminosa tentata era grossolanamente inidonea. L'attenuazione della pena anche per il tentativo inidoneo rimane assolutamente discrezionale, confermando in tal modo il principio della generale parità di trattamento tra tentativo e consumazione, a nulla rilevando l'eventuale “carattere” inidoneo degli atti posti in essere per la realizzazione del reato<sup>208</sup>.

In opposizione a questo orientamento, una seconda tesi sostiene invece che il giudice debba prendere in considerazione solo le circostanze inerenti al fatto tentato ai fini della commisurazione della pena e in particolare, cioè in modo esclusivo, lo sviluppo della condotta criminosa. Non vi è comunque, in questo senso, unanimità di vedute: secondo alcuni si dovrebbero prendere in considerazione soltanto circostanze oggettive e ben definite come, ad esempio, il fatto che si tratti di tentativo compiuto od incompiuto e certamente in quest'ultimo caso vi dovrà essere un'attenuazione della pena; secondo altri, sarebbe impossibile stabilire a priori parametri predefiniti, ma dovrà essere il giudice a valutare caso per caso<sup>209</sup>. Il punto di caduta di tutta l'analisi è rappresentato, infine, dal reato di evento. In un caso, la vittima designata viene soltanto sfiorata dal proiettile e riesce a sopravvivere, mentre nell'altro viene attinta in un punto vitale e decede: è evidente che i due casi non possono essere messi sullo stesso piano e un qualche differenza di valore per il diritto penale – per quanto orientato verso una concezione dell'illecito in termini soggettivi come quello tedesco – la dovranno pure avere. Si tratta di una esigenza imprescindibile che corrisponde alla natura delle cose e che non può essere ignorata: quella di trovare un equilibrio nella definizione e caratterizzazione dell'illecito penale tra disvalore d'azione e disvalore d'evento.

---

<sup>207</sup> Così C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. II, cit., § 29, Rn. 370, 454-455.

<sup>208</sup> Considerazioni sul grado del pericolo per il bene giuridico e sulla valutazione del pericolo in una prospettiva prognostico-postuma trovano a questo punto ben poco spazio, con uno sbilanciamento verso il disvalore d'azione.

<sup>209</sup> A. ESER - N. BOSCH, § 23, in A. SCHÖNKE - H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., Rn. 7, 438; G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 25. Abschn., §§ 77/78, 735-736; T. VOGLER, § 23 *Strafbarkeit des Versuchs*, in H.-H. JESCHECK - W. RUB - G. WILLMS (Hrsg.), *Strafgesetzbuch – Leipziger Kommentar*, Großkommentar, 10. Aufl., Berlin - New York, 1983, Rn. 10, Zweiter Titel - Versuch, 110-111.

## CAPITOLO III

### IMPUTAZIONE NORMATIVA E TENTATIVO DI DELITTO: VIOLAZIONE DELLA NORMA E CREAZIONE DEL PERICOLO

SOMMARIO: *Sezione I – Imputazione oggettiva e nesso di rischio nei reati dolosi di mera condotta* – 1. Introduzione alla teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento: le insufficienze del rapporto causale-condizionalistico e la selezione normativa delle condotte rilevanti. Diversi criteri per un'unica teoria: l'aumento del rischio. Nesso di rischio tra condotta e risultato – 2. Imputazione oggettiva dell'evento e reati dolosi. La presenza e la valutazione del dolo già a livello del fatto oggettivo. Il rischio che precede la causa e il rischio *ex post*. La fisionomia del rischio nel reato doloso e le sue peculiarità rispetto al reato colposo. Adeguatezza sociale e rischio consentito: bilanciamento di interessi nel fatto tipico e significato della condotta – 3. Forme di manifestazione del reato (tentativo e concorso personale) e criteri normativi di imputazione in una più ampia dimensione assiologica. *Objektive Zurechnung* e realizzazione del piano criminoso. *Sezione II – Imputazione oggettiva e delitto tentato* – 4. L'anticipazione dell'analisi del dolo nel delitto tentato rispetto agli altri elementi. La necessità di stabilire primariamente il fine delittuoso dell'agente, da impiegare come secondo termine del rapporto nell'accertamento degli elementi oggettivi. L'impossibilità di accertare idoneità ed univocità su un piano solamente oggettivo: l'insuperabilità altrimenti del problema delle condotte pluridirezionali – 5. Applicazione della teoria dell'imputazione oggettiva al delitto tentato e trasversalità del criterio alla dimensione oggettiva e soggettiva. La creazione di un rischio non permesso come criterio di selezione della condotta punibile e come discriminante nella distinzione tra atti preparatori ed esecutivi. Il superamento del rischio consentito come momento del giudizio d'idoneità – 6. L'idoneità degli atti come nesso di rischio tra condotta e risultato. Il concetto di «risultato» nel delitto tentato tra piano materiale e astratto. Il processo bifasico di valutazione dell'idoneità e concretizzazione del rischio: caratteristiche della parzialità del giudizio – 7. Alla ricerca di conferme: l'utilità di criteri di imputazione normativa per il tentativo nei reati omissivi – 8. La funzione dell'elemento della direzione non equivoca degli atti: giudizio oggettivo e soggettivo di prova "conclusiva" per la punibilità del delitto tentato

#### I.

1. Riguardo al problema di individuare quando l'atto è idoneo, come valutare la sua idoneità, su quale base poi valutarla e in cosa consista effettivamente il requisito della sua direzione non equivoca, si può dire – senza il timore di essere smentiti – che non si è giunti a soluzioni veramente appaganti e non è dato ancora a sapersi con sufficiente certezza e con la condivisione di dottrina e giurisprudenza. Lo stesso criterio della c.d. prognosi postuma, invero, non definisce quali siano i criteri alla luce dei quali valutare il grado di idoneità minimo che gli atti devono comunque assumere, né tantomeno – aspetto niente affatto trascurabile, anche se mai veramente approfondito – in quale momento valutare l'idoneità. L'analisi e la conseguente valutazione sull'esistenza degli elementi che caratterizzano l'istituto del delitto tentato riguardano principalmente l'entità e la carica potenziale dell'offesa, orbitando nell'ambito dei concetti di

«rischio» e di «pericolo» e nelle loro reciproche interazioni<sup>1</sup>. Una valutazione di carattere normativo della condotta (o della frazione di condotta) posta in essere dall'agente consente senz'altro di identificare su basi più sicure il momento in cui tale comportamento assume una rilevanza per il diritto penale, compiendo a tal fine, innanzitutto, una valutazione di tipo comparativo sulla base dei doveri e delle regole di condotta richiesti a quel soggetto in quel suo specifico agire socialmente rilevante<sup>2</sup>. Per individuare, dunque, con maggior precisione l'inizio della condotta punibile è necessario partire dai concetti che le scienze naturali pongono a disposizione dell'interprete per poi analizzarli e sussumerli nella loro dimensione sociale. In questa prospettiva il tema del rischio viene analizzato da un duplice angolo visuale tanto interno alla struttura del reato quanto esterno ad essa<sup>3</sup>. L'impiego di criteri normativi di imputazione per l'individuazione della condotta punibile, già emersi nella dottrina d'Oltralpe, mutuati dalla teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento, consentono di impostare il problema partendo dalla struttura oggettiva della fattispecie in modo da circoscrivere quelle condotte che possono assumere rilevanza ai fini del giudizio di tipicità. Si tratta di una lettura ermeneutica che ha lo scopo (di cercare) di colmare quelle difficoltà di delimitazione del "limite inferiore" del penalmente rilevante, nel rispetto dei principi di legalità e tassatività, quando si addiziona una fattispecie incriminatrice con una clausola suppletiva di incriminazione, come l'art. 56 c.p., anche con il fine di contribuire al consolidamento di una struttura generale del reato sempre più

---

<sup>1</sup> Per una ricostruzione storica sull'emersione del concetto di "pericolo" nel diritto penale M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., 167 ss. per la concezione soggettiva e 172 ss. per quella oggettiva; sul concetto di pericolo comune, v. la prima parte del lavoro di A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Torino, 2005, 3 ss.; anche F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012, 7 ss. e spec. 26 ss. sul concetto di pericolo come relazione di possibilità-probabilità.

<sup>2</sup> Si può rinvenire un espresso impiego dei criteri dell'imputazione oggettiva dell'evento anche all'istituto del tentativo nel lavoro di Y. REYES ALVARADO, *El delito de tentativa*, Buenos Aires - Montevideo, 2021, 63 ss. e 108 ss.; dedica, da ultimo, ampio spazio al rapporto tra tentativo e imputazione oggettiva, senza tralasciare gli aspetti di maggiore frizione e criticità P. SCHLADITZ, *Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung. Sicheres Fundament oder Achillesferse?*, Tübingen, 2021, 515 ss. e 541 ss. con particolare riguardo al tentativo inidoneo e poi alla declinazione del concetto di pericolo.

<sup>3</sup> Sul complesso rapporto tra rischio e diritto penale, v. il fondamentale saggio di C. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, cit., 172 ss., 199 ss., 236 ss. e 262 ss., in cui l'analisi delle interferenze tra il concetto di rischio e il piano penalistico sono analizzate sia in chiave politico-criminale che dogmatica. La suddivisione tra un «rischio interno», cioè di un rischio che agisce in una dimensione endosistemica all'interno del diritto penale principalmente come coadiuvante criterio di imputazione del fatto o comunque con generale funzione sistematica, e un rischio esosistemico, in una relazione giuridico(-sociologica) nell'ambito della *Risikogesellschaft*, è proposta chiaramente, riprendendo proprio l'impostazione di Prittwitz, nel lavoro di C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, 6 ss., 57 ss., 168 ss. e 203 ss. Sempre per un quadro d'insieme, anche in chiave storica, sugli studi in tema di rischio nel diritto penale, cfr. W. PREUSS, *Untersuchungen zum erlaubtes Risiko im Strafrecht*, Berlin, 1974, 15 ss., 19 ss. e 30 ss.; e prima ancora D. KIENAPFEL, *Das erlaubte Risiko im Strafrecht. Zur Lehre vom sozialen Handlungsbegriff*, Frankfurt a.M., 1966, 22 ss. e 26 ss., il quale però fornisce una lettura del ruolo che può ricoprire il rischio in termini "negativi", nel senso che servirebbe non come criterio di imputazione, di cui ne denuncia la vaghezza, bensì soltanto come elemento di esclusione della responsabilità per il fatto.

compatibile con un diritto penale costituzionale.

«[Ha] indebitamente sottratto [materiali] alla struttura della colpevolezza»; «[M]ancanza di particolare rigore della teoria [a cui] si deve, d'altro canto, la vaghezza delle formule definitorie entro cui viene tuttora racchiusa»; [I]nutilità della categoria [...] in quanto duplicato concettuale del nesso tra colpa e evento»; strumento interpretativo difficile e non necessario in considerazione della dettagliata disciplina della causalità contenuta nel codice Rocco; valorizzazione eccessiva del disvalore d'azione con la conseguenza di ridimensionare il disvalore d'evento; «[S]i asseconderebbe una trasformazione surrettizia degli illeciti di danno in illeciti di pericolo, con la ulteriore conseguenza di ribaltare il principio *in dubio pro reo* nel suo esatto contrario»<sup>4</sup>: questa è stata la calorosa accoglienza riservata alla teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento da parte della dottrina italiana, ma questo trattamento poco cordiale della teoria in parola, com'è stato esattamente osservato, è dovuto molto probabilmente al fatto che: «La letteratura italiana, del resto, che è particolarmente conservatrice nelle questioni di parte generale, vede qui messa in gioco tutta la sua vecchia cultura, e prima di ammettere che ci possa essere qualcosa di nuovo (che non sia un aggiornamento del vecchio), preferisce che trascorra qualche generazione»<sup>5</sup>. Prima, però, di trattare approfonditamente della teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento e delle sue molteplici sfaccettature, una premessa in tema di rapporto di causalità e di causalità penale in particolare si rende necessaria, anche per cercare, esaminando lo stato del dibattito, di individuare l'esigenza di un suo recepimento, non soltanto con riferimento al reato colposo d'evento, ma anche con riguardo al reato doloso<sup>6</sup>.

Le correnti che hanno agitato e che continuano ad agitare il tema del rapporto causale nel diritto penale, sul quale si sono consumati fiumi d'inchiostro e si sono scritte importanti sentenze, rendono la misura delle difficoltà che a tutt'oggi la scienza penalistica incontra

---

<sup>4</sup> In questi termini, in ordine di citazione: G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della imputazione oggettiva dell'evento e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 1, 4, 6 e 25; G. FIANDACA, voce *Causalità (Rapporto di)*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 128; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 264; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 4° ed., Padova, 2001, 185 ss. In senso critico si esprimono anche F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 16° ed., Milano, 2003, 254; G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, 240-241; E. MORSELLI, *Note critiche sulla teoria dell'imputazione oggettiva*, in *Indice pen.*, 2000, 11 ss.; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, 327 ss. e 348 ss.; G. LICCI, *Teorie causali e rapporto d'imputazione*, Napoli, 1996, 169 ss.; G. DE VERO, *Disvalore d'azione e imputazione dell'evento in un'aggiornata costruzione separata dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1519 ss.

<sup>5</sup> È questa la replica di M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, 4.

<sup>6</sup> Sul punto, per i rapporti tra dolo e rischio, v. per tutti W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, 1983, Köln - Berlin - Bonn - München, 1983, 118 ss. e 304 ss.

nell'affrontare questo delicato e complesso problema e si può affermare di conseguenza che non si siano ancora raggiunti, dal punto di vista dommatico e sistematico, soluzioni del tutto soddisfacenti. La questione del rapporto eziologico è semplice e complessa allo stesso tempo e ondeggia tra opposte posizioni riduzionistiche e di iper-valutazione<sup>7</sup>.

In passato, infatti, autorevole dottrina aveva sostenuto l'irrelevanza del nesso di causalità nell'ambito del diritto penale; l'Antolisei, al riguardo, scriveva: «Sono in errore quegli scrittori che annoverano il rapporto causale fra i requisiti generali del reato. Il nesso di causalità non è un requisito essenziale di tutti i reati, ma soltanto dei reati nei quali un risultato esteriore, un evento in senso tecnico, è richiesto per la consumazione»<sup>8</sup>. Da queste considerazioni ne scaturiva che con riguardo all'istituto del tentativo non si sarebbe potuto parlare in alcun modo di un rapporto causale, perché circoscritto ai soli reati d'evento. Parallelamente, nel contesto scientifico d'Oltralpe, Max Ernst Mayer, addirittura, negava la stessa ragion d'essere del problema sostenendo che l'accertamento di un nesso causale tra data una condizione antecedente ed un risultato susseguente fosse pratica semplice ed elementare che ogni persona dotata di intelligenza fosse in grado di comprendere e pertanto l'accertamento del rapporto eziologico non avrebbe necessitato di alcuna teoria che lo spiegasse attraverso l'illustrazione di criteri dimostrativi<sup>9</sup>. Secondo Mayer, peraltro, vi sarebbe stato un nesso causale anche nel tentativo e nei reati di mera condotta, sennonché questo nesso eziologico non avrebbe avuto significato alcuno, dal momento che si trattava di qualcosa di intuitivo e di evidente che non doveva essere affatto dimostrato attraverso delle teorie<sup>10</sup>.

Un'altra questione assai dibattuta – e forse anch'essa ancora non del tutto risolta – coinvolgeva lo stesso concetto di causa e la sua validità per tutti gli ambiti, compreso quello giuridico e penalistico in particolare: l'interrogativo verteva sull'identità e l'essenza del nesso causale e sulla possibilità o meno dell'esistenza di un concetto di causa proprio del diritto penale che il legislatore avrebbe potuto creare nelle leggi o se, invece, il giudice fosse tenuto a fare uso del legame causale come generalmente inteso dalla scienza calandolo nel caso concreto sottoposto al suo giudizio<sup>11</sup>. Evidenti le conseguenze, anche sul piano normativo, tra una soluzione e

---

<sup>7</sup> C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2011, 153 ss.

<sup>8</sup> Così F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale* (Padova, 1934), Torino, 1960, 10; concetto poi ripreso anche da M. SINISCALCO, voce *Causalità*, in *Enc. dir.*, VI, 1960, 639 ss.

<sup>9</sup> M.E. MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Lehrbuch, 2. Aufl., Heidelberg, 1923, 140, partendo dal presupposto che non vi fosse distinzione rilevante tra azione ed evento, che venivano in sostanza uniti l'uno all'altro, facendo passare, in questo modo, in secondo piano il ruolo del rapporto causale.

<sup>10</sup> Questione affrontata in M.E. MAYER, *Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht. Eine rechtsphilosophische Untersuchung* (Freiburg i.Br., 1899), Neudruck, Frankfurt a.M., 1967, 125-126.

<sup>11</sup> Nel senso di ritenere valido soltanto un concetto comune e generalmente accettato di causa, MUSOTTO, *Il problema del rapporto di causalità nel diritto penale*, in *Studi in onore di Arturo Rocco*, vol. II, Milano, 1960,

l'altra: se il concetto di causa era unico e non vi poteva essere spazio per una declinazione particolare e propria del concetto nel campo del diritto penale, sarebbe venuta meno la stessa ragion d'essere degli artt. 40 e 41 c.p., dal momento che l'unicità del concetto di causa, con un significato predeterminato e rinvenibile nel senso comune, già racchiude ogni soluzione per stabilire il legame tra un determinato antecedente e l'effetto conseguente<sup>12</sup>.

Più complessa, anche per la sua alquanto infelice formulazione, è la questione concernente la disciplina delle concause, la quale però seguirebbe comunque la stessa sorte dell'art. 40 c.p.: se l'unico criterio adottato dal codice per l'*imputatio facti* fosse quello causale, sarebbe stato contraddittorio prevedere ipotesi nelle quali si giunge all'attribuzione del fatto e quindi all'attribuzione della penale responsabilità attraverso criteri che fuoriescono dal paradigma causale<sup>13</sup>. La controversa espressione «cause da soli sufficienti a determinare l'evento» impiegata nel 2° comma dell'art. 41 c.p. è stata interpretata e viene ancora intesa da una parte minoritaria della dottrina come l'intervento e lo sviluppo di una serie causale del tutto autonoma rispetto alla precedente azione tenuta dal soggetto agente, senonché, così intendendo il dettato dell'art. 41 cpv. c.p., la disposizione risulterebbe assolutamente inutile visto che si risolverebbe in pratica nell'esatto opposto, in termini però negativi, di quanto già sancito dall'art. 40, 1° comma, c.p.<sup>14</sup>. Escluso che la serie causale che interviene successivamente debba essere assolutamente autonoma rispetto alla pregressa azione posta in essere dall'agente, il cpv. dell'art. 41 c.p. va allora inteso come possibilità di un temperamento degli eccessi punitivi ai quali potrebbe portare una rigorosa applicazione della teoria condizionalistica quando si presentano casi che fuoriescano da una successione ordinaria di accadimenti prevedibili<sup>15</sup>. È allora proprio nei casi in cui vi sia un decorso causale anomalo e quindi attraverso l'art. 41, comma 2, c.p. che altre teorie, senza surrogare l'approccio causale-condizionalistico, possono trovare accoglimento e svolgere un ruolo importante, se non addirittura determinante, sia al fine

---

239. Nel respingere una nozione "pura" di causa che coincida con quella della filosofia, della logica o delle scienze naturali F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 4, (poi in *Appendice a Id., Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, 2° ed., Milano, 2000, 329 ss.), 1217 ss. e spec. 1220.

<sup>12</sup> Così M.E. MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, cit., 136 ss.; lo riferisce al concetto già presente nelle scienze naturali K. ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände* (Tübingen, 1931), Neudruck, Tübingen, 2021, 21 ss.; si pronuncia per un giudizio sul legame causale di tipo logico e non giuridico E. MEZGER, *Diritto penale (Strafrecht, 1932)*, trad. it. a cura di F. Mandalari, Padova, 1935, 132.

<sup>13</sup> M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Art. 1-84, 3° ed., Milano, 2004, Art. 41, 8, 399.

<sup>14</sup> F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., 1265; E. MORSELLI, *Il problema della causalità nel diritto penale*, in *Ind. pen.*, 1998, 881 ss.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 242.

<sup>15</sup> G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 267.

di correggere le criticità della teoria condizionalistica sia per enucleare i coefficienti minimi per l'attribuzione di un fatto ad un soggetto come fatto proprio.

La graduale emersione a partire dall'inizio del XIX secolo di una autonoma concezione causale nell'ambito della scienza giuridica e di conseguenza di una nozione penalistica di causa, che portò alla presa d'atto che non potesse esistere una nozione di causalità valida per tutti gli ambiti del sapere e della ricerca scientifica, e che il suo significato mutasse anche in base alla scelta del registro linguistico<sup>16</sup>, poneva la questione per il giurista di stabilire se e a quali condizioni l'evento lesivo potesse essere considerato opera del soggetto agente, ovvero se un determinato fatto potesse essere ascritto alla sua personale responsabilità: da qui l'esigenza di fare ricorso a criteri di imputazione per attribuire un determinato accadimento ad un soggetto<sup>17</sup>.

Una vera e propria teoria generale della causalità e dell'imputazione si ebbe, attorno alla metà del secolo, quando era in auge la tendenza di ricondurre alle scienze naturali ogni forma di sapere, con il contributo di von Buri<sup>18</sup>, il quale, attraverso diversi scritti nei quali riprendeva ampiamente il pensiero del filosofo inglese Johan Stuart Mill<sup>19</sup>, sostenne, con la nota formula della *condicio sine qua non*, che la causa fosse data dalla somma, senza distinzione alcuna e al di là di considerazioni sulla loro reale efficacia, di tutte le condizioni, quindi dall'insieme di fattori secondo uno sviluppo relazionale tra un dato antecedente e un effetto conseguente<sup>20</sup>: posta alla base della scienza induttiva, la causalità si esplicava con il rapporto consequenziale ed invariabile tra fenomeni presenti in un determinato momento e quelli che si presentano

---

<sup>16</sup> Sempre F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., 1221: «Il giudice penale, come ben si sa, è chiamato a stabilire se l'evento lesivo possa essere considerato opera dell'uomo, un accadimento di cui l'uomo possa essere ritenuto penalmente responsabile: di qui l'esigenza del ricorso ad un criterio di imputazione, dell'uso di un concetto che consenta di attribuire all'agire umano la conseguenza penalmente rilevante»; A. CRESPI - F. STELLA - G. ZUCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2003, 146.

<sup>17</sup> Sul significato specifico che la causalità assume per il giurista, quindi per il giudice e che in fondo il concetto di causalità, per quanto condiviso con le altre scienze, abbia un peso particolare per quella giuridico-penalistica, v. K. ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg, 1965, 128 ss.; A. PAGLIARO, *Il reato*, in C.F. GROSSO - T. PADOVANI - A. PAGLIARO, *Trattato di diritto penale. Parte generale*, cit., 165 ss.; è proprio in questo periodo, che seguendo gli indirizzi della filosofia kantiana, Christoph Carl Stübel, avanzò per primo l'idea di distinguere tra *corpus delicti*, *imputatio facti* ed *imputatio iuris*, cioè di separare il momento oggettivo di valutazione, che andava risolto sulla base dell'esistenza di un nesso di condizionamento, da quello della colpevolezza che concerneva invece un giudizio di evitabilità dell'azione criminosa: C.C. STÜBEL, *Über den Tatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewissheit der ersten, besonders in Rücksicht der Tödtung, nach gemeinen in Deutschland geltenden und chursächsischen Recht*, Wittenberg, 1805, §§ 19-24-117, 25 ss., 30 ss. e 154 ss.

<sup>18</sup> M. V. BURI, *Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, Stuttgart, 1885, 1 ss.

<sup>19</sup> J. STUART MILL, *Sistema di logica deduttiva ed induttiva*, trad. it. a cura di M. Trincherò, Torino, 1988, I, 243 ss. e 405 ss.

<sup>20</sup> Questo risultato teorico non è, però, diretta conseguenza della teorica del von Buri, ma si tratta in realtà di una composizione di diversi approcci teorici, tra cui quello di J. GLASER, *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht*, Wien, 1858, 298 ss., sul procedimento di eliminazione mentale e per una compiuta trasposizione della teoria dell'equivalenza nell'ambito della attribuzione della responsabilità penale.

successivamente, così che questa successione non riguarda soltanto un antecedente e un risultato susseguente, ma si realizza da un complesso di antecedenti ad un evento. Com'è noto, la causa è dunque l'insieme di tutte le condizioni – di tipo positivo, negativo, naturali ed umane – e nessuna di queste può essere eliminata (c.d. processo di eliminazione mentale) senza modificare o eliminare la verifica dell'evento<sup>21</sup>.

Orbene, nel codice penale vigente, il recepimento del paradigma causale-condizionalistico come criterio di imputazione dell'evento al suo autore trova esplicito recepimento tanto nell'art. 40, 1° comma, c.p. quanto, in modo ancora più diretto, sempre nel 1° comma dell'art. 41 c.p., oltre che nella costruzione della principali fattispecie di reato, come ad esempio, nelle tradizionali figure delittuose idealtipiche dell'omicidio e delle lesioni personali, marcando così una precisa scelta epistemologica del legislatore del '30 a favore del determinismo causale e delle istanze della Scuola positiva<sup>22</sup>.

Ma è stata proprio la norma di cui all'art. 41 c.p., come già accennato, a scardinare, seppur molto lentamente e a fronte di non poche resistenze, il rigido impianto causale – anche per la sua formulazione non del tutto chiara e piuttosto controversa – e la tradizionale sequenza di analisi del reato costituita dall'elemento oggettivo (rapporto causale) e dall'elemento soggettivo (dolo e colpa)<sup>23</sup>.

L'assunto, poi, che il (solo) criterio causale-condizionalistico garantisca già di per sé e appieno il rispetto del principio di responsabilità per fatto proprio *ex art. 27, 1° comma, Cost.* è vero fino a un certo punto. Se è senz'altro vero, infatti, che l'intero impianto codicistico si caratterizza per una totale quanto smodata adesione al dogma causale, che non conosce nelle altre codificazioni penali di diritto continentale eguali, e che da sempre un'ampia maggioranza della dottrina italiana abbia individuato nel nesso di condizionamento di tipo causale l'unica soluzione per evitare il pericolo di responsabilità per fatto altrui, per responsabilità collettive e

---

<sup>21</sup> K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013, 45 ss. Ne consegue che tutte le condizioni antecedenti sono tra loro equivalenti e possiedono tutte e reciprocamente attitudine causale in relazione all'effetto che è causato dal loro insieme e sono quindi *condiciones sine quibus non* dell'evento. Affinché l'azione di un soggetto possa essere considerata come causa di un evento lesivo è necessario che questa rappresenti una delle condizioni che contribuiscono a realizzarlo.

<sup>22</sup> M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 245 ss. e 291 ss.; O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 637; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, 32-33.

<sup>23</sup> V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, 247-248; A. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989, 9 ss. e 14 ss.; A. VALLINI, «Cause sopravvenute da sole sufficienti» e nessi tra condotte. *Per una collocazione dell'art. 41, comma 2, c.p. nel quadro teorico della causalità "scientifica"*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. I, Torino, 2011, 341 ss. Nel ritenere che la teoria condizionalistica sia stata interamente accolta nella formulazione dell'art. 41 c.p. G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 242.

da posizione o (anche e persino) derivanti da caso fortuito, è del pari vero che la teorica causale-condizionalistica ha già da tempo mostrato tutti i suoi vistosi limiti (anche al di là dei casi che registrano l'intervento di un fattore eccezionale sopravvenuto nella serie causale) in relazione soprattutto al reato colposo, al reato omissivo improprio, al concorso di persone nel reato e comunque in presenza di fattori sinergici o di interazione<sup>24</sup>.

I limiti della teoria condizionalistica coinvolgono la sua stessa reale efficacia euristica quando mancano le regole di esperienza o le conoscenze scientifiche necessarie a stabilire l'effettiva esistenza di un nesso eziologico: sono quei casi nei quali non si conosce prima con certezza se determinati antecedenti siano realmente causali rispetto al conseguente risultato lesivo e quindi il processo di eliminazione mentale non assume alcun significato esplicativo e chiarificatore perché non è grado di dimostrare la stessa efficacia eziologica dell'azione rispetto all'evento, dal momento che non si conoscono in anticipo le leggi causali o le regole che devono sovrintendere e dimostrare lo stesso rapporto<sup>25</sup>.

Lungi, dunque, come sosteneva Edmund Mezger, dall'essere una teoria perfetta ed infallibile per dimostrare il nesso di condizionamento<sup>26</sup>, i suoi maggiori problemi si riscontrano però sul piano della causalità alternativa e ipotetica, nell'ambito delle quali la teorica dell'equivalenza conduce a risultati errati. Quando, infatti, diverse condizioni operano congiuntamente e ognuna di queste si rivela da sola sufficiente a causare l'evento, il procedimento di eliminazione mentale condurrebbe al risultato che, eliminando in modo alternativo l'uno oppure l'altro fattore, il risultato non verrebbe meno<sup>27</sup>, con la conseguenza che il fatto non potrebbe essere imputato ad alcuno dei soggetti che hanno posto in essere le azioni che hanno avviato i decorsi eziologici.

---

<sup>24</sup> S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 356-357.

<sup>25</sup> Si tratta della famosa obiezione fatta da K. ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, cit., 13 ss.; su questo F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975, 16 ss.; C.E. PALIERO, *Le fattispecie «causalmente orientate» sono davvero «a forma libera»? (Tipicità e accertamento del nesso di causalità)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 1499 ss.; da ultimo R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale*, cit., 55: «[L]a condicio è inevitabilmente un giudizio a sé stante, che ha una propria autonomia, fondato sulla mera logica (e forse sulle massime d'esperienza), solo in apparenza *ex post*, ma in verità *ex ante*, proprio perché prescinde dalla spiegazione causale, giudizio che può essere corretto soltanto da criteri normo-valutativi».

<sup>26</sup> E. MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3. Aufl., Berlin-München, 1949, 114.

<sup>27</sup> G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 246; C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, cit., 164. Sulla causalità addizionale o doppia, che può comunque essere ricompresa nell'alveo più ampio della causalità ipotetica, cfr. C. ROXIN - L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., Bd. I, § 11, 13/19b, 455 ss. e poi Rn. 58/64, 485 ss.; J. WESSELS - W. BEULKE - H. SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., § 6 II, Rn. 231/238, 75 ss., che identificano le ipotesi di causalità addizionale o doppia a quelle di causalità alternativa; si parla generalmente di causalità cumulativa, invece, quando sono presenti due o più cause da sole non sufficienti a cagionare l'evento: F. DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, Berlin, 1996, 62; H. KORIATH, *Kausalität, Bedingungstheorie und psychische Kausalität*, Berlin, 1988, 118 ss.; ID., *Kausalität und objektive Zurechnung*, Baden-Baden, 2007, 27 ss.

Analoghi problemi, com'è altrettanto noto, si pongono con riferimento ai casi di causalità ipotetica, cioè quando un decorso causale ipotetico, quindi diverso da quello che si è realmente realizzato, avrebbe comunque causato lo stesso evento lesivo, portando ad escludere il nesso di causa perché l'evento si sarebbe verificato ugualmente anche senza l'azione realizzata dal soggetto agente<sup>28</sup>. Se l'obiezione che la teoria in discorso attribuirebbe rilevanza, parificando tutte le condizioni antecedenti senza distinzione di rango, anche ai più remoti antecedenti che hanno portato poi, anche a distanza di molto, alla verifica dell'evento<sup>29</sup>, può essere agevolmente superata attraverso la selezione delle sole condotte giuridicamente rilevanti *hic et nunc*, cioè di quelle condotte che riguardano direttamente il contenuto della fattispecie incriminatrice e attraverso la sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo e della colpa, difficilmente superabili sono tutti quei casi nei quali vi sarebbe medesimezza di risultato anche a fronte di condizioni alternative ipotetiche e più ampiamente nei casi dove si verifica una sovrapposizione di più fattori causali, un intervento del terzo nella concatenazione causale o nel caso di azioni che impediscono il compimento di decorsi causali salvifici<sup>30</sup>.

Attualmente, dottrina e giurisprudenza inquadrano il problema causale, adottando il paradigma condizionalistico corretto sotto la copertura di leggi scientifiche di tipo universale o statistico, senonché la sempre più evidente insufficienza delle spiegazioni tecniche, sia con riferimento all'impiego di coefficienti medio-bassi di leggi statistiche soprattutto nel dimostrare i profili inferenziali e la difficoltà a colmare i problemi che affliggono i giudizi causali di natura prognostico-ipotetica, in particolare nel reato commissivo colposo e soprattutto in quello omissivo improprio colposo<sup>31</sup>, ha spinto una parte della dottrina ad individuare criteri ulteriori

---

<sup>28</sup> La formula condizionalistica presenta infatti una doppia versione: in senso positivo, si può affermare che una condotta è causa di un evento se senza di essa quest'ultimo non si sarebbe verificato; in senso negativo, la condotta non è causale se senza di essa l'evento si sarebbe comunque verificato. Il fatto di ritenere queste due formule equivalenti ha condotto la dottrina ad una sorta di "inghippo" concettuale che ha poi prodotto una grande confusione sul tema dei decorsi causali ipotetici. In argomento, v. G. SPENDEL, *Die Kausalitätformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte*, Frankfurt a.M., 1948, 9 ss. e 36 ss.; Arthur KAUFMANN, *Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht*, in ID., *Schuld und Strafe. Studien zur Strafrechtsdogmatik*, Köln, 1966, 67 ss.; I. PUPPE, *Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht*, in *ZStW*, Bd. 92, 1980, 863 ss. e 888 ss.; nella letteratura italiana M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 441; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, 463; R. BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale tra teoria e prassi*, Milano, 2004, 108.

<sup>29</sup> F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, cit., 34.

<sup>30</sup> Su questi problemi, v. G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Indice pen.*, 2006, 945 ss. Sul correttivo dell'evento *hic et nunc*, F. STELLA, *La "descrizione" dell'evento*, I, *L'offesa - Il nesso causale*, Milano, 1970, 98 ss.; ID., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, cit., 256 ss.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 243-244.

<sup>31</sup> Il principale punto di approdo a cui è giunta la giurisprudenza è ovviamente Cass. pen., Sez. unite, 7 novembre 2002, n. 30328, Franzese, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1133 ss; V., in argomento, le considerazioni di F. STELLA, *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3° ed., Milano, 2003, 185 ss., 253 ss., 301 ss. e 332 ss. sulla distinzione tra leggi universali e statistiche; anche O. DI GIOVINE, *Il problema causale tra scienza e giurisprudenza (con particolare riguardo alla responsabilità medica)*, in *Indice pen.*, 2004, 1115 ss.

di attribuzione dell'evento alla condotta dell'agente, strutturando l'accertamento del nesso di condizionamento in due fasi distinte nelle quali si verifica dapprima l'esistenza di un nesso causale tra azione ed evento e poi di imputazione oggettiva dell'evento alla condotta del soggetto agente<sup>32</sup>. I due momenti rappresentano due valutazioni parallele ed entrambe necessarie affinché si possano valutare compiutamente gli effetti prodotti dall'azione dell'agente<sup>33</sup>.

L'affermazione del rapporto eziologico richiede anche una valutazione di tipo politico-criminale, che pur rimanendo distinta e senza fagocitare l'accertamento causale empirico-scientifico, si affianca a quest'ultimo attraverso l'impiego di correttivi di carattere normativo, onde evitare che il cieco legame naturalistico conduca l'interprete a ritenere condizione necessaria dell'evento antecedenti privi di rilevanza o addirittura fuorvianti che porterebbe a conclusioni assurde ed alquanto inique<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per "aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 48 ss.; ID., voce *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Enc. dir., Annali III*, 2010, 635 ss. e spec. 660 ss.; Sul punto, un aspetto particolarmente importante è quello rappresentato dall'interferenza contrastante tra alcune importanti disposizioni del codice penale con quello di procedura penale che caratterizzano in definitiva il giudizio di responsabilità: la presa d'atto del carattere illusorio di un giudizio di certezza, a causa della naturale incapacità delle scienze empiriche di esprimersi sempre in questi termini, ha portato il legislatore, già sul piano normativo, a temperare la certezza dell'accertamento del nesso eziologico con il principio, però di natura processuale e non sostanziale, dell'«oltre ogni ragionevole dubbio», a fronte di una responsabilità penale del soggetto agente che per il resto è stata già accertata in termini positivi. Così facendo, il limite del ragionevole dubbio e quindi della probabilità confinante con la certezza non costringe il giudice da dover sempre assolvere l'imputato. Per questa conclusione e per questi rapporti tra diritto sostanziale e processuale, v. K. VOLK, *Sulla causalità nel diritto penale (Kausalität im Strafrecht)*, 1995) in ID., *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, trad. it. a cura di A. Cavaliere, Napoli, 1998, 87 ss.; per mantenere distinti i piani G.A. DE FRANCESCO, *L'imputazione del reato e i tormenti del penalista*, in *Scritti per Federico Stella*, vol. I, a cura di M. Bertolino - G. Forti, Napoli, 2007, 537 ss.; v. anche F. D'ALESSANDRO, *La certezza del nesso causale: la lezione "antica" di Carrara e la lezione "moderna" della Corte di cassazione sull'«oltre ogni ragionevole dubbio»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 743 ss.

<sup>33</sup> C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 226-227. Sulla necessità di apprestare soltanto alcune correzioni alla teoria condizionalistica W. FRISCH, *Die Conditio-Formel, Anweisung zur Tatsachenfeststellung oder normative Aussage?*, in *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002*, Heidelberg, 2002, 51 ss. Intendono, invece, l'imputazione oggettiva come criterio alternativo e sostitutivo della causalità, seguendo l'impostazione originaria di Roxin, superata almeno in parte dallo stesso Autore: R. BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale*, cit., 90 ss.; ID., *La causalità giuridica alla luce della teoria del rischio*, in *Cass. pen.*, 2007, 365 ss.; R. BLAIOTTA - G. CANZIO, voce *Causalità (diritto penale)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, vol. II, Milano, 2006, 827 ss.; nella dottrina tedesca, soprattutto H. OTTO, *Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten*, in *NJW*, 1980, 417 ss.; ID., *Kausaldignose und Erfolgzurechnung im Strafrecht*, in F.-C. SCHRÖDER - H. ZIPF (Hrsg.), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, 91 ss. Sui rapporti tra causalità e imputazione oggettiva, v. E. ANARTE BORALLO, *Causalidad e imputación objetiva en derecho penal. Estructura, relaciones y perspectivas*, Huelva, 2002, *passim*.

<sup>34</sup> C. LONGOBARDO, *Causalità ed imputazione oggettiva*, cit., 264 ss.; con la finalità soprattutto individuare parametri normativi di imputazione al fine di individuare le condotte e gli eventi rilevanti per il giudizio di tipicità S. MOCCIA, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 71.

Bisogna poi partire dalla presa d'atto che la causalità nelle norme è da intendersi in senso giuridico, cioè il rapporto tra causa ed effetto deve essere costruito in funzione delle esigenze proprie del diritto<sup>35</sup>. Nell'accollare, dunque, un dato accadimento materiale ad un soggetto, alla valutazione causale di carattere tecnico-scientifico se ne affianca un'altra necessaria di carattere prevalentemente normativo, che reca con sé aspetti di carattere valutativo e valorativo<sup>36</sup>.

Proprio per cercare di ovviare agli inconvenienti e alle criticità poste dalla teoria condizionalistica, la prima teorica, emersa alla fine dell'Ottocento, che cercò di individuare un correttivo alla formula della *condicio sine qua non* è quella dell'adeguatezza, il cui fondatore fu il medico Johannes von Kries<sup>37</sup>. Seconda la teoria della causalità adeguata, può essere individuata come causa soltanto quella condotta che possiede una idoneità generale, sulla base di una valutazione di prevedibilità, dell'*id quod plerumque accidit* a produrre l'evento e quindi possono essere ritenuti causali soltanto quelle condizioni che possiedono la tendenza alla verificazione del risultato tipico, mentre saranno irrilevanti tutte quelle condizioni che soltanto accidentalmente hanno contribuito alla verificazione dell'evento stesso<sup>38</sup>. Il fatto di selezionare soltanto quelle condizioni dotate di una generalizzante attitudine a cagionare l'evento permetteva di attenuare il rigore della condizione necessaria e di risolvere i problemi derivanti da decorsi causali atipici, con particolare riferimento ai reati aggravati dall'evento, cercando di superare in questo modo la coincidenza che si veniva a creare tra una causalità intesa in senso logico-naturalistico con il caso, con la causalità del tutto accidentale<sup>39</sup>. Il merito della teoria dell'adeguatezza, come emergerà con sempre maggior chiarezza anche con le successive elaborazioni di Max Rümelin e poi di von Hippel e di Engisch è proprio quello di porre in risalto la necessaria caratteristica di pericolosità che deve possedere la condotta<sup>40</sup>: se lo scopo del

---

<sup>35</sup> M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale* <sup>3</sup>, vol. I, Artt. 1-84, cit., Art. 41, 1, 397; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., 392-393; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale*, cit., 58 ss.

<sup>36</sup> Per scindere in due momenti diversi l'accertamento, valutando prima se la condotta è stata *condicio sine qua non* dell'evento sul piano logico-naturalistico e poi secondo le finalità specifiche dell'ordinamento, quindi per una imputazione sul piano valorativo: M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. II, *Il reato*, parte I, *La fattispecie oggettiva*, Torino, 2000, 97 ss.

<sup>37</sup> A partire dalla prima teorizzazione in J. VON KRIES, *Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht*, in *ZStW*, 1889, 528 ss.; storicamente, nel contesto italiano, la teoria venne recepita da G. BETTIOL - L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 310 ss.; A.A. DALIA, *Le cause sopravvenute interruttrive del nesso causale*, Napoli, 1975, 180 ss.; A. MALINVERNI, *Il rapporto di causalità e il caso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 48 ss.; per ulteriori riferimenti, cfr. E. DOLCINI, *L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 780 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 360 ss.

<sup>38</sup> P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 32 ss.; F. STELLA, *La "descrizione" dell'evento*, cit., 7 ss.

<sup>39</sup> A. PECORARO ALBANI, *Caso e causalità*, in *Arch. pen.*, 1960, 118 ss.; aspetto ripreso in M. DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, parte I, 596.

<sup>40</sup> M. RÜMELIN, *Der Zufall im Recht*, Freiburg i.B., 1896, 44 ss.; R. VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht. Das Verbrechen, Allgemeine Lehren*, cit., 146 ss.; K. ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, cit., 41 ss. e spec. 62 ss.

diritto penale è quello di impedire il verificarsi di fatti dannosi, ne consegue che sono vietate soltanto quelle condotte che risultino, valutate da una prospettiva *ex ante* quindi di prognosi postuma, idonee a produrre l'evento che la norma vuole impedire, cioè quando vi è la probabilità che quelle condizioni siano in grado di produrre l'evento, sulla base delle circostanze presenti e conoscibili al momento del fatto da un osservatore esterno, con l'aggiunta di quelle eventualmente superiori del soggetto agente del caso concreto<sup>41</sup>.

Il dolo (e anche la colpa), infatti, non crea semplicemente un risultato, ma deve sostenere la produzione di un determinato evento, innescando un processo in divenire che è contenuto in modo implicito od esplicito nello stesso fatto tipico: questa identità, poi, tra l'accertamento della dimensione soggettiva e di quella oggettiva riguarda lo sviluppo nomologico e il metro del giudizio, con una comunanza che riguarda almeno una parte dei dati ontologici che vengono in rilievo, contraddistinguendo così o la situazione voluta nel caso di colui che agisce con dolo o di quella che si doveva doverosamente evitare nel caso della colpa, ma ciononostante si tratta pur sempre di una valutazione oggettiva perché prescinde completamente da una valutazione di tipo personalistico sulla conoscenza specifica che l'agente poteva avere di questi elementi<sup>42</sup>. La conoscenza da parte del soggetto di tali elementi, se sono effettivamente reali, non sconfinava nella dimensione soggettiva, ma rimane a tutti gli effetti nel campo oggettivo e ineriscono alla stessa struttura nomologica dell'accertamento<sup>43</sup>.

Nella valutazione della condotta e, in particolare per i reati di evento, nel definire il rapporto tra questa e il verificarsi del risultato, non si può in ogni caso prescindere da quei connotati tipici della condotta dolosa o colposa, che non attengono di certo alla causalità, ma che permettono ugualmente, a seconda che l'agente agisca con dolo o con colpa, di stabilire quale deve (*rectius*, doveva) essere il comportamento da lui oggettivamente esigibile, permettendo così di ricostruire *a posteriori* la natura del divieto o dell'obbligo: sono questi aspetti di carattere oggettivo (almeno in senso lato) e non soggettivo<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Ampiamente sul giudizio prognostico-postumo L. KUHLEN, *Zur Problematik der nachträglichen ex-ante Beurteilung im Strafrecht und in der Moral*, in H. JUNG - H. MÜLLER-DIETZ - U. NEUMANN (Hrsg.), *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden-Baden, 1991, 341 ss. Lo stretto legame tra la teoria dell'adeguatezza e il problema dei reati aggravati dall'evento è ben presente nella dottrina d'Oltralpe, con lo scopo di giustificare un aggravamento di pena che supererebbe comunque quello di un concorso formale tra una reato-base doloso e un reato-ulteriore colposo, concentrandosi così sul carattere concretamente pericoloso della condotta iniziale: cfr. D. OEHLER, *Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt*, in *ZStW*, Bd. 69, 1957, 503 ss. e 512 ss.; poi C. LORENZEN, *Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte*, Berlin, 1981, 38 ss.; R. RENGIER, *Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen*, Tübingen, 1986, 79 ss.

<sup>42</sup> J. HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung* (Berlin - New York, 1976), Neudruck, Berlin - Boston, 2011, 13 ss.

<sup>43</sup> M. DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva*, cit., parte I, 598 ss.

<sup>44</sup> M. DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva*, cit., parte I, 599-600. Per una prospettiva *ex ante* del rischio nell'illecito doloso e non come risultato della condotta pericolosa W. FRISCH, *Vorsatz und*

La causalità adeguata nelle sue diverse letture, anche con accenti di tipo normativo, ebbe in definitiva il merito, senza superare la teoria condizionalistica, di apportare quei correttivi al fatto tipico che fossero in grado di leggere l'*an* e il *quantum* della responsabilità, non ciecamente chiuso negli angusti spazi di una accezione esclusivamente naturalistica, ma anche sulla base del grado di potenzialità offensiva di cui la condotta ne era espressione e nel quale l'evento costituiva la realizzazione di un rischio specifico attivato proprio da quella condotta<sup>45</sup>.

Ed è proprio con l'emersione, verso la fine degli anni Venti e l'inizio degli anni Trenta, nell'ambito della scienza penale tedesca, dell'esistenza degli elementi soggettivi del fatto e del prevalente carattere normativo del fatto tipico, che il *Tatbestand* oggettivo venne arricchito di elementi in grado di farne comprendere dal punto di vista giuridico-sociale il suo disvalore. Alle origini dell'imputazione oggettiva si colloca proprio, come già accennato, la distinzione tra causalità ed imputazione, da intendersi quest'ultima in senso teleologico: se la teoria dell'adeguatezza aveva cercato di circoscrivere le condizioni rilevante sul piano della congruenza rispetto all'offesa in termini di probabilità statistica, la teorica dell'imputazione oggettiva seleziona quelle conseguenze dell'azione che l'agente poteva prevedere, dominare e soprattutto perseguire come scopo<sup>46</sup>.

Tra i precursori della moderna imputazione oggettiva può essere senz'altro annoverato il lavoro sulle teorie della causalità di Johan Carl Wilhelm Thyré, secondo il quale l'uomo è portato a considerare come causa soltanto alcune di queste condizioni, sulla base di una valutazione che tenga in considerazione la reale efficacia di un determinato antecedente, sulla base delle conoscenze da questo possedute. Si opera in tal modo una selezione tra le condizioni antecedenti che porta Thyré ad affermare che nell'accertamento del rapporto causale non vale la regola condizionalistica dell'equivalenza delle condizioni, ma esattamente il suo contrario, cioè quella della disuguaglianza delle condizioni<sup>47</sup>. È proprio da questa premessa che l'Autore suole distinguere le condizioni antecedenti in funzione della risoluzione del problema giuridico

---

*Risiko*, cit., 118 ss. e spec. 207 ss.; sul pericolo, invece, come evento della fattispecie o comunque strettamente legato alla causazione di un evento F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., 95 ss. Ed invero, la caratteristica di pericolosità della condotta che ne deriva e consegue, che trova la sua piena e problematica espressione nel concetto di idoneità degli atti ex art. 56 c.p., appartiene, seppur in misura e con caratteristiche diverse *ab origine*, tanto ai reati dolosi in generale – e non soltanto quando si parla di rischio in relazione al dolo eventuale –, così come ai reati colposi. Per una accezione dell'idoneità degli atti nel tentativo in termini di capacità potenziale e attitudine G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 487.

<sup>45</sup> H.-H. JESCHECK, *Die Entwicklung des Verbrechensbegriff in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre*, in *ZStW*, Bd. 73, 1971, 190 ss.

<sup>46</sup> K. LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Philosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der „juristischen Kausalität“*, Leipzig, 1927, 75 ss. e 84; H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen der Tatbestandeslehre seit Beling*, Karlsruhe, 1957, 48 ss.

<sup>47</sup> J.C.W. THYRÉN, *Abhandlungen aus dem Strafrecht und der Rechtsphilosophie, I, Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien*, Lund, 1894, 61 ss.

della causalità e quindi dell'emissione di un giudizio di responsabilità in base al grado di efficacia che sono in grado di apportare<sup>48</sup>.

A queste primissime teorizzazioni fece seguito, sul più generale piano giuridico e non strettamente penalistico, l'elaborazione di Karl Larenz, il quale intese il concetto di imputazione come criterio di delimitazione della responsabilità, cioè come momento di distinzione dell'accadimento casuale dal fatto che poteva essere considerato "proprio" del soggetto agente, perché espressione del complesso teleologico del fatto come realizzazione propria dell'agente e corrispondente alla sua volontà, al fine di ovviare così alle insufficienze della mera dimostrazione di una successione causale<sup>49</sup>. La traduzione della lezione di Larenz in termini strettamente penalistici avvenne qualche anno dopo con Richard Honig. Secondo Honig, la scienza giuridica non può soddisfare le proprie specifiche esigenze, accontentandosi solamente della dimostrazione del nesso causale, bensì è necessario concentrarsi sulle caratteristiche che possiedono queste condizioni in relazione alle risposte che richiede e pretende l'ordinamento giuridico per emettere un giudizio di responsabilità, accollando un determinato risultato ad una precedente condotta<sup>50</sup>. In base al criterio di imputazione delineato da Honig, oltre alla causalità naturalistica, vi deve essere anche una valutazione di tipo normativo che sia in grado di concludere che quella condotta umana è stata causa dell'evento perché giuridicamente rilevante, cioè posta in essere con il fine di produrre o evitare proprio quell'evento.

Per quanto assestato in una prospettiva esattamente contrapposta a quella elaborata da Larenz prima e poi ripresa da Honig, meritano comunque di essere evidenziati gli studi sulla causalità condotti da Engisch, che ampliano in sostanza il concetto di imputazione oggettiva, facendola assurgere a momento generale di imputazione del fatto di reato non alternativo all'accertamento del rapporto eziologico, ma che comprende in sostanza anche il nesso causale, sempre come momento di imputazione oggettiva<sup>51</sup>. Engisch, quindi, rifiuta la categoria dell'imputazione oggettiva come delineata da Honig e sostiene la necessità primaria dell'accertamento di un rapporto forte in senso logico-scientifico tra condotta ed evento, ma

---

<sup>48</sup> J.C.W. THYRÉN, *Abhandlungen aus dem Strafrecht und der Rechtsphilosophie*, cit., 70 ss. e spec. 72-73, in cui l'Autore suddivide le condizioni in favorevoli, contrarie e indifferenti, suddividendo le prime nelle ulteriori sottocategorie delle condizioni favorevoli decisive e non decisive. Soltanto quelle favorevoli e decisive possono essere prese in considerazione ai fini dell'imputazione oggettiva, poiché hanno una influenza concreta nel causare l'evento. Alla base di tutto allora si innesta, prima del giudizio causale in senso stretto, un giudizio di valore nella selezione delle condizioni effettivamente rilevanti.

<sup>49</sup> K. LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, cit., 58 ss.

<sup>50</sup> R. HONIG, *Kausalität und objektive Zurechnung*, in *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag* 16. August 1930, I, Tübingen, 1930, 174 ss.

<sup>51</sup> K. ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, cit., 32 ss. e 59 ss. Nel pensiero di Engisch, l'adeguatezza inizia a perdere la sua coincidenza con l'aspetto statistico ed arriva sostanzialmente a coincidere con la pericolosità, che deve poi essere valutata anche alla luce di parametri sociali e giuridici.

non gli sfugge tuttavia la necessità di intendere la categoria della causalità in funzione degli scopi che il diritto deve raggiungere. Egli respinge una contrapposizione tra i diversi momenti di valutazione – naturalistico e normativo – unendoli nella più ampia e generale categoria dell'imputazione oggettiva, intesa in senso ampio, fondendo così in una (unica) prospettiva teleologica causalità e tipicità, rapporto tra valutazione *ex ante* ed *ex post*, che contribuirà a definire un equilibrato rapporto tra disvalore d'azione e disvalore d'evento<sup>52</sup>.

L'irrompere sulla scena penalistica della teoria finalistica dell'azione di Welzel ha avuto inevitabilmente delle ricadute anche sull'imputazione oggettiva, dapprima sostanzialmente negative nel senso di un vero e proprio capovolgimento di prospettiva, con il ripudio di una concezione normativa e con la critica alla filosofia dei valori neokantiana, portando ad un conseguente accantonamento della teoria, e successivamente in senso positivo con una sua ripresa al riemergere delle tendenze normativistiche negli anni Sessanta, fondendole nuova linfa – in una prospettiva, a questo punto, *post-welzeliana* – inserita nella concezione personale dell'illecito, quindi del dolo e della colpa che già sul piano del fatto tipico contribuiscono a caratterizzarlo<sup>53</sup>.

Secondo la teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento (in tedesco *objektive Zurechnung*, in spagnolo *imputación objetiva*)<sup>54</sup> un fatto di reato può essere imputato all'autore

---

<sup>52</sup> K. ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, cit., 48 ss. Il fatto che la questione del nesso causale fosse comunque da ricomprendere nell'ambito dell'imputazione oggettiva e quindi all'interno di questa categoria dovessero convivere due momenti autonomi di valutazione, uno di tipo naturalistico, un altro di tipo normativo-valorativo è presente in M. BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Wien, 1974, 74 ss.; poi anche in M. MAIWALD, *Kausalität und Strafrecht. Studien zum Verhältnis vom Naturwissenschaft und Jurisprudenz*, Göttingen, 1980, 5 ss. Intende la causalità come oggetto dell'imputazione e non come criterio U. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, cit., 83-84.

<sup>53</sup> La determinazione causale e quindi il rapporto eziologica rappresenta nella teoria finalistica dell'azione la prima categoria ontica sulla quale fondare lo stesso agire finalistico: Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungdelikte*, Göttingen, 1959, 67; sul punto, v. M. MAIWALD, *Kausalität und Strafrecht*, cit., 13 ss. per un bilancio, v. le considerazioni di H.J. HIRSCH, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*, in *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, Köln, 1988, 399 ss. 397 ss.; E. SCHMIDHÄUSER, *Was ist aus der finalen Handlungslehre geworden?*, in *JZ*, 1986, 109 ss.

<sup>54</sup> La letteratura sull'imputazione oggettiva è vastissima. Nell'ambito della dottrina italiana la teoria è recepita e adottata, seppur con approcci almeno in parte eterogenei, da: A. CASTALDO, *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 881 ss.; ID., *La teoria dell'aumento del rischio e l'illecito colposo*, in *Studi Urbinati*, 1985, 127 ss.; ID., *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989, 59 ss. e *passim*; V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, cit., 231 ss. e 252 ss.; M. DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva*, cit., parte I, 588 ss.; parte II, *ibidem*, 1114 ss.; anche se non espressamente, ma in modo sostanziale anche G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., *passim*; M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 291-421 e *passim*; A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 779 ss.; una chiara esposizione della teoria è in M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*<sup>3</sup>, vol. I, Art. 1-84, cit., Art. 41, 20/29, 403 ss.; M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 159 ss. e 251 ss.; ID., voce *Teoria del reato*, 281 ss.; anche S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, 90 ss., 117 ss. e 184 ss., con ampia ripresa del criterio del rischio; A. BONDI, *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, Napoli, 1999, 370 ss.; N. MAZZACUVA, *Il fatto tipico*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001, 61 ss.; A. NAPPI, *Guida al codice penale*, Milano, 2003, 191 ss.; C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 226 ss.; A. CADOPPI - P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, cit., 267 ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di*

solo quando la sua condotta ha creato un pericolo per il bene giuridico non coperto da un rischio consentito e questo pericolo si è realizzato nell'evento che si è verificato in concreto, in conformità a quanto previsto dalla fattispecie incriminatrice<sup>55</sup>. L'imputazione oggettiva, dunque, comprende una serie di criteri e requisiti che permettono di considerare l'evento come opera del suo autore<sup>56</sup>.

La moderna teoria dell'imputazione oggettiva fu proposta da Roxin, riprendendo le acquisizioni di Honig e sostituendo il criterio della finalità oggettiva con quello del rischio, prima nel noto saggio *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht* del 1962 e poi, con specifico riguardo al criterio dell'aumento del rischio in relazione al comportamento alternativo doveroso, in *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten* del 1970; ulteriormente rivista ed affinata in diversi contributi sul tema pubblicati nel corso degli anni Settanta, un'esposizione sistematica ed articolata della teoria in parola è stata poi riproposta nel famoso Manuale scritto dall'illustre Studioso<sup>57</sup>. La teoria ha poi avuto larga diffusione in Germania e in Austria, dove è ampiamente seguita, ma grande risonanza anche in Spagna, nei Paesi di lingua spagnola dell'America meridionale (in particolare Argentina, Cile e Colombia), in Portogallo e Brasile<sup>58</sup>.

---

*colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., 310 ss., 423 ss., con particolare attenzione alla considerazione dei criteri normativi di imputazione in funzione di una forte affermazione del principio di responsabilità per fatto proprio; R. BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale tra teoria e prassi*, Milano, 2004, 90 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 206 ss.; E. MEZZETTI, *Giurisprudenza «creativa» nell'accertamento del nesso causale per la morte del tossicodipendente*, in *Cass. pen.*, 2004, 2837 ss. e spec. 2848 ss.; A. CAVALIERE, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, spec. 1464 ss.; R. BLAIOTTA - G. CANZIO, voce *Causalità (diritto penale)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 827 ss.; L. EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1058 ss. e 1071 ss.; M.L. MATTHEUDAKIS, *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bologna, 2020, 200 ss.

<sup>55</sup> Così C. ROXIN - L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., Bd. I, § 11, Rn. 47, 478; A. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, cit., 61.

<sup>56</sup> M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 19 ss, 23 ss. e 153 ss.

<sup>57</sup> V. l'edizione del manuale precedentemente citata, cap. 3, § 11. *Amplius*, per una ricostruzione, cfr., anche con diverse declinazioni, W. FRISCH, *Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2003, 719 ss.; e già ID., *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, in C. ROXIN - G. JAKOBS - W. FRISCH - M. KÖHLER, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, 2000, 19 ss.; I. PUPPE, *Die Erfolgsszurechnung im Strafrecht, dargestellt an Beispielsfällen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, Baden-Baden, 2000, *passim*; B. SCHÜNEMANN, *Über die objektive Zurechnung*, in *GA*, 1999, 207 ss.; H.-J. HIRSCH, *Sulla dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 745 ss.; G. JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal*, Madrid, 1996, 89 ss.; ID., *Bemerkungen zur objektiven Zurechnung*, in *Festschrift für Hirsch*, Berlin-New York, 1999, 45 ss.; E. GIMBERNAT ORDEIG - B. SCHÜNEMANN - J. WOLTER (Hrsg.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, Heidelberg, 1995, 3 ss.

<sup>58</sup> Ricostruire una bibliografia "internazionale" sulla teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento è praticamente impossibile. Si rimanda comunque all'ampia nota bibliografica presente all'inizio del cap. 3 in C. ROXIN - L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., Bd. I.

Qualora il rischio venga diminuito o eliminato dal soggetto agente attraverso una modifica del decorso causale già in atto, in modo da ridurre il pericolo già esistente o incombente per la vittima, contenendo la situazione di esposizione a cui era stato sottoposto l'oggetto materiale del reato, sarà esclusa la possibilità di imputare il fatto all'autore<sup>59</sup>. Parimenti, è da escludere l'imputazione del fatto al suo autore, quando quest'ultimo invece di ridurre il rischio già attivato, sostituisca una situazione o condizione pericolosa già in essere con un'altra che si riveli in ogni caso meno dannosa per il soggetto passivo di quella iniziale<sup>60</sup>. In ogni caso, l'imputazione oggettiva viene meno quando il soggetto agente, pur non riducendo il rischio che incombe sul bene giuridico, non contribuisce tuttavia ad aumentarlo in modo determinante. Il diritto penale non può prendere in considerazione quei rischi minimi correlati ad attività che sono considerate socialmente appropriate<sup>61</sup>.

Se la condotta dell'agente non crea un pericolo significativo per il bene giuridico protetto della fattispecie incriminatrice, l'eventuale risultato lesivo che si verifica non può che essere attribuito, almeno per una sua quota particolarmente consistente, che al puro caso. Al contrario, ne consegue che le deviazioni causali sono trascurabili, e quindi il risultato deve essere comunque imputato all'agente, se l'azione che ha aumentato il pericolo del successivo corso causale in modo giuridicamente rilevante e il risultato che ne è derivato è una realizzazione adeguata del pericolo creato (almeno) da questo tentativo<sup>62</sup>.

Il rischio, poi, deve essere valutato da una prospettiva duplice. Deve essere valutato *ex ante*, nel momento in cui l'agente ha dato inizio alla sua azione, quindi compiendo una valutazione prognostico-postuma sulla probabilità che quella condotta sia in grado di aumentare in maniera rilevante il rischio, operata da un osservatore esterno dotato delle conoscenze di un uomo medio, più quelle ulteriori in possesso del soggetto che agisce nel caso concreto<sup>63</sup>. L'imputazione oggettiva però assume anche un parametro di valutazione – che è una valutazione politico-criminale – successivo, quindi *ex post*, che deve rispecchiare tutto ciò che

---

<sup>59</sup> C. ROXIN - L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., Bd. I, § 11, Rn. 53, 481.

<sup>60</sup> C. ROXIN - L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., Bd. I, § 11, Rn. 54, 482.

<sup>61</sup> C. ROXIN, *La problematica dell'imputazione oggettiva (Die Problematik der objektiven Zurechnung)* in ID., *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1998, 93-94.

<sup>62</sup> J. WOLTER, *Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung – zugleich ein Beitrag zur versuchten Straftat sowie zur subjektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt*, in *ZStW*, Bd. 89, 1977, 649 ss.; D. KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, cit., 302 ss.; nella manualistica H.-H. JESCHECK - T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., 312.

<sup>63</sup> M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 159 ss.; da ultimo, sempre ID., *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1577 ss. In generale, per un bilancio sui rapporti tra prospettiva *ex ante* e imputazione oggettiva, cfr. P. SCHLADITZ, *Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung*, Tübingen, 2021, 145 ss.; S. MIR PUIG, *Die "ex ante" Betrachtung im Strafrecht*, in T. VOGLER (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1985, I, 339 ss.

è esistente al momento del fatto, nel senso che l'imputazione oggettiva richiede un iniziale momento veramente oggettivo in grado di assorbire i richiami ad aspetti individualizzanti tipici di una prospettiva *ex ante*, pur tenendo a questo riguardo separate le fattispecie delittuose colpose e dolose, per il diverso atteggiarsi del rischio e quindi del pericolo. La valutazione della tipicità del fatto si completa tanto con una considerazione *ex post* dei rischi rilevanti, dove assume un ruolo centrale il disvalore d'evento, ma richiede *ex ante* una valutazione della condotta tipica soggettivamente caratterizzata, in cui è possibile ricavare il disvalore d'azione e in cui è espresso lo scopo della norma, cioè la sua funzione di indirizzo<sup>64</sup>.

Ed è proprio la tipicità soggettiva – il dolo e la colpa valutati già a livello del fatto tipico, ma in termini ancora impersonali – ad attribuire in una prospettiva prognostico-postuma rilevanza alla caratterizzazione che subisce il rischio e il pericolo sulla base della rispettiva connotazione psicologica che regge la condotta dell'agente. Anche nei reati di mera condotta e dunque anche nel caso del tentativo, il disvalore d'evento non è assente ma è espresso indirettamente nella stessa materialità della condotta, nella sua carica offensiva<sup>65</sup>. L'emersione del sostrato psicologico, che caratterizza fin dall'origine in maniera diversa i rischi colposi e dolosi, lo si comprende con maggior evidenza nel momento in cui si adotta l'ulteriore criterio dello scopo della norma violata<sup>66</sup>.

La teoria dell'imputazione oggettiva e i suoi criteri sono trasversali tanto alla dimensione oggettiva quanto a quella soggettiva, che li legge congiuntamente nel fatto come aspetti compenetranti della tipicità, che conformano la condotta in determinato senso<sup>67</sup>.

Vi è poi un secondo livello di imputazione, che la esclude in alcuni specifici casi nei quali si registra comunque una condotta negligente da parte di un soggetto che si inserisce in vario

---

<sup>64</sup> Sulla doppia prospettiva *ex ante* ed *ex post* e quindi sulla realizzazione del rischio nell'evento, come già detto, rimane sempre fondamentale il lavoro di Engisch. Sull'importanza del punto di vista *ex ante*, v. ancora M. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 159 ss.; poi P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, 49 ss.; in ambito tedesco, v. B. BURKHARDT, *Tatbestandsmäßigen Verhalten und ex-ante-Betrachtung. Zugleich ein Beitrag wider die Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven*, in J. WOLTER - G. FREUND, *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, 1996, 99 ss. Per una dettagliata ricostruzione storica, cfr. comunque C. HÜBNER, *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*, Berlin, 2004, 154 ss., 180 ss.

<sup>65</sup> Per una applicazione generale del criterio del rischio, non soltanto nei reati dolosi d'eventi, v. sempre le considerazioni di W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, cit., 255 ss. e spec. 290 ss.

<sup>66</sup> Se, nei reati colposi, la *ratio* della norma violata concerne un giudizio di prevedibilità ed evitabilità da adattare ad un *homo eiusdem condicionis et professionis* in relazione all'agente in concreto e riguarda l'obbligo di diligenza, in quelli dolosi invece, in cui il disvalore oggettivo dell'azione è dato dalla materialità del fatto, si possono anche verificare generali doveri di diligenza, ma si prende in considerazione innanzitutto la portata del precetto, quindi del comando o del divieto, che possono identificare il fatto in termini diversi.

<sup>67</sup> M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 11 ss. e 159.

modo nella catena causale. Questo secondo livello afferma in sostanza il principio di autonomia della vittima e la pertinenza alla sfera di responsabilità di un terzo<sup>68</sup>.

La teoria dell'imputazione oggettiva è costruita dunque sul concetto di rischio, che attiene alla stessa tipicità del fatto e diventa così un suo criterio interpretativo, perché si proietta in una dimensione teleologica, rivelando la *ratio* della norma posta a protezione di un determinato bene giuridico, perché aggiunge, condensando istanze giuridiche e politiche, una valutazione normativo-sociale e di valore al fatto<sup>69</sup>. Per rischio lecito (o consentito, permesso) si intende quel comportamento che, pur creando un rischio giuridicamente apprezzabile, rimane comunque nell'ambito della liceità, cioè si tratta di un rischio che il legislatore decide di tollerare<sup>70</sup>. L'imputazione oggettiva presuppone il superamento del rischio permesso e quindi la creazione di un pericolo non consentito<sup>71</sup>.

Il tema del rischio consentito rientra nell'ambito della tipicità e non dell'antigiuridicità o comunque delle cause di giustificazione, perché mentre il rischio consentito si limita ad autorizzare una condotta pericolosa, impedendo che le venga imputato l'eventuale evento lesivo che ne potrebbe derivare, la scriminante autorizza anche l'evento lesivo, anzi addirittura lo richiede e dunque lo giustifica; il rischio consentito permette soltanto la condotta, ma non giustifica il risultato, che come tale rimane sempre impedibile<sup>72</sup>. La scriminante è elemento esterno al tipo e costituisce, secondo autorevole insegnamento, un limite al precetto penale. Il rischio è elemento generalmente interno allo stesso fatto tipico e ne circoscrive l'ambito<sup>73</sup>.

Se si vuole (e si deve oggi) adottare una logica improntata al principio di colpevolezza, il fatto per essere tipico deve essere fin da subito in contrasto con una norma-precetto, che sia in grado di orientare le condotte dei consociati, che sia capace di istruire preventivamente il cittadino riguardo ai suoi spazi di libertà<sup>74</sup>, alla definizione del perimetro di liceità di cui dispone e di indicarli che l'ingresso nell'area della illiceità o in ogni modo di attenzione da parte

---

<sup>68</sup> M. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2ª ed., Barcelona, 2001, 305 ss. e 331 ss.

<sup>69</sup> J. WOLTER, *Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem. Ein normtheoretischer Beitrag zum «Risikoprinzip» von Claus Roxin und zur «wesentlichkeit von Kausalabweichungen»*, in E. GIMBERNAT ORDEIG - B. SCHÜNEMANN - J. WOLTER (Hrsg.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung*, cit., 3 ss. e 21 ss.

<sup>70</sup> V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, cit., 107 ss.

<sup>71</sup> M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 1 ss., 19 ss., 45, 153 ss. Per una disamina della responsabilità per rischio in caso di disastri, v. F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004, 125 ss. e 283 ss.; C. PERINI, *Rischio tecnologico e responsabilità penale. Una lettura criminologica del caso Seveso e del caso Marghera*, in *Rass. it. crim.*, 2002, 389 ss.

<sup>72</sup> U. KINDHÄUSER, *Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1994, 197 ss. e 206.

<sup>73</sup> M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 47 ss. e spec. 49-50.

<sup>74</sup> Per un quadro giusfilosofico, v. J. SCHAPP, *Über Freiheit und Recht*, Tübingen, 2008, 5 ss.

del diritto penale si verifica nel momento in cui attiva un rischio non permesso<sup>75</sup>. Se il nesso di causa riguarda propriamente l'elemento oggettivo e non dipende dalla conoscenza che né ha il soggetto nel momento in cui ha agito perché lo si valuta *ex post facto* con piena efficacia nel processo penale, almeno per quanto riguarda la causalità condizionalistica, il rischio invece deve poter essere valutato dal cittadino prima di agire, quindi *ex ante*, così da conoscere preventivamente se sussistono rischi giuridicamente rilevanti. Dal punto di vista del cittadino, dunque, sarà necessario avere conoscenza dei rischi fin al tempo della condotta per poter regolare le sue azioni e per poter scegliere come agire, senza che gli venga imputato *ex post* un rischio penalmente rilevante non conoscibile<sup>76</sup>.

Il criterio generale – di cui è espressione la teoria dell'imputazione oggettiva – è che la condotta, dopo aver superato un rischio non più lecito, realizzi nell'evento proprio quello specifico rischio non permesso e non un rischio diverso: è questo il nesso di rischio che deve sussistere tra la condotta e il risultato<sup>77</sup>.

Il tema del rischio consentito rappresenta però soltanto la base di partenza da cui prendere le mosse per analizzare il nesso di rischio. È evidente che qualora il rischio risulti permesso fin dall'inizio, non assume rilievo alcuno l'eventuale causazione del risultato lesivo, perché quest'ultimo rimarrà comunque non ascrivibile. Il rapporto di rischio tra condotta e risultato aggiunge un ulteriore criterio di valutazione e collegamento in quei casi di superamento del rischio consentito, cioè di creazione di un rischio non più permesso a cui fa seguito la causazione del danno: nell'evento si deve realizzare il rischio illecito attivato con la condotta colposa o dolosa<sup>78</sup>. Ma il solo fatto che la causazione dell'evento sia dovuta a colpa o a dolo è ancora di per sé insufficiente per imputare quel fatto al suo autore, dovendo sussistere anche un rapporto oggettivo che concerne il legame offensivo ed è accertabile soltanto a

---

<sup>75</sup> M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 68 ss.

<sup>76</sup> M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 69. La tradizione dommatica italiana ha sempre affrontato, anche se con termini diversi, il problema dell'irrelevanza di taluni rischi ricomprendendolo nell'ambito delle concause, quindi sotto la disciplina dettata dall'art. 41 c.p., sul piano oggettivo, prima di esaminare dolo o colpa.

<sup>77</sup> La formula del nesso di rischio riassume in sé l'essenza della funzione della teoria dell'imputazione oggettiva ed è l'aspetto che si è maggiormente affermato: M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, cit., 635 ss.; ID., *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 2-3 e *passim*; v. poi C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, cit., 422 ss.; K. SUMMERER, voce *Evitabilità dell'evento e comportamento alternativo lecito*, in *Enc. dir.*, I, Tematici, *Reato colposo*, 2021, 489 ss. e 497 ss.; A. PERIN, voce *Concretizzazione del (nesso di) rischio*, in *Enc. dir.*, I, Tematici, *Reato colposo*, 2021, 283 ss.; nella manualistica S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 366 ss.

<sup>78</sup> Sulla necessità della *Risikorealisierung* e quindi sul principio del *Risikoerhöhung*, v. C. ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, in *ZStW*, Bd. 74, 1962, 411 ss. e spec. 430: „Man prüfe, welches Verhalten nach den Grundsätzen des erlaubten Risikos dem Täter nicht als Pflichtverstoß hätte zugerechnet werden dürfen. Damit vergleiche man die Handlungsweise des Angeklagten. Und nun stelle man fest, ob bei der konkreten, zur Beurteilung stehenden Sachgestaltung die Chance des Erfolgsintritts durch das unkorrekte Täterverhalten gegenüber dem erlaubten Risiko erhöht worden ist“; B. SCHÜNEMANN, *Über die objektive Zurechnung*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1999, 213 ss.

*posteriori* in sede processuale, anche se non conosciuto o non preso in considerazione dall'agente al momento del fatto. Ed invero, il nesso di rischio consiste proprio in una valutazione riguardante il rapporto di natura normativa e valorativa tra condotta ed evento, al fine di stabilire se l'evento possa ritenersi un fatto proprio del soggetto, oltre alla presenza dell'elemento soggettivo del dolo, della colpa o di altre forme miste<sup>79</sup>.

Il nesso di rischio, che per la sua fisionomia ben si addice ai reati d'evento, è in realtà applicabile, più in generale, anche ai quei reati privi di un evento naturalistico, separati dalla situazione pericolosa, come nel caso dei reati a condotta neutra, ai c.d. reati-ostacolo e alle contravvenzioni e quei reati dove la situazione pericolosa non si concretizza in un evento ma è attribuito della stessa condotta che crea il pericolo, attraverso l'impiego dei mezzi adoperati e alla situazione dell'oggetto su cui ricade l'azione, facendo coincidere gli atti con la situazione pericolosa<sup>80</sup>. Nel delitto tentato sussiste ugualmente un nesso di rischio che è strumentale all'obiettivo preso di mira dal soggetto agente e contribuisce in maniera determinante a definire la sua struttura tipica. Il nesso di rischio, infatti, non deve necessariamente presupporre o contenere la causazione di un evento, potendo anche verificare quella congruenza potenziale della condotta tipica di condurre verso un obiettivo criminoso che poi non si verifica.

2. La possibilità e l'opportunità di estendere i criteri adottati dalla teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento anche ai reati dolosi è da sempre terreno di grande scontro e discussione tra sostenitori e detrattori dell'elaborazione teorica in argomento. Si sostiene, infatti, che la teoria dell'imputazione oggettiva sia pensata per i reati colposi e in particolare per i reati colposi di evento e che non avrebbe senso estenderla anche a quelli dolosi. Gli stessi criteri del rischio consentito, dell'aumento (e della diminuzione) del rischio, dell'accertare un nesso di rischio tra condotta ed evento lesivo, avrebbero chiaramente impresso il marchio del delitto colposo e anche dal punto di vista terminologico tutto ruoterebbe attorno alla struttura della colpa (penale) e al suo accertamento in sede giudiziale<sup>81</sup>. La critica maggiore riguarda la stessa compatibilità del reato doloso con i criteri d'imputazione oggettiva: se sussiste il dolo, che senso avrebbe un valutazione normativa delle soglie di rischio e addirittura una loro effettiva concretizzazione nell'evento, se la condotta posta in essere dall'agente, proprio perché sostenuta dal dolo, cioè

---

<sup>79</sup> M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 41 ss.

<sup>80</sup> M. DONINI, *Nesso di rischio. Il disvalore di azione-evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 1, 25 ss.

<sup>81</sup> Armin KAUFMANN, „Objektive Zurechnung“ beim Vorsatzdelikt?, in T. VOGLER (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, cit., 251 ss.; G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 25 ss.

dalla coscienza e dalla volontà di realizzare quel determinato fatto di reato, è già stata ritenuta dal soggetto in grado di poter realizzare in modo efficace l'obiettivo criminoso preso di mira<sup>82</sup>.

È in particolare l'aspetto volitivo a rappresentare il principale ostacolo ai criteri dell'imputazione oggettiva, perché l'agente, seppur entro limiti però piuttosto ampi, cioè fino a quando è in grado di dominare e controllare il corso delle sue azioni e degli eventi, sarebbe sempre in grado di rincarare la dose per raggiungere il suo fine e per questo sarebbe ossimorico accostare soglie di rischio ad una condotta volontaria, che si "vuole" realizzare. Nei casi, poi, in cui la condotta dolosa non si riveli in grado di realizzare l'evento (nei reati ovviamente che lo contemplano) verrebbero in soccorso alcune classiche disposizioni già presenti nel codice che non necessiterebbero di correttivi interpretativi o sovracostruzioni dommatiche, come la norma sul reato impossibile *ex art. 49 c.p.* o sulle concause sopravvenute da sole sufficienti di cui all'art. 41, comma 2, c.p. E non avrebbe ugualmente senso accertare *a posteriori* un nesso di rischio tra condotta ed evento perché se il risultato non si verifica verranno sempre in rilievo o la norma sul reato impossibile o l'art. 56 c.p. sul tentativo; se poi l'evento che si verifica è diverso da quello voluto dall'agente il problema si risolve in una questione vertente sull'assenza del dolo, nei casi soprattutto di errore sul fatto (art. 47, comma 1, c.p.) o di colpa impropria (simulata) nei casi di *aberratio delicti* monolesiva (art. 83, comma 1, c.p.)<sup>83</sup>.

Tali obiezioni, tuttavia, non convincono e molte di queste sono a ben vedere destituite di fondamento. La critica all'applicabilità della teoria dell'imputazione oggettiva ai reati dolosi si fonda soprattutto sui reati causali puri e non su quelli a forma vincolata dove le modalità di realizzazione del fatto tipico già di per sé individuano determinati tipi di rischio.

Esiste poi una vastissima gamma di reati la cui condotta in un numero – nella prassi – molto elevato di casi si colloca sulla soglia, sul confine tra rischio permesso e non permesso: è il caso di molti reati contro il patrimonio, a partire dal più classico dei reati, il furto, per passare poi alla truffa, all'usura, alla circonvenzione di incapace e financo alla ricettazione e al riciclaggio<sup>84</sup>. Per non parlare poi di alcuni reati contro la pubblica amministrazione, dove la presenza di aspetti normativi extra-penali, in questo caso amministrativistici o più ampiamente pubblicistici, fa da sfondo a condotte la cui illiceità deve essere individuata attraverso una duplice valutazione: si pensi al reato di abuso di ufficio, certamente *ante* riforma e forse anche *post* riforma. Il caso poi dei reati economici, dei reati contro l'incolumità pubblica, contro

---

<sup>82</sup> M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 127.

<sup>83</sup> M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 127-128 e 132 ss. e 136 ss.

<sup>84</sup> In questa direzione, per quanto riguarda il reato di riciclaggio, chiaramente D. GÜRKAN, *Der risikoorientierte Ansatz zur Geldwäscheprävention und seine Folgen. Geldwäschegesetz und Kreditwesengesetz im Lichte von Rechtsdogmatik und Rechtsökonomie*, Berlin, 2019, 95 ss., 109 ss. e 354 ss.

l'ambiente è paradigmatico, perché un nesso di rischio è espressamente richiesto se l'evento non lo si vuole considerare come condizione obiettiva di punibilità, e smentisce le obiezioni contro una estensione della teoria anche ai reati dolosi<sup>85</sup>.

Si dice poi che nei reati dolosi quello che si vuole far passare sotto l'etichetta (forzata) del rischio consentito e del rapporto di rischio sia in fin dei conti una questione che coinvolge in moltissimi casi la stessa tipicità o atipicità del fatto e niente più; nei casi "difficilissimi" la soluzione può essere trovata sul terreno dell'antigiuridicità. Ciò è in parte vero, ma senz'altro riduttivo, perché la sede appropriata per valutare proprio questi aspetti è quella del rischio e del rapporto di rischio, questione che riguarda invero la tipicità del fatto<sup>86</sup>.

E quando si parla di rischio, nell'ambito dei reati dolosi, non si parla di un rischio uguale, come si è già accennato, a quello colposo<sup>87</sup>. Il dolo e quindi il rischio doloso caratterizza il fatto fin dal suo sorgere in modo particolare ed assume in questo modo caratteristiche peculiari rispetto al rischio colposo. La compenetrazione del dolo già nel momento di valutazione dello stesso rischio fa assumere a quest'ultimo caratteristiche specifiche che lo differenziano da

---

<sup>85</sup> Si sofferma sul ruolo del rischio nei reati societari, soprattutto in una prospettiva *de iure condendo*, L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Milano, 1997, 460 ss., in particolare sul conflitto di interessi come criterio propedeutico di tipizzazione della condotta di infedeltà patrimoniale, individuando proprio nell'innalzamento del rischio al quale l'agente consapevolmente va incontro, a fronte di un interesse confliggente, la base su cui costruire, in prospettiva di riforma, la fattispecie di infedeltà, e prima *de iure condito*, 75 ss., 92 ss. e 98 ss., sulla critica alla semplice sussistenza di posizioni formali in contrapposizione per fondare un dovere di astensione e sui rapporti con la sottostante disciplina civilistica.

<sup>86</sup> M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 129-130.

<sup>87</sup> L'impostazione teorica fino a qui seguita (principalmente, nel contesto dommatico italiano: M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 307 ss., 350 ss. e 408 ss.; ID., *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 19 ss.) considera, invece, l'esistenza di un denominatore strutturale di pericolosità della condotta comune sia al dolo che alla colpa e quindi presuppone una selezione preliminare dei rischi, una misura minima di percezione dei rischi individuabile *ex ante* identica per la natura dolosa o colposa della condotta. Sempre secondo M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 312: «Laddove un fatto è punibile a titolo sia di dolo che di colpa, in altri termini, non è l'atteggiamento del volere a decidere della misura minima della rilevanza penale della condotta sotto il profilo della sua pericolosità, o idoneità lesiva. C'è quindi una prima *selezione* dei rischi, la quale avviene, appunto, a livello della sola "sfera rappresentativa" e non di quella volitiva». Posizione ripresa e ribadita in ID., *Teoria del reato*, cit., 266 ss.; ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 211-212. Il momento rappresentativo sarebbe quindi il medesimo tanto per la colpa quanto per il dolo e quindi, a prescindere dal diverso titolo soggettivo, entrambe le forme comporterebbero il superamento di un identico livello di rischio lecito, per quanto riguarda la rappresentazione della pericolosità della condotta in relazione all'evento. Per contro, si ritiene che il dolo (e quindi il rischio doloso) caratterizzi il fatto fin dal suo sorgere in modo particolare ed assume in questo modo caratteristiche peculiari rispetto al rischio colposo. La compenetrazione del dolo già nel momento di valutazione dello stesso rischio fa assumere a quest'ultimo caratteristiche specifiche che lo differenziano da quello colposo e neanche sul piano strettamente oggettivo di imputazione può sussistere una base di rischi comune tanto alla colpa quanto al dolo. L'oggetto del dissentire riguarda, nello specifico, l'esistenza di una base o misura di rischio comune a dolo e colpa, senza che questa possa essere influenzata in alcun modo dalla natura della condotta posta concretamente in essere dal soggetto agente. Per il resto, superato il "primo livello" del rischio, di selezione dei rischi, dove riveste un ruolo importante anche l'atteggiamento del volere, la divergenza si ricompone agevolmente, nel senso che, ad ogni modo, in un secondo livello di valutazione, è chiaro che di fronte ad una condotta commissiva dolosa non ci si chiede se il comportamento alternativo lecito avrebbe cagionato ugualmente oppure no l'evento voluto dallo stesso soggetto agente; a questo punto, in ogni caso, una volta superato il momento di imputazione "oggettiva" strettamente inteso, il rischio doloso e colposo non si atteggiavano più allo stesso modo: v. M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 128 e 131.

quello colposo e neanche sul piano strettamente oggettivo di imputazione può sussistere una base di rischi comune tanto alla colpa quanto al dolo<sup>88</sup>. Il fatto nasce già doloso o colposo; la famosa affermazione del «non c'è dolo senza colpa» si rivela doppiamente sbagliata perché conduce alla ricerca dapprima della colpa nel dolo e poi del dolo nella colpa<sup>89</sup>. Il fattore di rischio, che, come tale, precede la causa, è in sostanza una causa in potenza e quindi ogni condizione è stata precedentemente un fattore di rischio che si è successivamente attivato, ma la modalità con cui questo rischio è stato attivato ne delinea di conseguenza anche la sua identità<sup>90</sup>: non si tratta però di una valutazione soggettiva in senso proprio, ma sempre di una valutazione oggettiva, sebbene da intendersi in senso lato, perché non personale<sup>91</sup>. La valutazione del rischio non dimostra il dolo, ma la dimostrazione del dolo rende il rischio giuridicamente rilevante e ne consente un apprezzamento utile per quelli che sono gli scopi propri del diritto penale.

---

<sup>88</sup> Questo però non vuole dire che così procedendo si arrivi a sovrapporre elementi oggettivi e soggettivi a tal punto da prospettare soltanto due conseguenze: o si presume alla fine il dolo e quindi tutto l'oggettivo lo si ricostruisce "a cascata" oppure, al contrario, ci si proietta verso un iper-soggettivismo; ci può essere questo pericolo, che è emerso soprattutto nel contesto dommatico tedesco da parte degli esponenti della c.d. *Bonner Schule*, allievi di Welzel (soprattutto E. STRUENSEE, *Der Subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts*, in *JZ*, 1987, 21 ss. e Armin KAUFMANN, „Objektive Zurechnung“ beim Vorsatzdelikt?, in T. VOGLER (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, cit., 251 ss.), ma l'impostazione sistematica che si intende patrocinare muove, per una sua parte consistente, da un impianto dommatico ben diverso. Ed invero, la diversità tra rischio colposo e doloso la si può cogliere già in una dimensione oggettiva della tipicità, partendo da una costruzione separata delle fattispecie di reato. La rilevanza del rischio colposo o doloso non è propriamente soggettiva; è soggettivo il "motivo" della loro imputazione, ma la loro valutazione rimane su di un piano oggettivo, inteso in senso lato, all'intero della struttura del reato colposo o doloso.

<sup>89</sup> G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della imputazione oggettiva dell'evento e trasfigurazione nella colpevolezza?*, cit., 3 ss.

<sup>90</sup> È chiaro, poi, che la stragrande maggioranza di questioni inerenti al rischio consentito si risolvono immediatamente sul terreno della tipicità, senza coinvolgere la giustificazione del reato e quindi le scriminanti, che vengono in rilievo soltanto nel caso in cui i beni giuridici in conflitto posseggano un valore elevato: M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, cit., 649 ss. Lo stesso Autore distingue due forme di rischio consentito: una prima intrinseca alla teoria della *objektive Zurechnung* che agisce sulla tipicità e riguarda le condotte originariamente lecite e una seconda forma di rischio effettivamente scriminante che riguarda quelle condotte di per sé illecite, ma successivamente permesse attraverso una concessione o autorizzazione: ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 28; su questa distinzione v. anche le considerazioni di A. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000, 434 ss. Sulla questione della non impedibilità della condotta di colui che agisce coperto da una causa di giustificazione, intesa come sanzione nei confronti di una precedente condotta illecita, cfr. G. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, 1960, VI, 619; C.F. GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964, 134 ss.; M. GALLO - P. SEVERINO DI BENEDETTO, voce *Antigiuridicità penale*, in *Enc. dir.*, 1988, II, 7.

<sup>91</sup> Cfr., sul punto, l'articolata posizione di D. OEHLER, *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, Berlin, 1959, 72 e 74: „Deshalb setzt es immer bei dem Willen des Handelnden und den Zwecken an, die mit der Tat verbunden sind. Auch der Begriff des Ursachenzusammenhangs im Strafrecht darf sich aus diesem Grunde nicht am Sachverhalt, sondern vielmehr am Zweck oder den möglichen Zwecken der Handlung ausrichten. Der Kausalzusammenhang muß zwar nach der Bedingungslehre dahin geprüft werden, ob er überhaupt gegeben ist, er ist aber nur tatbestandsmäßig und damit strafrechtlich relevant, soweit die objektive Bezweckbarkeit der Handlung überhaupt reicht“; tuttavia, *contra*, l'Autore ritiene, nell'ambito di una impostazione decisamente oggettivistica, che: „Diese objektiv-finale Relevanz ist für vorsätzliche und fahrlässige Handlungen gleich. Die relevante Kausalreihe einer fahrlässigen Handlung kann deshalb niemals über die der entsprechenden vorsätzlichen Tat hinausreichen“.

Il rischio è strettamente legato alle conoscenze in possesso del soggetto agente e non può esistere una base di rischi uguale per una condotta dolosa e colposa; nei reati dolosi la conoscenza del rischio è imprescindibile ed è proprio questo aspetto che rende illecita quella condotta. L'essenza della tipicità, il suo nucleo fondante e dirimente, e quindi per questo oggettivo, non può caratterizzare nella stessa misura sia l'illecito colposo che quello doloso, perché già sul piano della rappresentazione non può esistere una misura minima uguale di rilevanza dei rischi. E non si può, del pari, circoscrivere la differenza tra struttura dolosa e colposa soltanto alla presenza o all'assenza dell'elemento volitivo<sup>92</sup>.

Il problema non riguarda tanto l'esistenza in sé del rischio, perché fattori di rischio "dormienti" sono presenti sempre e ovunque, negli ambiti più disparati, sono i c.d. rischi ubiquitari: dall'attività lavorativa nell'impresa, alle condizioni di salute del singolo, alle più svariate tipologie di interazione sociale, agli scambi economici, al traffico stradale e così via. Si tratta di rischi che sono senz'altro esistenti oggettivamente, quindi al di là della conoscenza o quantomeno della percezione che ne può avere il singolo soggetto. Ma questi rischi oggettivamente esistenti, che a questo livello possono essere indifferentemente attivati da una condotta colposa o dolosa, sono ancora rischi che non rientrano nella soglia del penalmente rilevante, sono rischi che se rimangono a questo livello appunto oggettivo non interessano al diritto penale, perché sono rischi permessi, semmai difficilmente tollerati o comunque, in una

---

<sup>92</sup> Proprio partendo dalla consapevolezza di una differenza *ab origine* della condotta colposa da quella dolosa, meritano apprezzamento i tentativi – alcuni dei quali si traducono in costruzioni teoriche assai complesse e raffinate – da parte della dottrina tedesca di ricercare un coefficiente normativo del dolo, sulla possibilità di distinguere tra "rischi colposi" e "rischi dolosi", in particolare per distinguere la forma del dolo eventuale dalla colpa cosciente. I principali e probabilmente anche i più completi di questi tentativi sono le teorie sviluppate da Wolfgang Frisch, Rolf Dietrich Herzberg e da Ingeborg Puppe che sostanzialmente, abbandonando le teorie volitive, si concentrano sul versante della rappresentazione, utilizzando il "rischio" come oggetto del dolo. Per Frisch (*Vorsatz und Risiko*, cit., 57 ss., 208 ss., 255 ss., 341 e 482 ss.; anche ID., *Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung-am Beispiel der AIDS-Diskussion*, in K. GEPPERT - D. DEHNICKE (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer*, Berlin - New York, 1990, 544 ss.), l'oggetto del dolo è rappresentato proprio da un comportamento conforme al fatto tipico (*tatbestandsmäßiges Verhalten*), in cui il rischio doloso, insito nella condotta delittuosa, deve essere conosciuto da parte dell'agente *ex ante*, fornendo in questo modo allo stesso soggetto la consapevolezza dell'illiceità della sua condotta e deve trattarsi esternamente di un rischio non più tollerato. Secondo la teoria del pericolo non schermato (*unabgeschirmte Gefahr*) di R.D. HERZBERG, *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes*, in *JuSch - Juristische Schulung*, 1986, 249 ss. e 255 ss.; ID., *Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewussten fahrlässigen Verhalten*, in *JZ*, 1988, Teil 2, 635 ss., invece, è la connotazione di tipo normativo che assume la situazione pericolosa – quindi dal punto di vista dell'illecito oggettivo – ad essere decisiva: il soggetto agente, affinché possa palesarsi un rischio doloso, deve poter riconoscere quel rischio, che quindi non è più schermato, e prenderlo sul serio. Più articolata la proposta contenuta in I. PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, in *ZStW*, Bd. 103, 1991, 1 ss., 14 ss. e 40 ss.; ID., *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, 1992, 32 ss. e 73 ss., la quale, partendo dall'analisi delle caratteristiche intrinseche al rischio colposo e doloso, definisce quest'ultimo rischio come quello che il soggetto decide di correre solamente qualora concordi con la sua verifica e quindi il pericolo doloso (*Vorsatzgefahr*) che ne consegue sarebbe quello che un uomo razionale genera con la certezza o la probabilità che si verifichi l'evento lesivo.

certa misura, problematici per il singolo individuo o per la collettività, ma pur sempre leciti<sup>93</sup>. Il riferimento alla sola esistenza di rischi generici ed ubiquitari non ha alcuna rilevanza per la comprensione dell'illecito penale<sup>94</sup>.

Soltanto il superamento del rischio ne delinea una identità che caratterizza anche il modo di rappresentarsi la situazione pericolosa, la pericolosità della condotta<sup>95</sup>. Il caso dei reati aggravati dall'evento, al di là delle frizioni con il principio di colpevolezza, dimostra che non basta una generica pericolosità, una pericolosità intrinseca della condotta base per imputare l'evento aggravante, ma occorre, perché il fatto possa ritenersi tipico, una concreta pericolosità strettamente legata alle circostanze della situazione concreta.

L'argomentazione della presenza di una carica di "idoneità degli atti" *ex art. 56 c.p.* o più ampiamente di una "idoneità dell'azione" *ex art. 49, comma, 2, c.p.* comune tanto all'illecito colposo quanto a quello doloso e quindi di una analogia strutturale tra pericolosità della condotta colposa e di quella dolosa, per cui, se l'agente prima della consumazione ha posto in essere atti idonei diretti in modo non equivoco, la sua condotta dolosa qualora non fosse sorretta dalla volontà di cagionare l'evento, ad essa si potrebbe imporre comunque il rispetto di specifiche regole cautelari, appare un accostamento improprio<sup>96</sup>. Questo perché, come detto, è la stessa identità e la misura del pericolo ad essere diversa ed anche perché questa diversità è direttamente percepibile. L'idoneità dell'atto, cioè l'impiego del mezzo, richiede necessariamente un secondo termine di relazione: l'atto non è mai idoneo in sé, ma è idoneo (ed univoco eventualmente) rispetto ad un determinato fine; è l'intenzione criminosa che crea

---

<sup>93</sup> Un "identico" livello di rischio esiste (può esistere) prima, quando il rischio è ancora circoscritto nell'ambito della liceità, del consentito, anche se questa misura del rischio è ancora giuridicamente irrilevante. Osserva sempre M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 337-338: «L'intenzione di ledere il bene, quando si mantenga (o si mantenga ancora) nei limiti del rischio lecito, non è tanto "diligente" – è forse diligente un atto preparatorio? – quanto oggettivamente inidonea, inadeguata, o ancora troppo genericamente idonea. In altri termini: mentre la violazione di una regola cautelare è essenziale alla tipicità della condotta colposa *perché* a quest'ultima è essenziale la non volontarietà dell'evento lesivo e la possibilità di un controllo finalistico della condotta stessa atto a prevenirlo, nel dolo la direzione finalistica degli atti rispetto al risultato conferisce loro un significato che non può essere scorporato concettualmente *mediante* le nozioni della prudenza o della cautela. Il rimprovero che si muove all'agente doloso non presuppone mai che gli si dimostri la *possibilità di evitare* il risultato *tenendo una specifica condotta doverosa*: ciò che invece, anche processualmente, è ineludibile per l'imputazione della colpa. All'interno di un rischio lecito, pertanto, l'atteggiamento interiore non assurge neppure alla qualifica del "dolo" o della "colpa", perché manca di tipicità lo stesso possibile oggetto del dolo o della colpa».

<sup>94</sup> Nell'illecito doloso, ancora meno che in quello colposo, una selezione oggettiva di rischi che però sono ancora irrilevanti ha scarsa rilevanza pratica: W. FRISCH, *Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2003, 729 ss., anche se la posizione è, almeno in parte, condizionata dal fatto che nel sistema penale tedesco anche il tentativo inidoneo è punibile, modificando l'attenzione che viene rivolta agli aspetti che devono (dovrebbero invece) caratterizzare la condotta.

<sup>95</sup> Ovviamente l'illecito doloso non può essere compreso soltanto attraverso la componente volitiva, cioè attraverso la realizzazione del volere dell'agente, come invece sembra intenderlo A. PAGLIARO, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 802-803, senonché è esatta la conclusione a cui giunge l'Autore, nel limitare l'esigenza della prevedibilità ai solo reati colposi e a non richiederla nei confronti degli eventi dolosi.

<sup>96</sup> Così, invece, M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 329 ss.; ID., *Teoria del reato*, cit., 114-115 e 252 ss.

e gestisce l'idoneità e la rende tale, senza tralasciare l'ulteriore aspetto che proprio nel corso dell'*iter criminis*, nel passaggio tra preparazione, tentativo e consumazione è necessaria la presenza di un ulteriore impulso di volontà<sup>97</sup>.

Ma prima ancora, sul piano oggettivo, la potenzialità della condotta colposa di realizzare l'evento lesivo può essere apprezzata soltanto *a posteriori* dopo che quell'evento si è effettivamente verificato. Nella condotta dolosa invece il soggetto agente struttura fin dal principio la causalità verso una precisa (o abbastanza precisa) direzione ed è proprio questa organizzazione finalistica della causalità a qualificare la condotta dolosa, e il pericolo che essa genera è contraddistinto dalla decisione di ledere il bene giuridico protetto in spregio agli interessi tutelati dall'ordinamento giuridico, dalla piena consapevolezza quindi nella creazione (e quindi accettazione) di un rischio illecito che spesso diventa subito "pericolo" e dal consenso verso la verifica di quell'evento<sup>98</sup>.

Nell'analisi del reato colposo, la sua dogmatica insegna che esiste una pluralità di agenti modello, che calata nel caso concreto, deve permettere di definire la quantità e il perimetro del dovere esigibile: questa "misura" di rappresentabilità ritagliata sull'*homo eiusdem conditionis et professionis* definisce il dovere che ha il soggetto agente di rappresentarsi la pericolosità della condotta<sup>99</sup>; la valutazione sulla prevedibilità del verificarsi dell'evento lesivo dovrà tenere in conto anche quelle che sono le conoscenze ulteriori di cui l'agente concreto possedeva, senza per questo far perdere importanza alle conoscenze nomologiche nel definire il livello oggettivo di diligenza (*objektiv erforderliche Sorgfalt*), che rimangono comunque fissate nel perimetro di quell'agente modello, cioè le conoscenze ulteriori dell'autore rimangono comunque contenute nell'ambito dei rischi definito dal perimetro conoscitivo nomologico dell'agente modello. Questa rappresentabilità o riconoscibilità, invece, cambia per quanto riguarda la tipicità oggettiva del delitto doloso, dove nel giudizio affidato ad un osservatore esterno ed esperto, che

---

<sup>97</sup> Nella direzione sostanzialmente qui seguita, A. PAGLIARO, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 803: [N]el delitto tentato la prevedibilità dell'evento sostituisce l'evento stesso, e perciò è necessaria se non si vuole un diritto penale della volontà; ma, una volta che l'evento si sia verificato effettivamente, e cioè nel delitto consumato, diventa superfluo richiederla [...]. [A]l contrario, è di esaminare quali requisiti possano, da un punto di vista normativo, essere considerati identici alla vera e propria volontà dell'evento».

<sup>98</sup> La norma precauzionale trova la sua ragion d'essere nell'illecito colposo, rappresentandone un profilo essenziale per definirne la tipicità, proprio perché in queste forme di illecito ciò che evidentemente manca è proprio una direzione in senso finalistico degli atti: S. CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989, 121 ss.; ID., voce *Preterintenzione*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, 694 ss. e spec. 710 ss. Questa organizzazione finalistica dei fattori eziologici innescati permette all'agente di acquisire un dominio sul fatto, a differenza della condotta colposa che invece si contraddistingue per la perdita di dominio sul fatto, che impedisce una valutazione omogenea dei rischi, ma non si tratta soltanto di una questione di malizia e quindi di maggiore insidiosità, anche se questo aspetto è ovviamente presente.

<sup>99</sup> S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, 100; sulla pluralità degli agenti modello, v. G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 237 ss.

si servirà di tutte le conoscenze empiriche a disposizione, si prenderanno in considerazione le circostanze reali riconoscibili e quelle ulteriori effettivamente possedute dall'agente e si opererà sulla base di parametri scientifici e sociali riassumibili in sostanza in una valutazione complessiva di adeguatezza<sup>100</sup>.

La stessa necessaria valutazione di un grado soggettivo della colpa contribuisce a specificare meglio la distinzione sull'identità tra rischio colposo e doloso: lo stesso rischio consentito, che a questo livello – e solo a questo livello – può ancora essere definito comune, uguale, perché generico, è ciononostante già percepito in maniera diversa dall'agente e con una intensità e predisposizione differente a seconda che questo agisca con colpa o con dolo, perché in quest'ultimo caso la situazione pericolosa è creata volontariamente e non avrebbe senso prendere in considerazione conoscenze o capacità inferiori o superiori che riguardano il soggetto agente in concreto<sup>101</sup>.

Non è in discussione il fatto che nel valutare l'idoneità degli atti ai sensi dell'art. 56 c.p. si debba prendere in considerazione anche le eventuali conoscenze superiori possedute dall'agente, ma queste conoscenze si atteggiavano in maniera differente a seconda che si debba valutare la rilevanza di un rischio colposo o doloso. Il minimo comune denominatore della pericolosità della condotta non può essere individuato nella misura oggettiva della colpa, perché nel reato colposo le conoscenze ulteriori possedute dall'agente non operano al di fuori dell'ambito delle conoscenze esigibili dall'agente modello, rimangono sempre nel perimetro di doveri esigibili da quell'agente modello, mentre nel reato doloso le conoscenze superiori si sommano semplicemente a quelle conoscibili *ex ante*<sup>102</sup>.

Ed invero, proprio nelle molteplici attività pericolose di base lecite, cioè quelle attività che per le loro caratteristiche, pur essendo portatrici di rischi e di rischi anche piuttosto considerevoli, sono comunque permesse dall'ordinamento e che sono disciplinate da regole specifiche, quindi da obblighi di diligenza codificati, vi possono essere casi la cui verifica di un evento lesivo può essere sostenuta dal dolo, senza che, in sua assenza, possa muoversi un rimprovero per colpa e che dimostrano il rapporto da *aliud a aliud* tra i due stati soggettivi<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 101.

<sup>101</sup> S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 102.

<sup>102</sup> In argomento, cfr. G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 237 ss. e 267 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 516 ss. e 560 ss.; A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011, 147 ss.; M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1, 124 ss.

<sup>103</sup> S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 114-115, ricomprendendo poi tutti quei casi limite di rischio formalmente non permesso, ma nella prassi tollerato o di generale abitudine a un fattore di rischio.

La questione, infine, dello sfruttamento doloso delle conoscenze superiori è decisiva. Vi può, infatti, essere una situazione ritenuta dalla totalità (meno uno o meno alcuni) dei consociati assolutamente inoffensiva, perché si pensa rientri nei limiti del rischio consentito, mentre una persona è in possesso di conoscenze specifiche e particolari, che sfrutta per raggiungere uno scopo criminoso, rendendo in realtà quella situazione pericolosa; ma il pericolo può essere percepito, proprio per le sue conoscenze superiori, soltanto dal soggetto agente<sup>104</sup>. L'aspetto che riguarda la conoscenza del rischio è fondamentale: se vi è una conoscenza del rischio allora l'agente potrà essere in dolo, ma se questa conoscenza facesse difetto potrebbe mancare anche la colpa. La stessa differenza tra una condotta lecita ed una illecita può dipendere dalla conoscenza del rischio.

Il dolo e la colpa, per poter uscire dai confini dell'etica e per farsi categorie penalistiche, devono sì possedere necessariamente un livello e una relativa dimensione del pericolo di tipo oggettivo, ma non necessariamente questa base di rischio oggettiva deve essere comune ad entrambi. Le differenze sulla rappresentabilità del pericolo *ex ante* coinvolgono gli aspetti nomologici, le conoscenze esigibili dai relativi soggetti agenti e quelle da questi effettivamente possedute. È necessario, dunque, partire dal presupposto che esiste una pluralità di dimensioni oggettive, senza per questo solo motivo, farle diventare soggettive<sup>105</sup>: nel senso, più precisamente – aspetto che con maggior facilità si riesce a cogliere nell'ambito di una costruzione separata delle fattispecie di reato – che fin dall'origine la struttura dell'illecito colposo è diversa da quella dell'illecito doloso, perché innanzitutto differisce la valutazione normativo-valorativa delle diverse sfere e tipologie di rischio imputabili all'autore, sicché, salvo casuali corrispondenze, non potrà esistere una condotta dolosa, la quale, se venisse meno la volontà dell'evento, integrerebbe un rischio di per sé rilevante per una imputazione colposa.

Molte delle questioni che riguardano l'illecito doloso connesse con il concetto di rischio e qui ricomprese nell'alveo dell'imputazione oggettiva sono state sovente affrontate nell'ambito della adeguatezza sociale, uno dei lasciti, di stampo curiosamente oggettivo, della teoria finalistica welzeliana<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> È questione, dunque, che riguarda la conoscenza del rischio ma anche la competenza per un determinato rischio e il dovere di attivarsi per gestirne o prevenirne l'attivazione.

<sup>105</sup> S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 103-104.

<sup>106</sup> F. RUPPERT, *Die Sozialadäquanz im Strafrecht. Rechtsfigur oder Mythos?*, Berlin, 2020, 25 ss. e 103 ss. L'aspetto rilevante riguarda la relazione che intercorre tra alcuni contenuti della teoria dell'imputazione oggettiva e quella dell'adeguatezza sociale, avendo Welzel anticipato alcuni di quei contenuti collocandoli già nella dimensione oggettiva del fatto tipico. V. anche I. GOECKENJAN, *Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung. Eine Analyse zurechnungsausschließender Topoi beim vorsätzlichen Erfolgsdelikt*, Tübingen, 2017, 90 ss.

Come evidenziato, tra gli altri, proprio da Roxin e Jakobs, la teoria dell'imputazione oggettiva affonderebbe almeno in parte le sue radici proprio in alcuni postulati fatti propri dall'adeguatezza sociale, con la quale intratterrebbe, per taluni aspetti, una stretta relazione, in particolare al fine di circoscrivere proprio l'ambito del tipo penale nei casi in cui l'affidamento al dogma causale conduca ad una sua eccessiva estensione<sup>107</sup>. Anche a Welzel risultava dunque evidente la necessità che alcune questioni inerenti alla tipicità oggettiva dovevano essere risolte su quel piano e che l'accertamento della sussistenza del dolo sarebbe risultata di per sé sola insufficiente<sup>108</sup>. Sia dal punto di vista storico come da quello dommatico, il principale punto di congiuntura tra le due elaborazioni si rinviene nella relazione tra adeguatezza sociale e rischio consentito. Questa relazione presenta fin da subito caratteristiche comuni sul piano del disvalore d'evento e sulla valutazione della condotta<sup>109</sup>: il punto di partenza concerne allo stesso modo la produzione di un risultato lesivo, ma la differenza tra i due concetti si ridica proprio sul grado di esposizione al pericolo del bene giuridico. Per Welzel, la differenza tra rischio consentito e adeguatezza sociale sarebbe sostanzialmente di tipo quantitativo e non qualitativo e risiederebbe nel maggior grado di pericolo per il bene giuridico nel caso di un rischio consentito, arrivando ad affiancare quest'ultimo concetto con quello delle cause di giustificazione<sup>110</sup>.

Seguendo il pensiero dell'Autore tedesco, tutte le condotte che si pongono in essere possiedono un significato specifico nella vita sociale e si realizzano nel contesto di un ordine sociale che i consociati si sono dati. Sono pertanto socialmente adeguate quelle azioni che rientrano nelle attività che si realizzano nella vita sociale di una comunità secondo un ordine condizionate che gli appartenenti a quella comunità hanno stabilito. L'adeguatezza sociale come concetto onnicomprensivo impedirebbe al diritto penale di intervenire ogniqualvolta, pur essendo minacciati beni giuridici rilevanti, questi si rivelerebbero utili o addirittura essenziali

---

<sup>107</sup> C. ROXIN, *Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht*, in G. KOHLMANN (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag. Strafrecht, Prozessrecht, Kriminologie, Strafvollzugsrecht*, Köln, 1983, 303 ss. e spec. 311; G. JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München, 1992, 29.

<sup>108</sup> E. GIMBERNAT ORDEIG, *¿Qué es la imputación objetiva?*, in *EPenCr - Estudios penales y criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, 1987, X, 167 ss.; M. MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992, 149. Sull'adeguatezza sociale come aspetto normativo della teoria finalistica: M. CANCIO MELIÁ, *Los orígenes de la teoría de la adecuación social en Welzel*, in *ADPCP - Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1993, 2, 697 ss. e 729: «[L]a teoría de la adecuación social era en los albores del finalismo un embrión de una verdadera teoría general de la imputación objetiva. En el ámbito de la imputación del resultado, el finalismo continuó desarrollando con posterioridad a la propuesta inicial – si bien de manera limitada a los delitos imprudentes – dentro del “deber objetivo de cuidado” los criterios materiales planteados en la adecuación social».

<sup>109</sup> Nella letteratura italiana, v. C. FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966, 233 ss.; G. GREGORI, *Adeguatezza sociale e teoria del reato*, Padova, 1969, 178 ss.

<sup>110</sup> H. WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts* (1939), in ID., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, cit., 518; v. al riguardo anche H.J. HIRSCH, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, in *ZStW*, Bd. 74, 1962, 78 ss. e spec. 88.

ad un ordinato sviluppo della società e per questo motivo tali condotte non possiedono un disvalore sociale<sup>111</sup>.

L'adeguatezza sociale riguarda quelle situazioni che, pur compromettendo il bene giuridico, vengono compiute da soggetti sulla base di determinate funzioni che possiedono una funzione socialmente e generalmente riconosciuta facendo così venire meno il disvalore del risultato, stante la loro utilità sociale. Sono queste azioni ordinarie e prevedibili verso le quali l'adeguatezza sociale agisce impedendone l'ingresso nell'ambito della tipicità<sup>112</sup>; agisce come criterio di selezione delle condotte e soprattutto dei risultati penalmente rilevanti nell'agire sociale ordinario, come limite etico-sociale e politico-criminale dello stesso fatto tipico: il suo scopo è quello di restringere l'ambito di operatività in concreto del precetto penale<sup>113</sup>. Il rischio consentito, invece, agisce, secondo Welzel, nei casi in cui la situazione pericolosa o potenzialmente pericolosa non possa *ex ante* essere prevista e ciononostante la produzione del risultato lesivo sia conseguenza o comunque si inserisca nel solco di un'azione la cui finalità è adeguata socialmente e quindi l'evento, realizzato in un contesto permesso, non può essere imputato al soggetto agente né a titolo di dolo né per colpa<sup>114</sup>.

Si pensi, ad esempio, alla doppia fase di valutazione concernente tanto l'adeguatezza sociale quanto il rischio consentito nei casi di *Ingerenz*, cioè di quel comportamento pregresso che crea una situazione pericolosa, in conseguenza della quale sorge (o potrebbe sorgere) una posizione di garanzia in capo al soggetto che l'ha realizzato o provocato<sup>115</sup>.

L'impostazione welzeliana, pur partendo nel caso della *soziale Adäquanz* da presupposti oggettivi, pone però in risalto, in linea con i postulati della sua teoria finalistica dell'azione, l'inscindibile legame tra disvalore d'azione e disvalore d'evento: in effetti, nei casi di rischio consentito il disvalore del risultato non può trovare un suo fondamento se viene separato dal

---

<sup>111</sup> H. WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts* (1939), in ID., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, cit., 491 ss. e 516 ss., pare quindi che l'Autore voglia dissociare un pericolo per l'evento, che rimarrebbe sempre esistente, anche se il suo verificarsi non è penalmente tipico, dal disvalore d'azione. Sul tema, v. anche la prima parte del saggio di H. ROEDER, *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechenbau*, Berlin, 1969, 13 ss.

<sup>112</sup> H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 9. Aufl., Berlin, 1965, 50-51.

<sup>113</sup> Si tratta sostanzialmente dell'approdo finale a cui è giunta la teoria dell'adeguatezza sociale, oggi intesa principalmente come criterio di interpretazione teleologica di tipo restrittivo di talune fattispecie incriminatrici, escludendo dall'alveo del penalmente rilevante quelle condotte socialmente permesse o tollerate: H. ROLDÁN BARBERO, *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, Córdoba, 1992, 65 ss., 151 ss. e 169 ss.

<sup>114</sup> M.Á. RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto*, Barcelona, 2001, 235 ss.

<sup>115</sup> Su questi aspetti, cfr. L. HERBERTZ, *Die Ingerenz. Eine Garantenpflicht aus Gefährdungsunrecht*, Berlin, 2020, 69 ss., 72 ss. e 171 ss., anche per ulteriori richiami alla letteratura e alla giurisprudenza tedesca.

disvalore della condotta, poiché un'azione finalisticamente indirizzata può esistere solamente se le conseguenze costituiscono oggetto della volontà di realizzazione<sup>116</sup>.

La distinzione operata da Welzel tra adeguatezza sociale e rischio consentito, pur non potendo essere del tutto condivisa – innanzitutto perché la differenza non è soltanto quantitativa – coglie però nel segno quando pone in evidenza una distinzione sostanzialmente di tipo cronologico nel senso che l'adeguatezza sociale precede, viene prima del rischio consentito, è una valutazione che si assesta ad un livello che è inferiore rispetto a quello che riguarda il rischio consentito, quindi ad una valutazione giuridico-normativa della tipicità; il rischio consentito riguarda il fatto tipico, la valutazione sull'adeguatezza sociale della condotta è qualcosa che viene prima o dopo il fatto, cambiandone il contenuto, in virtù di una possibile discrepanza che può esistere tra la vigenza della norma penale e la considerazione sociale predominante di quel fatto ancora sussunto a fattispecie di reato, a disposizione vigente<sup>117</sup>.

Interessante proprio a tale riguardo è la tesi proposta da Manfred Maiwald, il quale ritiene che tra rischio consentito e adeguatezza sociale intercorra una differenza che coinvolge anche la stessa loro funzione giuridico-penale: il rischio permesso si atteggia come concetto puramente formale attraverso il quale si permette una condotta generalmente pericolosa, mentre l'adeguatezza sociale spiega il motivo per il quale quella condotta viene tollerata dall'ordinamento giuridico, sulla base di considerazioni di tipo politico-sociale<sup>118</sup>. Per Maiwald, non vi sarebbe un operare cronologico susseguente e crescente, a seconda dell'identità e del grado del pericolo, tra rischio consentito e adeguatezza sociale, ma i due concetti non sarebbero opposti e rappresenterebbero rispettivamente l'aspetto giuridico-formale e il suo motivo o contenuto valutato socialmente per il quale non si punisce un determinato fatto<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> M.Á. RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, cit., 237-238. La maggior importanza che riveste oggi il rischio consentito a discapito dell'adeguatezza sociale, come ricorda Roxin, è senz'altro condivisibile e da incentivare, perché la figura dell'azione socialmente adeguata rimanda a concetti quali l'etica sociale che difficilmente possono svilupparsi su di un piano prevalentemente oggettivo. Il concetto di rischio consentito, al contrario, consente all'interprete e al giudice di fare uso di criteri oggettivi ed essenzialmente di natura giuridica: C. ROXIN - L. GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., Bd. I, § 10, Rn. 33/42, 395 ss.

<sup>117</sup> Così soprattutto J.M. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en derecho penal*, Madrid, 1995, 85 ss., il quale considera l'adeguatezza sociale come una causa straordinaria di esclusione dell'antigiuridicità, qualora emerga una discrepanza palese tra il divieto contenuto nella fattispecie e la considerazione sociale predominante al momento del fatto. Sulla necessità di tenere separate le due categorie dell'adeguatezza sociale e del rischio consentito, cfr. anche K. LACKNER - K. KÜHL, *StGB - Strafgesetzbuch*, cit., Vor § 32, Rn. 29, 291-292.

<sup>118</sup> M. MAIWALD, *Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs „erlaubtes Risiko“ für die Strafrechtssystematik*, in T. VOGLER (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, cit, I, 408 ss.

<sup>119</sup> M. MAIWALD, *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, a cura di V. Militello, Torino, 1993, 177. Per un quadro approfondito, v. W. PREUSS, *Untersuchungen zum erlaubten Risiko*, cit., 97 ss.; C. PRITWITZ, *Strafrecht und Risiko*, cit., 292-293, con ulteriori richiami.

In verità, la differenza tra rischio consentito e adeguatezza sociale è necessario ricercarla sia sul piano quantitativo sia su quello qualitativo, cercando di sciogliere le intersezioni che legano i due concetti<sup>120</sup>. Il rischio consentito, lungi dall'essere soltanto un criterio formale, effettua in realtà una valutazione di tipo giuridico e su basi normative circoscrive l'ambito di non operatività di una determinata fattispecie incriminatrice e, a fronte di una situazione rischiosa, caratterizzata quindi dalla presenza di un rischio, stabilisce un limite di tollerabilità per soddisfare esigenze o funzioni superiori o comunque necessarie. L'adeguatezza sociale, invece, opera ad un livello inferiore al rischio consentito e permette azioni che di per sé non sono rischiose né pericolose, proprio perché socialmente adeguate<sup>121</sup>; l'adeguatezza, dunque, si attegga principalmente come criterio interpretativo di segno restrittivo, avvicinandosi in sostanza ad una valutazione dell'offensività in concreto, basata però su parametri prevalentemente sociali, quindi come limite previo ed esterno alla fattispecie, mentre il rischio consentito, nell'ambito dell'imputazione oggettiva, agisce, in presenza di rischi, come limite interno al fatto tipico.

3. Le sopraesposte premesse sull'impiego dei criteri d'imputazione oggettiva permettono di convogliare più agevolmente anche sul terreno delle forme di manifestazione del reato criteri normativi di imputazione<sup>122</sup>, affiancandoli, sia nel caso della compartecipazione criminosa ma anche, con i doverosi aggiustamenti, al delitto tentato, rispettivamente all'accertamento del contributo causale del correo e alla valutazione della carica potenziale dell'offesa<sup>123</sup>. Partendo dal tentativo, si è già avuto modo di porre in evidenza il fatto che il lessico impiegato, soprattutto dalla giurisprudenza, per definire il concetto di idoneità degli atti riecheggia comunque – nonostante le espresse prese di distanza di buona parte della dottrina in base all'argomento della mancanza di uno dei termini del rapporto eziologico – il linguaggio del modello causale<sup>124</sup>.

---

<sup>120</sup> Limita la distinzione tra i due concetti soltanto ad un aspetto di tipo quantitativo, intendendo come adeguate socialmente quelle condotte che non sono portatrici di alcun rischio e, per contro, il rischio permesso con riguardo alle sole azioni nelle quali un rischio è già presente e (ancora) governabile U. KINDHÄUSER, *Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit*, cit., 197 e 215.

<sup>121</sup> Questo vuol dire anche, come sostiene H.J. HIRSCH, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, cit., 93 ss. e spec. 96, che ci sono anche casi di rischio consentito socialmente inadeguato: „es gibt auch Fälle sozialinadäquaten erlaubten Risikos“.

<sup>122</sup> Sui confini della macro-categoria delle forme di manifestazione del reato, ampiamente indagata dalla dottrina sia italiana che tedesca, cfr. L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., 26 ss., 34 ss. e 41 ss. L'utilità che può derivare, peraltro, dall'impiego di questi criteri è ulteriormente evidenziata dai casi di presenza congiunta di clausole di incriminazione suppletiva.

<sup>123</sup> Cfr., in particolare, A. PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966, 48 ss.; F. ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Indice pen.*, 1977, 403 ss.

<sup>124</sup> V. cap. I, par. 4; nella letteratura tedesca, sul rapporto causale nel tentativo e nel concorso di persone, v. in particolare F. DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, Berlin, 1996, 45 ss. e 191 ss.

Nel concorso di persone, poi, se è assolutamente indispensabile accertare l'esistenza di un effettivo legame causale-condizionalistico, è anche necessario prendere in considerazione il fatto in concreto, tenendo in considerazione tutte le modalità rilevanti e quelle che possono comportare l'applicazione di una circostanza aggravante<sup>125</sup>. Ma se la formula condizionalistica è la base di partenza imprescindibile per individuare il contributo concorsuale punibile<sup>126</sup>, è parimenti vero, ed evidenziato a più riprese da vasti settori della dottrina, che la sola formula della *condicio* conduce ad esiti radicali, quindi o troppo estesi o troppo limitati, non essendo in grado di ricomprendere condotte di partecipazione senza dubbio rilevanti, ma che non sono in grado di condizionare la realizzazione concorsuale del reato, oppure nel caso di esecuzione frazionata o ancora nel caso in cui più azioni derivanti da soggetti diversi contribuiscano in modo reciproco alla produzione di un certo effetto, conferendo così al fatto plurisoggettivo una forza attiva alla fine maggiore.

Anche se la questione eccede in buona parte i confini di questa ricerca, è bene, anche per i riflessi che può avere in tema di tentativo, verificarne sommariamente l'applicazione, affinché si possa definire con maggiore precisione i coefficienti minimi della responsabilità penale e soprattutto l'applicazione del principio di responsabilità per fatto proprio.

In tema di concorso di persone nel reato, i casi più complessi e controversi dove testare l'impiego dei criteri di imputazione normativa sono senz'altro quelli che riguardano le c.d.

---

<sup>125</sup> Il nesso di condizionamento nella compartecipazione non viene in rilievo solo come criterio (principale) di imputazione dell'evento inteso in senso naturalistico in capo a tutti i concorrenti nel reato, ma principalmente come criterio di tipizzazione delle condotte dei correi: M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale* <sup>3</sup>, vol. II, Art. 85-149, cit., Art. 110, 40/46, 154; espressamente anche G. INSOLERA, voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 458 ss. e spec. 462: «Nel concorso il riferimento eziologico gioca su due piani, uno pertinente all'imputazione dell'evento, l'altro alla tipizzazione del contributo punibile». Sul tema della rilevanza anche di quella condotta che possa comportare almeno l'applicazione di una circostanza aggravante M. DONINI, *La partecipazione al reato*, cit., 220-221 e 237 ss. Il fatto di porre ancora oggi a fondamento della regolamentazione codicistica del concorso personale nel reato ex art. 110 c.p. il dogma causale-condizionalistico e quindi l'equivalenza delle condizioni non può più essere accettato e si rivela del tutto insostenibile. Peraltro, già la disciplina dell'art. 110 c.p. è affetta da profonda incoerenza, ulteriormente confermata dalla disciplina di cui all'art. 114 c.p., nel momento in cui sottopone, muovendo dall'esigenza che il contributo dei singoli compartecipi risulti condizionale rispetto all'evento, almeno formalmente tutti i correi alla medesima pena edittale. Proprio se così fosse, cioè se il contributo concorsuale per essere tale dovesse essere condizionale rispetto all'evento o ad un'altra condotta, sul piano sanzionatorio dovrebbe valere il principio opposto, a meno che sia impossibile accertare l'entità del contributo, ma questo accertamento è espressamente richiesto. Lo stesso art. 114 c.p., nonostante e al di là della scarsissima o pressoché inesistente applicazione che trova nella prassi, palesa l'esistenza di altri criteri di imputazione, di tipo valutativo, come quello dell'«importanza». Le ragioni, dunque, di una parificazione sanzionatoria devono essere ricercate di certo non sul terreno della dommatica. *Amplius* sul punto v. l'analisi di M. DONINI, *La partecipazione al reato*, cit., 175 ss. Più di recente, v. il saggio di M. HELFER, *Il concorso di più persone nel reato. Problemi aperti del sistema unitario italiano*, Torino, 2013, 58 ss., 72 ss. e 105 ss.

<sup>126</sup> Ribadito chiaramente da Cass. pen., Sez. unite, 12 luglio 2005, n. 33748, Mannino, in *Foro it.*, 2006, II, 80 ss. Calata la questione nel contesto penalistico e criminologico italiano, la strada per individuare soluzioni equilibrate ed accettabili si complica ulteriormente in relazione ai reati associativi e soprattutto alla criminalità di stampo mafioso. In argomento, si rimanda a G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, 2° ed., Milano, 2008, 398 ss., 431 ss. e spec. 457 ss. sul problema delle c.d. condotte contigue. Riguardo alle «condotte di agevolazione» come ipotesi concorsuale, v. G. DENORA, *Condotta di agevolazione e sistema penale*, Napoli, 2006, 185 ss. e 199 ss.

azioni neutrali (*neutrale Handlungen*)<sup>127</sup> e quelli, simili, di connivenza. Per “azioni neutrali”, beninteso, non si intendono quei casi che pur essendo in linea teorica punibili a titolo di concorso, per le loro particolari caratteristiche o per ragioni di natura politico-criminale, non assumo rilevanza per il diritto penale, ma si intendono quelle azioni che già di per sé, per le loro caratteristiche o per il contesto in cui si svolgono, si situano in una “zona grigia”, in uno spazio di incertezza tra la rilevanza o l’irrelevanza penale; si tratta di azioni apparentemente lecite – e, in alcuni casi, del tutto “legittime” – che solitamente vengono utilizzate o sfruttate da terzi per finalità invece illecite. La costellazione di casi è molto ampia e può assumere a seconda dei casi implicazioni giuridiche differenti: si pensi, ad esempio, al titolare di un esercizio commerciale che venda regolarmente uno strumento, un attrezzo od una sostanza ad un cliente che successivamente lo impiega per la commissione di un reato, oppure al consiglio dato dal professionista ad un cliente che poi lo sfrutta per raggiungere scopi non consentiti.

Il tema delle azioni neutrali nel concorso personale è stato ampiamente studiato dalla dottrina tedesca con particolare acume e approfondimento, essendosi dovuta confrontare anche con casi di grande rilievo e con soluzioni adottate nel diritto pretorio piuttosto controverse<sup>128</sup>.

---

<sup>127</sup> Cfr. H. NIEDERMAIR, *Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen*, in *ZStW*, Bd. 107, 1995, 507 ss.; M. WOHLLEBEN, *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, München, 1997, *passim*; H. KUDLICH, „*Neutrale Beihilfe*“ bei der Mitwirkung an der Sicherung der innerdeutschen Grenze – BGH NJW 2001, 2409; in *JuS*, 2002, 751 ss.; ID., *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*, Berlin, 2004, *passim*; A. HARTMANN, *Sonderregeln für die Beihilfe durch „neutrales“ Verhalten?*, in *ZStW*, Bd. 116, 2004, 585 ss.; P. RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, Frankfurt a.M., 2007, *passim*; nella letteratura spagnola, v. I. BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Granada, 2001, *passim*; J.-M. LANDA GOROSTIZA, *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”. Contribución al “límite mínimo” de la participación frente a los “actos neutros”*, Granada, 2002, 65 ss., 88 ss. e 134 ss.

<sup>128</sup> Il primissimo caso – forse uno dei più noti –, giudicato dall’*International Military Tribunal IMT*, il Tribunale militare Alleato istituito a Norimberga per processare i criminali di guerra del regime nazista, fu quello che nel 1947 vide coinvolto il colosso industriale tedesco della chimica *I.G. Farben* di Francoforte sul Meno. I vertici dell’industria chimica e delle società da essa controllate vennero accusati di aver creato una alleanza economico-industriale stabile con il regime nazista, partecipando attivamente alla deportazione di milioni di persone al fine di ridurle in schiavitù per impiegarle poi nei campi di lavoro o come cavie su cui condurre esperimenti. L’accusa principale, che più di tutte le altre chiama in causa le azioni neutrali, fu però quella che riguardava la produzione dello *Zyklon B*, agente fumigante a base di acido cianidrico, impiegato nelle camere a gas dei campi di sterminio nazisti. Questo famigerato gas che si scatenava da granuli veniva prodotto da due società, entrambe sussidiarie e controllate proprio dalla *I.G. Farben*, che a partire dal 1941 fu sistematicamente venduto alle *Schutzstaffel SS* del campo di concentramento di Auschwitz e di altri campi per l’uccisione sistematica delle persone internate, eliminando per questo scopo la sostanza irritante che fungeva da segnalatore, su richiesta delle stesse *SS*, rendendolo così impercettibile. I vertici delle aziende coinvolte cercarono di giustificare le loro azioni, sostenendo che si trattasse di “azioni neutrali”, cioè di una normale attività commerciale senza deliberati scopi illeciti, dicendosi ignari dell’utilizzo criminale che il regime poi ne faceva all’interno dei campi. Cfr. *United States v. Krauch (USMT, case no. 6, 1948)*, in *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10*, vol. 7, 1 ss. e *United Kingdom v. Tesch, BMT, 1946*, in *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 1, 93 ss. Un altro caso, altrettanto noto, verificatosi all’inizio degli anni Novanta, fu il *Dresdner Bank-Fall*, caso giunto fino all’attenzione del Tribunale costituzionale tedesco nel 1994, che riguardava le condotte tenute a più riprese da diversi dipendenti della *Dresdner Bank* che avevano consentito a clienti facoltosi di trasferire, attraverso operazioni complesse e l’acquisto di prodotti finanziari coperti dall’anonimato, ingenti somme di denaro all’estero, in Paesi con fiscalità pressoché assente o agevolata, con lo scopo di frodare il fisco; v. A.

È proprio nell'ambito delle azioni neutrali, che con la virata compiuta dalla dottrina tedesca a partire dall'inizio degli anni Settanta verso la riscoperta del normativismo, dopo il periodo in cui il finalismo si era eretto a fulcro teorico dell'illecito penale nel contesto d'Oltralpe e in parte anche al di fuori, si assiste ad una progressiva trasposizione dei criteri della *objektive Zurechnung* verso l'ambito del concorso personale nel reato, al fine di stabilire, sul piano oggettivo, il coefficiente minimo della compartecipazione, per taluni in sostituzione dell'accertamento del nesso causale, per altri in ausilio a quest'ultimo.

Sul piano delle teorie di stampo oggettivistico, il primo criterio (e anche quello più datato) impiegato per discernere la rilevanza penale o meno delle *Alltagshandlungen* fu quello del c.d. divieto di regresso. Tralasciando la lunga storia sull'evoluzione del *Regreßverbot*<sup>129</sup> e passando alla sua ultima e più completa formulazione presentata da Jakobs, la lettura della teorica in discorso muove dal presupposto che il perimetro di responsabilità penale del singolo debba essere ritagliato su quella che è la sua propria sfera di competenza in base al "ruolo sociale" ricoperto dal soggetto<sup>130</sup>; partendo allora da ciò, il precipitato che ne consegue è quello di una cesura del nesso causale-condizionalistico nel caso in cui un terzo soggetto agente si serva per i suoi scopi criminosi del contributo neutrale di un terzo, cioè di una attività che è conforme al ruolo sociale rivestito. Il comportamento tenuto dal soggetto terzo, se non eccede la sua sfera di competenza e si mantiene in conformità al suo ruolo sociale, genera in questo modo una *scheinbare Beteiligung*, una compartecipazione soltanto apparente, poiché tale condotta viene superficialmente indiziata di illiceità, senza tuttavia essere realmente illecita, a causa del comportamento tenuto successivamente dall'agente, che si serve di quella attività prestata per scopi illeciti<sup>131</sup>. Questo comportamento "neutrale" non amplia la sfera di competenza del terzo, a meno che questo non ricopra una posizione di garanzia verso il bene giuridico minacciato, cosa difficile se si tratta di consiglio tecnico-professionale e addirittura di una normale azione quotidiana: prevenire o impedire la commissione di future azioni criminose

---

RANSIEK, *Pflichtwidrigkeit und Beihilfeunrecht – der Dresdner Bank-Fall und andere Beispiele*, in *Wistra*, 1997, 41 ss.

<sup>129</sup> Sul punto, sia consentito rinviare a Riccardo ORLANDI, *Concorso nel reato e tipicità soggettiva eterogenea. Il concorso colposo nel reato doloso*, in *Arch. pen.*, 2020, 2, 17 ss.; cfr., da ultimo, E. MEZZETTI, *Autore del reato e divieto di «regresso» nella società del rischio*, Napoli, 2021, 125 ss. e 154 ss.

<sup>130</sup> G. JAKOBS, *Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1996, 260 ss. e 265 ss.

<sup>131</sup> G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin - New York, 1983, 24. Abschn., Rdn. 15/21, 578 ss.; H.H. LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt a.M. - Bern - New York - Paris, 1992, 278 ss.; M. WOLFF RESKE, *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung. Ein Beitrag zu den Grenzen der Beihilfe strafbarkeit*, Baden-Baden, 1995, 129 ss.

non compete, invero, a soggetti che svolgono una attività lavorativa o professionale che non rientri tra quelle deputate a tale specifico scopo<sup>132</sup>.

E proprio nell'ambito delle azioni neutrali si manifesta un ulteriore e specifico intreccio tra adeguatezza sociale e rischio consentito, dove si assiste ad una maggiore concretizzazione dei due concetti, in particolare del primo, che assume i contorni di una adeguatezza professionale (*professionelle Adäquanz*) o comunque tecnica proprio in relazione a quei comportamenti tenuti dal professionista che sono conformi non tanto al sentire sociale ma più specificamente alle *leges artis* proprie di una determinata attività o di un settore socio-economico, regole che possono anche essere, almeno in parte, positivizzate come nel caso delle diverse discipline deontologiche<sup>133</sup>.

Ma l'intreccio si infittisce ulteriormente andando a coinvolgere apertamente anche il delitto tentato in molti casi limite o di difficile soluzione, quando soprattutto il terzo è sì a conoscenza del proposito delittuoso del soggetto agente, ma nel momento in cui fornisce il contributo "neutrale" si può essere certi del fatto che quella frazione di condotta la si possa ancora collocare nell'ambito della fase preparatoria e non nella fase esecutiva, andandosi peraltro a scontrare con i limiti posti dall'art. 115 c.p. sulla possibilità di configurare (e punire) un tentativo in una manifestazione delittuosa plurisoggettiva<sup>134</sup>. Né può valere, al riguardo, l'argomentazione che fa leva sulla forza normativa che può avere il contesto, sostanzialmente ai confini della liceità, entro cui si inseriscono le due condotte, perché questo contesto,

---

<sup>132</sup> Preoccupazioni politico-criminali, in particolare per scongiurare il pericolo di lasciare vuoti di tutela o spazi di tolleranza per intrecci a maglie troppo larghe, a fronte anche di una casistica assai variegata di "azioni neutrali", alcune delle quali hanno ben poco di neutrale, ha condotto la dottrina ad affinare in ambito concorsuale i criteri per discernere con maggiore flessibilità l'effettiva partecipazione al reato altrui, sovrapponendo criteri oggettivi e soggettivi, soprattutto di tipo valutativo giuridico-sociale. Secondo la teoria della c.d. solidarizzazione (*Solidarisierung*) è necessario assumere a metro di giudizio alcuni fattori tanto oggettivi quanto attinenti all'aspetto psicologico per comprendere se effettivamente il soggetto terzo, coinvolto indirettamente dalla condotta criminosa successiva dell'agente, abbia effettivamente con lui in qualche modo solidarizzato. Questa solidarizzazione e quindi un conseguente giudizio di responsabilità a titolo di concorso si avrebbe ogniquale volta il terzo che tiene una condotta (apparentemente) neutrale non faccia propria, con il suo comportamento concomitante o immediatamente susseguente, la condotta delittuosa altrui sul piano sia materiale che psichico, se tale comportamento, costituisce sul piano sociale una situazione intollerabile, sulla base della prossimità eziologica e spazio-temporale al fatto e del superamento degli *standard* ordinari che riguardano l'attività svolta: H. SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 50 ss. e 63 ss.; W. FRISCH, *Beihilfe durch neutrale Handlungen – Bemerkungen zum Strafgrund (der Unrechtskonstitution) der Beihilfe*, in C. PRITWITZ - K. GÜNTHER - L. KUHLIN (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Baden-Baden, 2002, 539 ss. e 544 ss.

<sup>133</sup> W. HASSEMER, *Professionelle Adäquanz – Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung*, in *Wistra*, 1995, 81 ss. Se il professionista o l'esercente, dunque, si mantiene al di sotto di questa soglia rappresentata appunto dall'adeguatezza professionale i suoi comportamenti possono dirsi neutrali e per questo sottratti al magistero punitivo, mentre, qualora travalichi questi limiti, potrà configurarsi una attribuzione di responsabilità a titolo concorsuale, perché risulterebbe palese l'intento agevolatore nella commissione del reato.

<sup>134</sup> Sulle questioni che riguardano sostanzialmente il limite inferiore del delitto tentato, con particolare riferimento all'istigazione e al tentativo di concorso, si rinvia a L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., 215 ss. e 263 ss.

nonostante la rivelazione e quindi la conoscenza del proposito criminoso, rimarrebbe comunque di base lecito, in assenza di altri elementi, anche di tipo oggettivo, che indichino in maniera univoca la volontà del soggetto terzo – comunque assai difficile da dimostrare – di voler partecipare al fatto altrui.

L'impiego allora di criteri di stampo normativo per individuare dapprima l'inizio della condotta punibile e quindi i suoi corollari in materia di tentativo e successivamente per correggere il pericolo di una estensione eccessiva e, in fin dei conti, cieca della responsabilità a titolo di concorso si rileva assolutamente necessario per stabilire con maggiore certezza i limiti della responsabilità qualora un soggetto sfrutti la prestazione di un terzo per finalità illecite. Partendo proprio dal principio di responsabilità per fatto proprio e per fatto proprio colpevole *ex art. 27, 1° comma, Cost.*, quindi in una più ampia dimensione assiologica, la stessa teoria dell'imputazione oggettiva abbisogna in una fase anteriore all'imputazione del risultato di una delimitazione normativa, dell'impiego di criteri addizionali che forniscano un contributo decisivo alla definizione del disvalore d'azione.

Il criterio del rischio si presenta, ad una attenta analisi, sempre come criterio-guida per cercare di individuare l'esistenza di un "rischio di azione" e quindi di un "rischio di offesa"<sup>135</sup> che sia capace di attribuire i connotati della pericolosità alla situazione che i compartecipi pongono in essere: si pensi alla percezione che i terzi possono avere di un aumento del rischio o della creazione di un rischio nella caso di vendita di oggetti o strumenti pericolosi che possono essere fin dall'inizio idonei per delinquere o nel caso in cui questa vendita avvenga in violazione di regole di condotta<sup>136</sup>.

Parallelamente al tema delle condotte neutrali, si colloca quello simile della connivenza e del suo confine con la complicità punibile, dove anche in questo caso il criterio del rischio può apportare un contributo decisivo nella definizione della condotta punibile: si pensi, a colui che assiste ad un reato senza impedirlo, quindi alla connivenza data dalla sola presenza del soggetto sul luogo di commissione del reato, ma soprattutto ai casi di connivenza che si collocano già in contesti illeciti, dove la perpetrazione di un reato (istantaneo, permanente

---

<sup>135</sup> A. BONDI, *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, cit., 371-372.

<sup>136</sup> Il ruolo rivestito dal concetto di rischio nel delimitare le condotte penalmente rilevanti riguarda spesso in questi casi la pericolosità del bene ceduto, la creazione di una situazione pericolosa *ex novo* per la quale si rivela, anche dal punto di vista della prossimità spazio-temporale, indispensabile e decisivo l'apporto fornito dal terzo, che accresce in modo rilevante l'esposizione a pericolo dei beni giuridici protetti. È ovvio poi che, in una prospettiva teleologica, l'aumento del rischio debba essere accompagnato da un coefficiente psicologico che può essere soltanto il dolo di partecipazione e un legame di tipo psichico che coinvolga il complessivo piano criminoso.

o abituale) è già in corso e lo rimane per un lasso di tempo apprezzabile, come nel caso dei reati di esercizio abusivo della professione e soprattutto di detenzione di sostanze stupefacenti<sup>137</sup>.

## II.

4. Per poter affrontare in modo corretto il rapporto tra imputazione oggettiva e delitto tentato è necessario primariamente chiarire un grande equivoco che pare ancora oggi percorrere buona parte della letteratura italiana in tema di tentativo: si tratta della posizione del dolo nell'analisi degli elementi del delitto tentato. La centralità e l'importanza della questione è pari alla frequenza del suo fraintendimento. Ed invero, la variabile che coinvolge la scansione temporale dell'accertamento delle componenti oggettive e soggettive del fatto è data principalmente dal tipo di reato e per questa ragione vi sono casi nei quali, come nel tentativo, è necessario muovere dalla considerazione della dimensione soggettiva prima di accertare quella oggettiva, se non altro perché verrebbe proprio a mancare un termine di riferimento in assenza dell'evento, ma allo stesso modo una simile scansione non andrebbe ad incidere sulla natura oggettiva dell'idoneità degli atti, anche nel caso in cui si proceda a ricostruire l'elemento della idoneità o pericolosità sulla base delle conoscenze superiori che il soggetto agente possedeva<sup>138</sup>.

Salvo isolate eccezioni, ad oggi la dottrina maggioritaria, come si è già avuto modo di evidenziare, antepone la trattazione degli elementi oggettivi – così definiti e interpretati –, e quindi idoneità ed univocità, al dolo del tentativo<sup>139</sup>. Anche coloro che, in netta minoranza, anticipano con riguardo al delitto tentato, l'analisi del dolo rispetto ai criteri dell'idoneità e dell'univocità non ne spiegano in modo chiaro la ragione e trattano i vari elementi come se fossero compartimenti stagni e tra loro schermati da una sorta di incomunicabilità<sup>140</sup>. È questa una particolarità tutta italiana che non trova eguali negli altri ordinamenti penali europeo-continentali e che viene variamente e anche vagamente giustificata in virtù di una sua maggiore

---

<sup>137</sup> In argomento, v. M.N. MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Padova, 2013, 46 ss. e 97 ss. Per quanto riguarda la giurisprudenza di legittimità, cfr., *inter alia*, Cass. pen., Sez. IV, 20 novembre 2020, n. 34754, in *C.E.D. Cass.*, 280244; Cass. pen., Sez. IV, 15 novembre 2019, n. 52116, *ivi*, 278064.

<sup>138</sup> V., da ultimo, anche per le evidenti ricadute pratiche di tale approccio, F. VIGANÒ - M. MIEDICO - T. TRINCHERA, *Studiare sui casi. Materiali integrativi per il corso di Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2020, 39 ss.

<sup>139</sup> S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., 936-937.

<sup>140</sup> Tra i pochi che antepongono l'accertamento del dolo nel tentativo rispetto ai requisiti dell'idoneità e dell'univocità o comunque la finalità alla quale tendeva il soggetto agente, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*<sup>3</sup>, vol. I, Art. 1-84, cit., Art. 56, 6/8, 588-589; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*<sup>11</sup>, cit., 479; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., 590 ss.; C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 533; A. NAPPI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 807; poi F.R. ARCIULI, *Il delitto tentato*, 2007, 64.

conformità al principio di offensività e, più in generale, perché ritenuta maggiormente in sintonia con la tradizione oggettiva su cui si fonda(-erebbe) il diritto penale italiano<sup>141</sup>.

L'evidente insostenibilità di tale impostazione ha portato più di recente una parte della dottrina ad una ingegnosa "mossa del cavallo", anticipando l'elemento dell'univocità rispetto a quello dell'idoneità degli atti, perché, così facendo, si riuscirebbe meglio a comprendere il delitto preso di mira dall'agente, rimanendo sempre su un piano obiettivo di valutazione. Come si riesca poi a stabilire se un atto è univoco rispetto al delitto preso di mira dall'agente su un piano soltanto obiettivo di valutazione rimane un mistero<sup>142</sup>.

Procedendo con ordine, la prima questione che deve essere risolta riguarda un aspetto di natura semantica. Si dice che una parte della dottrina interpreta il sintagma «atti [...] diretti in modo non equivoco» in senso processuale, come se si trattasse quindi di una norma di natura processuale e non sostanziale, poiché il suo accertamento avverrebbe nel corso del processo e sarebbe effettuato dal giudice; proprio per questa ragione il criterio della direzione non equivoca costituirebbe un criterio di prova, ricavabile anche *aliunde* o comunque sfruttando tutti i mezzi di prova che il codice di rito mette a disposizione e non di "essenza", dal momento che si aprirebbe alla possibilità di trascendere da una stretta valutazione oggettiva della condotta, dalle sue intrinseche caratteristiche. Si aggiunge ulteriormente che, se interpretata in senso "processuale", l'univocità dovrebbe rappresentare *ex art. 56 c.p.* la richiesta di conseguire un elemento probatorio, inserendo nella norma sul tentativo aspetti impropri ed inconsueti concernenti i lineamenti dell'acquisizione di elementi di prova<sup>143</sup>. Tale argomentazione è priva di significato: è come dire che le disposizioni di cui agli artt. 40, 43 o 85 e ss. c.p. sono di natura processuale perché sono questioni che si accertano e si provano nel processo. È ovvio che se nel caso concreto *sub iudice* l'accertamento del nesso eziologico tra condotta ed evento si presenta incerto, sarà in sede processuale, nel corso del procedimento penale che se ne accerterà l'eventuale esistenza attraverso, ad esempio, lo svolgimento di una perizia. La cosa non cambia per il tentativo: a meno che l'univocità degli atti non si debba rivelare attraverso canali trascendentali, è chiaro che se vi sono questioni controverse queste vadano dipanate nel corso

---

<sup>141</sup> È frequente, negli altri sistemi penali europei l'attribuzione di una maggiore importanza all'elemento soggettivo rispetto all'analisi della frazione di condotta materiale; al di là di fughe in avanti in senso marcatamente soggettivistico, è cosa ovvia che nel tentativo, a causa della sua particolare struttura, si accerti primariamente il fine criminoso.

<sup>142</sup> V. cap. I, par. 4.

<sup>143</sup> G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 505; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 362; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 330-331; G. DE VERO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., 642-643; v. anche D. NOTARO, *Tentativo*, in G.A. DE FRANCESCO (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato*, II, *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo - C.E. Paliero, Torino, 2011, 105-106.

del processo e seguendo le sue regole. In sede processuale non si prova soltanto il dolo, ma si deve provare anche che gli atti erano idonei ed univoci<sup>144</sup>. Non esiste una sede di valutazione sostanziale ed un'altra processuale.

Si è sostenuto, con eccessiva disinvoltura e cadendo in un vortice di contraddizioni, che un atto valutato oggettivamente deve essere già di per sé, e prima che si accerti il fine criminoso che l'agente aveva come obiettivo, in grado di esprimere il carattere dell'univocità<sup>145</sup>: secondo questa tesi, già prima di accertare il secondo termine della relazione, e dunque il reato che il soggetto agente aveva intenzione di commettere, è possibile accertare *a priori*, soltanto sul piano oggettivo e guardando alle modalità con cui si è manifestata la condotta, il carattere non equivoco degli atti<sup>146</sup>. Una siffatta posizione si scontra con il fatto che una condotta valutata soltanto sul piano esclusivamente oggettivo presenta una intrinseca pluridirezionalità che non può essere risolta altrimenti se non assumendo come secondo termine di relazione quello che è il fine criminoso a cui tende il soggetto agente<sup>147</sup>. A ciò si obietta che l'univocità, come espressione di una modalità della condotta, deve essere esaminata con le stesse regole di giudizio degli altri elementi che in ogni fattispecie vanno a costituire il fatto tipico<sup>148</sup>.

Per quanto riguarda la prima obiezione, il fatto che l'elemento dell'univocità contribuisca a delineare la tipicità della condotta di tentativo, insieme al requisito dell'idoneità, è vero soltanto in parte: la peculiarità del tentativo impone una valutazione bifasica della direzione degli atti attinente *in primis* alla dimensione soggettiva e successivamente a quella oggettiva, facendo dell'elemento dell'univocità, come si dirà meglio nel prosieguo, un criterio dal contenuto inevitabilmente eterogeneo che si muove su una doppia dimensione soggettiva-oggettiva<sup>149</sup>. E si è così giunti ad un nodo cruciale.

La direzione degli atti alla commissione di un delitto deve esistere tanto sotto il profilo soggettivo quanto dal punto di vista oggettivo: in capo al soggetto agente deve esserci coscienza e volontà di realizzare l'atto che conduce alla realizzazione del delitto e questo legame finalistico, per non punire il semplice pensiero, deve emergere chiaramente anche sul piano

---

<sup>144</sup> Osserva A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., 601: «È indubbio che il requisito dell'univocità degli atti abbia una certa attinenza con il problema della prova: tanto che, se in sede sostanziale si reputa adempiuto il requisito dell'univocità, non si potrà in sede processuale considerare non provato che gli atti erano diretti al fine criminoso (purché, naturalmente, sia provato il dolo del tentativo)».

<sup>145</sup> Così, soprattutto, G.A. DE FRANCESCO, *Fatto e colpevolezza nel tentativo*, cit., 713-714; ID., *Sul tentativo punibile*, cit., 256; posizione poi ripresa da D. GUIDI, *Il tentativo punibile: modelli di tipizzazione e nodi interpretativi*, in *Criminalia*, 2009, 533 ss. e spec. 548 ss.

<sup>146</sup> Così D. GUIDI, *Il tentativo punibile: modelli di tipizzazione e nodi interpretativi*, cit., 552.

<sup>147</sup> G. MONTANARA, voce *Tentativo (Diritto vigente)*, cit., 124.

<sup>148</sup> D. GUIDI, *Il tentativo punibile: modelli di tipizzazione e nodi interpretativi*, cit., 552-553.

<sup>149</sup> V. ampiamente *infra* par. 8.

obiettivo e quindi deve essere percepibile anche da parte di un osservatore esterno<sup>150</sup>. È vero quindi che se viene a mancare l'univocità la condotta non può dirsi tipica, ma è altrettanto innegabile che la dimostrazione della direzione non equivoca degli atti verso un determinato fine criminoso non può non riguardare il problema della prova<sup>151</sup> ed è proprio su questo aspetto che si innesta un enorme fraintendimento: si confonde la prova del dolo con la prova della direzione non equivoca degli atti<sup>152</sup>. Sono due aspetti diversi e il loro accertamento deve restare separato, senza rappresentare un pleonasma.

Stabilire primariamente il fine criminoso, cioè il delitto che l'agente ha intenzione di realizzare da utilizzare come secondo termine di relazione per valutare se gli atti sono idonei ed univoci, non vuol dire raggiungere la prova del dolo, ma è un aspetto che riguarda soltanto l'oggetto del dolo e il suo atteggiamento in relazione ai criteri dell'idoneità e dell'univocità. La prova del dolo, invece, potrà essere raggiunta con ogni mezzo, come avviene per l'accertamento del dolo in generale, quindi anche sulla base delle circostanze oggettive del fatto. Il finalismo della condotta non coincide con il dolo, perché può riguardare anche atti che non sono ancora tipici, nemmeno parzialmente tipici<sup>153</sup>.

Se non viene risolta l'identità del secondo termine di relazione, come si può in modo ragionevole, ricostruire, soltanto sulla base della sua estrinsecazione oggettiva, il carattere univoco dell'atto? Non è soltanto una questione di pluridirezionalità verso un gruppo di reati, ma, prima ancora, è una questione che riguarda la stessa rilevanza penale di quegli atti, che potrebbero risultare, per quanto "scomposti", assolutamente leciti<sup>154</sup>. Il criterio dell'*id quod plerumque accidit* non può da solo dire nulla se manca una chiara indicazione sulla direzione finalistica degli atti posti in essere dall'autore<sup>155</sup>. Così facendo, si dovrebbe procedere per tentativi, per supposizioni, per ipotesi, che potrebbero essere subito dopo smentite dall'accertamento del dolo, rivelandosi così del tutto inutili. Un atto potrebbe essere univoco rispetto alla commissione di una rapina, persino di un omicidio o di una lesione personale, forse

---

<sup>150</sup> Va, peraltro, consolidandosi un orientamento in seno alla dottrina di tipo misto, eclettico, che intende l'univocità degli atti in una doppia dimensione oggettivo-soggettiva o comunque trasversale, già emerso in molte pronunce della giurisprudenza di legittimità: v., sul punto, per la dottrina F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale* <sup>11</sup>, cit., 487-488; seppur timidamente anche G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 492-493.

<sup>151</sup> Così chiaramente B. PETROCELLI, *Il delitto tentato*, cit., 68: «Quindi niente altro che affermazione esplicita, non indispensabile, dell'ovvia necessità della prova».

<sup>152</sup> Chiaramente A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 445.

<sup>153</sup> Per questa distinzione, ma orientata in senso comunque oggettivo, C. PEDRAZZI, *Il fine dell'azione delittuosa*. Nota a Cass. pen., Sez. III, 25 ottobre 1949, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, 259 ss. e spec. 262: «Alla legge il fine interessa in quanto preavviso, minaccia, dell'evento effettivo; si vieta il fine per impedire l'evento: quindi quel fine che riveli la possibilità di realizzarsi in evento».

<sup>154</sup> Su questo aspetto, puntualmente D. FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa. Desistenza volontaria e genesi del disvalore penale*, Torino, 2009, 105-106.

<sup>155</sup> *Contra*, D. GUIDI, *Il tentativo punibile: modelli di tipizzazione e nodi interpretativi*, cit., 552 ss.

di una violenza sessuale, probabilmente di una estorsione, o più semplicemente di una minaccia aggravata; oppure potrebbe non essere niente affatto univoco, perché si tratta soltanto di uno scherzo di pessimo gusto! Si dovrebbe ricostruire l'univocità e l'idoneità compiendo una assurda astrazione, che in definitiva non porterebbe a nulla e svuoterebbe di significato e soprattutto di (pratica) utilità entrambi i criteri<sup>156</sup>. L'atto è univoco e idoneo rispetto a che cosa? A quale reato?

La questione ha implicazioni più ampie che riguardano la teoria generale del reato e non solamente l'ordine di analisi degli elementi del tentativo. Il sistema penale italiano, com'è noto, si fonda su una concezione tendenzialmente mista oggettiva-soggettiva dell'illecito penale, dove, però, l'aspetto oggettivo e il disvalore d'evento risultano preminenti nella codificazione vigente<sup>157</sup>; la chiave di lettura sostanzialmente oggettivistica ha trovato nell'illustre dottrina coeva e anche successiva al codice ampi consensi, così da mantenersi valida nei suoi aspetti fondamentali fino ad oggi<sup>158</sup>. L'impostazione di tipo oggettivo, nel focalizzarsi sulla lesione o messa in pericolo del bene giuridico, assume l'evento come fulcro dell'imputazione, limitando il più possibile un approccio ad un diritto penale basato sulla volontà, dove l'atteggiamento ribelle in contrasto con il precetto imposto dall'autorità assume una rilevanza centrale, mentre la realizzazione materiale rappresenta un momento accidentale del comportamento criminoso<sup>159</sup>. Quella di tipo soggettivo – come si è visto affrontando il tentativo nel diritto penale tedesco –, propria di una concezione personale dell'illecito, si basa sull'atteggiamento del volere del soggetto, palesata nell'azione; in questo caso si pone l'attenzione sulla genesi ontologica dell'*iter criminis*, poiché non si guarda all'effetto della condotta criminosa, bensì all'espressione della volontà. Risulta evidente come non sia possibile abbracciare in senso assoluto e totalizzante uno dei due schemi – oggettivo o soggettivo – sui quali fondare l'intero sistema penale. Ciò, perché non potrebbe esserci una valutazione dell'illecito completa e scientificamente corretta, quindi non parziale, se si prendesse in considerazione o soltanto il

---

<sup>156</sup> Si tratta, all'evidenza, di un problema che continua ad affliggere il contenuto dell'univocità, emerso già nel pensiero di Carrara, secondo il quale gli atti quando sono inequivoci devono parlare da soli; cfr., sul punto, R. ISOTTON, *Crimen in itinere*, cit., 471-472 e spec. nt. 159. V. comunque *antea* cap. I, par. 1.

<sup>157</sup> In senso critico, con riferimento all'art. 49 c.p. come fondamento normativo della concezione realistica del reato, v. M. CATERINI, *Reato impossibile e offensività*, cit., 186 ss.; M. MANTOVANI, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione*, cit., 12 ss. e 54 ss.

<sup>158</sup> Tale impostazione oggettivistica è evidenziata in M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*<sup>3</sup>, vol. I, *Artt. 1-84*, cit., *Pre-Art. 39*, 16, 306-307, dove l'Autore sottolinea come sarebbe invece raccomandabile una concentrazione maggiore sul disvalore d'azione, attribuendo la dovuta rilevanza agli elementi soggettivi dell'antigiuridicità e alla teoria finalistica dell'azione.

<sup>159</sup> Tra i principali lavori incentrati sul disvalore d'evento e conseguenti teorizzazioni sistematiche, v. N. MAZZACUVA, *Il disvalore d'evento nell'illecito penale: l'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983, 121 ss. e *passim*; ID., voce *Evento*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1990, 4, 451 ss.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 201 ss.

fatto o soltanto l'autore, oltre delle conseguenze inaccettabili a cui si giungerebbe in un approccio oggettivo o soggettivo puro<sup>160</sup>. Sia in una teoria del reato tripartita di belinghiana ascendenza o bipartita classica (quindi sia che si scomponga il reato in fatto tipico, antigiridicità obiettiva e colpevolezza oppure in elemento oggettivo ed elemento soggettivo) la concezione del torto è pressoché la stessa, poiché la collocazione degli aspetti oggettivi e soggettivi di valutazione, al di là dell'autonomia o meno dell'antigiridicità e la trattazione delle scriminanti, non cambia ed entrambe si concentrano sul disvalore d'evento<sup>161</sup>, senza guardare agli elementi soggettivi che contribuiscono a definire l'offesa in termini penalistici. Invero, adottando una costruzione separata delle fattispecie, però, si inizia già a comprendere come dolo e colpa non siano soltanto aspetti di una differente colpevolezza, ma costituiscano un fatto tipico a sé stante che si differenzia fin da subito per il suo aspetto soggettivo<sup>162</sup>. Sono poi gli elementi normativi che ci forniscono un ulteriore indizio sugli aspetti soggettivi della tipicità, arricchendola di contenuti giuridici e di sottese discipline, che rendono l'illecito già antigiridico<sup>163</sup>. Nel considerare allora una tipicità soggettiva (*Unrecht*), cioè contraddistinta fin da subito dall'elemento soggettivo (dolo o colpa), nella quale l'atteggiamento del volere assume un ruolo particolarmente rilevante<sup>164</sup>, spostando sul piano della colpevolezza (*Schuld*) la relazione tra il fatto e l'autore, affinché il volere dell'agente abbia seguito un normale

---

<sup>160</sup> Sul problematico rapporto tra disvalore d'azione e d'evento (dopo le elaborazioni di Welzel), cfr. D. KRAUSS, *Erfolgsunwert und Handlungswert im Unrecht*, in *ZStW*, Bd. 76, 1964, 19 ss.; C. MYLONOPOULOS, *Über das Verhältnis von Handlung und Erfolgsunwert im Strafrecht*, cit., *passim*; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 328 ss.; E. MORSELLI, *Disvalore dell'evento e disvalore della condotta nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 796 ss. Nella letteratura penalistica spagnola, per un confronto tra disvalore d'evento e disvalore d'azione, anche alla luce di considerazioni non soltanto dogmatiche ma anche politico-criminali e in prospettiva storica, v. S. MIR PUIG, *Estado, pena y delito*, Buenos Aires - Montevideo, 2006, 115 ss. e 259 ss.

<sup>161</sup> M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 12.

<sup>162</sup> Sulla costruzione separata delle fattispecie, v. in particolare G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'*, cit., 128 ss.; G. VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 2, 529 ss.; G. FIANDACA, *La struttura generale del reato*, in G. FIANDACA - G. DI CHIARA, *Introduzione al sistema penale*, cit., 186.

<sup>163</sup> M. DONINI, *Il "posto" delle scriminanti nel diritto penale moderno*, in *Il penale nella società dei diritti. Cause di giustificazione e mutamenti sociali*, a cura di M. Donini - Renzo Orlandi, Bologna, 2010, 234-235.

<sup>164</sup> Nella letteratura penalistica italiana sono diversi gli Autori che prendono in considerazione l'incidenza degli aspetti subiettivi sul fatto tipico, pur tra impostazioni generali differenti: v. l'ampia ricostruzione di M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., *passim*; ID., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano, 1993, 313 ss.; ID., *Teoria del reato*, cit., *passim*; nella precedente letteratura, cfr. M. GALLO, *La teoria dell'azione "finalistica" nella più recente nella più recente letteratura tedesca* (1950), rist. Milano, 1967, 16 ss.; D. SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli, 1955, 118 ss.; A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, 257 ss.; A.R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, 2° ed., Napoli, 1964, 73 ss.; C. FIORE, *L'azione socialmente adeguata in diritto penale*, cit., 112 ss.; E. MORSELLI, *Coscienza e volontà nella teoria del dolo*, in *Arch. pen.*, 1966, 406 ss.; S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., 311 ss. e *passim*; G. VASSALLI, voce *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, 1992, 535 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 124 ss.; cfr. altresì F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. La fattispecie*, Padova, 1993, 1, 339 ss.; L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993, *passim*; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., 426 ss.; S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 316 ss., 423 ss. e 459 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 273 ss.

percorso di formazione<sup>165</sup>, si abbandonano categorie di imputazione totalmente oggettive, per le quali la semplice manifestazione dell'agire umano è base sufficiente per fondarne la responsabilità, evitando così la costruzione di una teoria del reato che presenti strutture e categorie in contrasto con il principio di colpevolezza sancito dall'art. 27, 1° comma, Cost.<sup>166</sup>. Una rilettura costituzionalmente orientata, dunque, delle categorie del reato, di un fatto tipico teleologicamente orientato, accompagnata da una decostruzione dell'inattuale categoria dell'antigiuridicità obiettiva<sup>167</sup>, in grado di configurare una concezione del reato umanizzata e un sistema di imputazione corrispondente ai principi di responsabilità per fatto proprio, responsabilità per fatto proprio colpevole e del *nullum crimen sine culpa*<sup>168</sup>. L'illiceità dell'evento è sempre sostenuta e definita dall'illiceità dell'azione. Sottraendo il dolo e la colpa alla categoria della colpevolezza e inserendoli nella struttura della fattispecie, si genera un illecito personale; l'azione finalisticamente orientata caratterizza la tipicità: le modalità di lesione del dolo e della colpa assumono un rilievo fondamentale per lo studio interno del fatto tipico, eliminando una polarizzazione tra categorie interamente oggettive o soggettive e strutturando l'oggettivo come valutazione precedente rispetto al soggettivo all'interno della stessa categoria. Si delineano in questo modo le due categorie essenziali nelle quali suddividere il reato: l'«illecito» e la «colpevolezza»<sup>169</sup>. La prima categoria dell'illecito comprende il fatto tipico oggettivamente e soggettivamente caratterizzato, umanizzato ma comunque impersonale, un illecito penale non scriminato<sup>170</sup>. Nell'illecito si raggiunge, quindi, un corretto bilanciamento tra disvalore d'azione e disvalore d'evento: il diritto penale, nell'esercitare la sua funzione generalpreventiva, caratterizza soprattutto le azioni e soltanto marginalmente gli eventi. La categoria della colpevolezza, svuotata del dolo e della colpa trattati nell'illecito, costituisce l'elemento di collegamento tra il fatto e il suo autore, rappresentando l'atteggiamento antidoveroso della volontà, valutato secondo parametri e criteri differenti a seconda che si tratti

---

<sup>165</sup> M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 24 ss.

<sup>166</sup> M. DONINI, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1577 ss.

<sup>167</sup> Nella categoria dell'antigiuridicità, da un punto di vista processuale, non si prova nulla, si provano soltanto gli elementi che la negano, cioè le scriminanti, le quali sono elementi eventuali a sé stanti che non entrano a far parte delle categorie in cui viene scomposto e analizzato il reato. Su questo, più ampiamente, M. DONINI, *Il "posto" delle scriminanti*, cit., 241 ss.; ID., *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 698 ss.; anche F. DIAMANTI, *Scriminanti incomplete e giudizi controfattuali. Contributo ad uno studio sull'imputazione dell'illecito penale*, Torino, 2019, 24 ss.

<sup>168</sup> Su questo, v. M. DONINI, *Il principio di colpevolezza*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. Insolera - N. Mazzacova - M. Pavarini - M. Zanotti, 3° ed., Torino, 2006, 1, 214 ss. e 251ss., oltre all'ampia bibliografia ivi citata alla fine del capitolo.

<sup>169</sup> La teoria del reato, qui recepita e seguita, è stata formulata da M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., *passim*.

<sup>170</sup> M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 23.

di un fatto colposo o doloso, accertando la normalità del processo motivazionale dell'agente e l'assenza di scusanti<sup>171</sup>. Queste considerazioni permettono di allargare la prospettiva di analisi sull'impatto effettivo che i diversi elementi oggettivi e soggettivi che compongono la struttura del delitto tentato possiedono, evitando che un elemento fagociti, attraverso interpretazioni errate o poco equilibrate, gli altri criteri di accertamento della condotta punibile, tenendo bene in considerazione che anche l'elemento psicologico contribuisce a caratterizzare le modalità di estrinsecazione della condotta e contribuisce alla tipicità del fatto<sup>172</sup>.

La tematica del dolo specifico in relazione ai delitti di attentato e poi al delitto tentato, a questo riguardo, è chiarificatrice. Iniziando dai delitti di attentato, si è da sempre sostenuto che queste tipologie delittuose sarebbero contrassegnate da un dolo specifico e la loro struttura, come nel caso dei *Unternehmensdelikte* sui quali si è già avuto modo di soffermarsi<sup>173</sup>, sarebbe affine, se non del tutto sovrapponibile, a quel del delitto tentato, poiché la fattispecie in parola sarebbero caratterizzate da una struttura tipica "aperta", per la quale è necessario soltanto che la condotta sia diretta a qualcosa o che attenti a qualcosa, senza, però, che questa realizzazione sul piano materiale-oggettivo si realizzi effettivamente, e soprattutto dalla direzione finalistica degli atti posti in essere dall'agente orientati al raggiungimento del risultato lesivo<sup>174</sup>.

La tesi che individua in questi reati un dolo specifico poggia essenzialmente sull'argomentazione che si tratta di reati di marca principalmente politica fondati sulla mera disobbedienza, nella violazione di un divieto, di contro giustificati, sul piano politico-criminale, per l'elevata importanza degli interessi tutelati, che attengono generalmente alla personalità dello Stato. Ed è proprio il fine criminoso, che si riflette nell'univocità degli atti e che deve essere desunto almeno in parte anche *aliunde*, per necessità di cose, visto che il carattere idoneo degli atti è di solito estraneo al contenuto della fattispecie incriminatrice, ha connotare il fatto di attentato come soggettivamente diretto ad un risultato dannoso<sup>175</sup>.

---

<sup>171</sup> M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 552 ss. e 574 ss.

<sup>172</sup> M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 433 ss. e 459 ss.

<sup>173</sup> V., in prospettiva storica, cap. II, par. 1. Cfr. anche, sui c.d. delitti di intrapresa, H. SCHRÖDER, *Die Unternehmensdelikte*, in *Tübinger Festschrift für Eduard Kern*, Tübingen, 1957, 457 ss. e spec. 464, in cui l'Autore distingue, all'interno dell'ordinamento penale tedesco, i delitti di attentato in senso proprio da quelli connotati da una semplice tendenza criminosa, dove la sola sussistenza dell'aspetto finalistico è già di per sé sufficiente per la consumazione del reato.

<sup>174</sup> L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli "elementi finalistici" delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 175 ss., anche per ulteriori riferimenti in chiave comparata.

<sup>175</sup> È la posizione, piuttosto radicale, sostenuta da G. ZUCCALÀ, *Profili del delitto di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 1247 ss. e spec. 1250. Pur respingendo un'impostazione esclusivamente soggettiva, la giurisprudenza ha sempre sostenuto una diversità strutturale dell'attentato rispetto all'istituto del tentativo: v., al riguardo sempre, Cass. pen, Sez. unite, Kofler, cit., 145 ss., sul terrorismo separatista altoatesino.

A questo orientamento si è tradizionalmente opposta la critica che, facendo leva sempre sul principio di offensività e sul disposto dell'art. 49, comma 2, c.p., la struttura dei delitti di attentato non potrebbe non coincidere, nel limite inferiore, con quella del delitto tentato, e quindi *ex art. 56 c.p.* gli atti dell'attentato, dal punto di vista oggettivo, dovrebbero non soltanto essere univocamente diretti alla realizzazione dell'evento a cui si mira ma anche ad esso causalmente idonei<sup>176</sup>. Da questa premessa, si è allora sostenuto che nell'attentato il dolo sarebbe generico e non specifico, come nel tentativo, anche se la volontà dell'agente è proiettata alla realizzazione di un evento ulteriore<sup>177</sup>. Riprendendo, sul punto, le parole di Ettore Gallo: «[I]l dolo delle forme tradizionali di attentato è semplicemente e soltanto tutto ciò che la norma incriminatrice esige per investirne gli elementi del fatto tipico [...]. Esso è, infatti, niente di più che la coscienza e volontà di commettere un fatto (idoneo) diretto ad un certo risultato, che il legislatore considera tanto dannoso da incriminare la stessa situazione di pericolo che la commissione di quel fatto determina»<sup>178</sup>. Si tratterebbe, pertanto, solo di un abbaglio dovuto ad una approssimativa affinità tra i reati a consumazione anticipata con quelli caratterizzati da un dolo specifico, che condurrebbe a confondere o mettere sullo stesso piano il fine personale dell'agente, che integra, se richiesto dalla norma, il dolo specifico ma che generalmente coincide con il movente ed è per questa ragione irrilevante, con il fine che, invece, caratterizza la condotta descritta nel fatto tipico<sup>179</sup>; il primo "fine" orientato ad un scopo non troverebbe riscontro nel contenuto della dimensione oggettiva della fattispecie. Da qui, la necessità di distinguere, nel solco di una differenza già emersa da tempo in dottrina, tra il «fine dell'azione»,

---

<sup>176</sup> Così E. GALLO, *Il delitto di attentato*, cit., *passim*; ID., voce *Attentato (Delitto di)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1980, *Appendice*, 560 ss.; ID., voce *Attentato (delitti di)*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, 340 ss.; G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 689 ss.; nella manualistica, in senso conforme, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., 607; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 505.

<sup>177</sup> E. GALLO, *Il delitto di attentato*, 317 ss.

<sup>178</sup> E. GALLO, voce *Attentato (Delitto di)*, cit., *Appendice*, 574-575, con importanti aggiunte e precisazioni rispetto ai contributi precedenti sul tema, nei quali l'Autore si era soltanto limitato ad evidenziare che la differenza era dovuta alla rilevanza normativa del fine e alla sua relazione con l'interesse tutelato dalla fattispecie incriminatrice (così, prima, in ID., *Il delitto di attentato*, cit., 317 ss.).

<sup>179</sup> P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, 40 ss., 91 ss., 204 ss. e 210 ss.; da una prospettiva prevalentemente criminologica F. GUERRINI, *Il motivo a delinquere nella prospettiva del rapporto tra colpevole ed offeso*, in *Arch. pen.*, 1976, 325 ss.; intende il dolo come qualcosa in più del semplice sentimento interiore, in una più ampia prospettiva tesa a valorizzare gli aspetti soggettivi, E. MORSELLI, *L'elemento soggettivo del reato nella prospettiva criminologica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 87 ss. Nella letteratura tedesca, cfr. H.-H. JESCHECK - T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., 304-305; D. KRAUSS, *Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht*, in W. FRISCH - W. SCHMID (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, Köln - Berlin - Bonn - München, 1978, 11 ss.; S. TRECHSEL, *Das unbewußte Motiv im Strafrecht. Bemerkungen zur tiefenpsychologischen Strafrechtskritik*, in *ZStW*, Bd. 93, 1981, 397 ss.

che consisterebbe nel finalismo oggettivo della condotta, e il «fine dell'agente», cioè, per dirla con altre parole, tra «forma» ed «intenzione»<sup>180</sup>.

Ma il principale nodo problematico, in questi casi, risiede proprio nella funzione che si pretende di conferire all'idoneità – oggettivamente proiettata verso una determinata direzione –, di tipizzare le condotte sussunte nei fatti di attentato<sup>181</sup>, perché, così facendo la tipicità rimane sempre «inafferrabile». Infatti, come correttamente osservato da Padovani: «[L]'idoneità, non diversamente dalla causalità materiale, rappresenta un concetto di relazione, nel senso che stabilisce un rapporto tra due entità diverse, sulla base di un parametro dato. In questo senso la sua funzione determinativa non dipende soltanto dal tipo di parametro che si utilizza; dipende, anche, e soprattutto, dalla rigorosa prefissazione dei termini che devono essere posti in relazione [...] [L]'idoneità pencola nel vuoto, se non è chiaro e definito l'evento al quale dev'essere riferita»<sup>182</sup>. E a questo punto il problema si sposta proprio sulla natura dell'evento, o meglio degli eventi, verso i quali sono poste a tutela le fattispecie di attentato: la natura sempre incerta ed indefinita dell'evento che si vuole impedire non consente di individuarne precisamente i contorni e quindi di capire se questi eventi, realizzati individualmente, da un singolo soggetto, costituirebbero un illecito penalmente rilevante o invece, ad esempio, un esercizio legittimo di una funzione<sup>183</sup>; vi sono poi macro-eventi che non potrebbero mai essere realizzati da un singolo soggetto, la cui valutazione sull'idoneità si rivelerebbe impossibile, affidandosi così, in assenza di alternative, non al criterio della materialità-offensività, ma alla logica ben più «misera» del diritto penale d'autore o, vista la natura di questi reati, del diritto penale del nemico<sup>184</sup>.

Passando ora all'individuazione della condotta punibile a titolo di tentativo nei reati a dolo specifico, risulta determinante il fine criminoso a cui necessariamente, perché è la fattispecie incriminatrice stessa che espressamente richiede che l'agente agisca per raggiungere

---

<sup>180</sup> Distinzione alquanto risalente: già E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., 142-143, distingueva l'*Eignung*, cioè l'idoneità dell'azione intesa come scopo oggettivo, dalla mera intenzione; differenza ripresa poi da A. HEGLER, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs*, in *Festgabe für Frank* (Tübingen, 1930), I, Neudruck, Aalen, 1969, 286-287; in termini sostanzialmente analoghi F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, II, 3° ed., Lucca, 1872, 607, contrapponendo il «fine dell'operante» dal «fine dell'opera».

<sup>181</sup> Ritiene che il requisito dell'idoneità *ex ante* di produrre l'evento sia un requisito generale dell'illecito L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., 195.

<sup>182</sup> T. PADOVANI, *La tipicità inafferrabile. Problemi di struttura obiettiva delle fattispecie di attentato contro la personalità dello Stato*, in AA.VV., *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, Critica del diritto - Quaderni, Roma, 1984, 170-171.

<sup>183</sup> T. PADOVANI, *La tipicità inafferrabile. Problemi di struttura obiettiva delle fattispecie di attentato*, cit., 172-173; in questo senso anche G.A. DE FRANCESCO, *Fatto e colpevolezza nel tentativo*, cit., 710, nt. 19.

<sup>184</sup> T. PADOVANI, *La tipicità inafferrabile. Problemi di struttura obiettiva delle fattispecie di attentato*, cit., 174 ss. e spec. 179. *Contra*, nel rimarcare invece una valutazione in termini di idoneità, E. GALLO, *Problemi giuridici e preoccupazioni politiche nelle fattispecie di attentato*, in AA.VV., *Il delitto politico*, cit., 183 ss.; anche E. GALLO - E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984, 159, nt. 36.

quel fine, che è in aggiunta al dolo che di consueto regge il fatto. A prescindere, infatti, dalla scomposizione del reato adottata e dalla collocazione dell'elemento soggettivo, già sul piano della formulazione normativa, le fattispecie a dolo specifico si caratterizzano per un particolare legame che unisce il mezzo al fine, cioè uno specifico scopo, espresso soggettivamente, che indirizza il fatto descritto in termini oggettivi dalla norma<sup>185</sup>.

Il mezzo oggettivo deve quindi trovarsi in una relazione di strumentalità con il raggiungimento di uno specifico fine che è soggettivamente tipizzato nel nucleo della fattispecie, senza aggiungersi al dolo del fatto-base come requisito psichico ulteriore, ma rappresentando piuttosto un'unitaria volontà di azione, che l'agente deve essersi precedentemente rappresentato e che deve proiettarsi sulla condotta esterna in termini di indirizzo o efficacia causale, per cui la proiezione materiale-oggettiva non è altro che lo strumento per raggiungere il fine – di natura ovviamente soggettiva – che regge la condotta<sup>186</sup>.

Questa proiezione finalistica proiettata al raggiungimento di uno scopo deve trovare corrispondenza nel momento in cui l'agente dà inizio all'esecuzione del delitto, nel momento in cui l'atto può considerarsi esecutivo, e non soltanto nel momento in cui si verifica il risultato ultimo. La presenza di questo condizionamento psicologico previsto e richiesto dalla norma incriminatrice permette di considerare come tipica la condotta, perché corrispondente al fatto oggettivo descritto nel precetto; l'assenza di una unità teleologicamente orientata tra mezzo (oggettivo) e fine (soggettivo) compromette la stessa tipicità del fatto<sup>187</sup>.

Con specifico riguardo al tentativo, torna di particolare utilità la distinzione, presente nella dottrina e nella giurisprudenza d'Oltralpe e alla quale si è già accennato, tra consumazione formale e materiale del reato o, se si preferisce, tra perfezionamento e consumazione della fattispecie: il tentativo nei reati a dolo specifico si può configurare, infatti, prima che si perfezioni la condotta, cioè in una fase – anche immediatamente – antecedente alla realizzazione del fatto oggettivamente inteso<sup>188</sup>. È necessario, però, che già in quel momento, nel quale si configura senz'altro un tentativo punibile, sussista già in capo all'agente la finalità ulteriore, richiesta appunto dal dolo specifico, di produrre o conseguire il risultato finale (o, se

---

<sup>185</sup> L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli "elementi finalistici"*, cit., 501 ss.

<sup>186</sup> L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli "elementi finalistici"*, cit., 501-502.

<sup>187</sup> L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli "elementi finalistici"*, cit., 502; nei casi di *aberratio ictus*, sulla sussistenza del dolo rispetto al risultato aberrante e sull'esistenza di un tentativo di delitto nei confronti della persona alla quale l'offesa era diretta, v. le considerazioni di G.A. DE FRANCESCO, *Aberratio. Teleologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure di divergenza nell'esecuzione del reato*, Torino, 1998, 109 ss.

<sup>188</sup> L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli "elementi finalistici"*, cit., 565-566.

si vuole, l'evento) o comunque la realizzazione dell'*actio subsequens*, che costituisce l'oggetto dello scopo ulteriore<sup>189</sup>.

In dottrina, nella stessa direzione, questo aspetto è già stato sottolineato nell'ambito delle scriminanti e della giustificazione del reato. La teoria degli elementi soggettivi dell'antigiuridicità si affermò nella dottrina tedesca della prima metà del Novecento, acquisendo rapidamente ampia condivisione e trovando successivamente sponda e un supporto concettuale rilevante nell'elaborazione della teoria finalistica dell'azione e prima nella concezione normativa della colpevolezza<sup>190</sup>. Partendo allora da una costruzione personale e umanizzata dell'illecito penale, ne consegue che l'elisione dell'interno disvalore del fatto non possa prescindere dalla considerazione degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione. Un elemento soggettivo nella giustificazione non può mai mancare, dal momento che, se la tipicità del fatto, come detto, è oggettivamente e soggettivamente caratterizzata, per annullare il disvalore di azione e quello di evento sarà dunque necessaria la presenza di un doppio "contro-valore", oggettivo e soggettivo, tale da rendere il fatto scriminato e conforme all'ordinamento<sup>191</sup>. Vi è una doppia dimensione della soggettività nella giustificazione del reato: la prima, che è comune a tutte le cause di giustificazione, si risolve nella conoscenza della loro presenza; la seconda, specifica e interna alla struttura della singola scriminante – che assume rilievo dirimente nei casi di provocazione – riguarda soprattutto alcune scriminanti, come la difesa legittima e lo stato di necessità, che richiedono (oltre alla loro conoscenza) ulteriori requisiti di natura psicologica<sup>192</sup>.

La rappresentazione e volizione, dunque, dell'interesse che muove l'azione dell'agente deve essere completa e non soltanto parziale, perché il perseguimento di uno specifico fine, che rappresenta la realizzazione dell'interesse primario che il reo possiede, comporta

---

<sup>189</sup> L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli "elementi finalistici"*, cit., 566-567.

<sup>190</sup> Cfr. M.E. MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg, 1915, 185 ss.; poi, soprattutto E. MEZGER, *Die subjektiven Unrechtselemente*, in *Der Gerichtssaal*, 1924, 207 ss.; A. HEGLER, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente*, cit., 251 ss.; L. ZIMMERL, *Aufbau des Strafrechtssystems*, Tübingen, 1930, 115 ss.

<sup>191</sup> G. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova, 1980, 99; M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 189 (spec. nt. 103); S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 205; F. SCHIAFFO, *Le situazioni "quasi scriminanti" nella sistematica teleologica del reato. Contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, 1998, 177 ss.; A. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti*, cit., 461 ss.; F. DIAMANTI, *Scriminanti incomplete e giudizi controfattuali*, cit., 81 ss. e 346 ss.

<sup>192</sup> In particolare, con riguardo al concetto di "costrizione" nella difesa legittima, v. G. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi*, cit., 58-59; F. SCHIAFFO, *L'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione: prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 4, 1003; M. DONINI, *L'errore sulle scriminanti*, in AA.VV., *Codice penale. Parte generale, Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. Bricola - G. Zagrebelsky, I, Torino, 1996, 732 ss.; M. ANGELINI, *L'elemento soggettivo nella scriminante della legittima difesa*, in *Indice pen.*, 2001, 1, 191 ss.; per l'incidenza degli elementi soggettivi nel giudizio di proporzione nello stato di necessità, G.V. DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978, 82 ss. Per una valorizzazione di alcuni aspetti soggettivi nelle cause di giustificazione, anche se soltanto in una prospettiva *de lege ferenda*, M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1, 61 e 65 ss.

un'anticipazione mentale della condotta o dell'evento che deve poi sorreggere tutti gli atti, a partire dal primo, integrante il tentativo<sup>193</sup>. La mancanza di questa proiezione psicologica e quindi il complessivo contesto teleologico soggettivo-oggettivo venisse a mancare, verrebbe meno uno dei due termini di relazione per valutare successivamente l'idoneità e l'univocità degli atti, ma ancor prima sarebbe impossibile stabilire con certezza se il comportamento del soggetto ha assunto o meno rilevanza penale<sup>194</sup>: si pensi, ad esempio, ad un tentativo di sottrazione in relazione al fine di profitto *ex art. 624 c.p.*, al caso di un tentativo del delitto di cui all'*art. 642 c.p.* per il quale deve sussistere il fine di conseguire per sé o per altri l'indennizzo di una assicurazione o comunque un vantaggio da un contratto di assicurazione oppure al fine di turbare il mercato interno dei valori o delle merci nell'*art. 501 c.p.*

Lo stesso discorso vale – a maggior ragione – anche per il criterio dell'idoneità. È ugualmente da respingere quell'impianto concettuale adottato da una parte consistente della dottrina che pretende di accertare prima l'idoneità degli atti, cioè una sorta di tipicità debole e generica dell'azione tentata in relazione all'*art. 56 c.p.* e successivamente, attraverso il criterio dell'univocità, accerta invece una tipicità specifica, cioè accerta il delitto che realmente l'agente voleva realizzare<sup>195</sup>.

Tornando per un momento al piano processuale – che comunque non è secondario – è impossibile stabilire per quale delitto nella forma tentata si dovrebbe procedere, quale delitto tentato dovrebbe essere ascritto e contestato all'indagato, se prima non si ricostruisce il fine criminoso a cui la condotta posta in essere dall'agente era finalisticamente orientata e il suo piano concreto: il pubblico ministero prima e il giudice dopo dovrebbero accertare idoneità ed univocità tirando a indovinare, basandosi magari sul tipo d'autore. Ed è proprio questo l'aspetto di maggiore criticità in cui incorre questo tipo d'approccio nell'analisi degli elementi del tentativo: con il timore – destituito a ben vedere di ogni fondamento – di svilire la funzione che l'*art. 56 c.p.* attribuisce ai criteri dell'idoneità e dell'univocità degli atti, si trascura proprio l'accertamento del dolo del tentativo, che viene relegato a questione di secondaria importanza: una ricostruzione in chiave esclusivamente oggettiva, senza la preventiva conoscenza del piano criminoso dell'agente, che tratta l'univocità come criterio cieco e in senso prevalentemente negativo, come direzione incompatibile con altri esiti alternativi, come possibilità in concreto che si verifichi il risultato offensivo, conduce la verifica dell'elemento psicologico ad una superfetazione e a presupporre la sussistenza del dolo.

---

<sup>193</sup> M. GELARDI, *Il dolo specifico*, Padova, 1996, 296 ss.

<sup>194</sup> M. GELARDI, *Il dolo specifico*, cit., 297-298.

<sup>195</sup> Lo rileva R. BARTOLI, *Brevi considerazioni sull'elemento oggettivo del delitto tentato*, cit., 918-919.

Ed invero, il rischio non è quello – come è stato sostenuto – di una razionalizzazione *a posteriori* della congruità tra il fine criminoso e la direzione degli atti, semplicemente perché questo tipo di accertamento non può sfuggire alla logica, ma quello, ben più grave di accertare il dolo del tentativo facendo ricorso a criteri precostituiti e definiti *a priori*, a schemi presuntivi, per cui, una volta accertata un generica univocità, il dolo è presunto, salvo prova contraria, cioè un *dolus in re ipsa*<sup>196</sup>, soprattutto quando la condotta è più evanescente e non risulta così marcata da produrre una chiara e sintomatica evidenza del dolo. Senza un secondo termine di relazione il giudizio sull' idoneità e l' univocità degli atti poggia sul vuoto<sup>197</sup>.

Se nel reato consumato, l' analisi degli elementi costitutivi procede da quelli di tipo oggettivo a quelli soggettivi, nel tentativo è necessario capovolgere l' ordine di analisi: bisogna, dunque, accertare prima l' elemento soggettivo e successivamente, in relazione al fine criminoso, l' idoneità e l' univocità degli atti.

5. Il diritto penale deve intervenire quando la condotta del soggetto agente ha realizzato in modo illecito una compromissione del bene giuridico protetto dalla fattispecie incriminatrice, che si verifica specificamente quando tale comportamento ha creato un rischio illecito, quindi non permesso dall' ordinamento giuridico, e questo specifico rischio ha trovato realizzazione nel risultato, che nel caso del tentativo coincide con il risultato materiale e normativo derivante dalla sommatoria della disposizione di cui all' art. 56 c.p. con la specifica norma incriminatrice.

La teoria dell' imputazione oggettiva ha avuto il merito, nell' ambito della teoria generale del reato, di contribuire a portare a compimento un' opera di normativizzazione dell' illecito penale, che partendo dall' eredità del finalismo, da una concezione dell' illecito *post-welzeliana*, fosse capace di superare, almeno in parte, una costruzione del reato doloso fondata esclusivamente su basi ontologiche, come l' intenzione che muoveva l' azione dell' agente e quindi l' orientamento finalistico della condotta, apportando correttivi di tipo oggettivo-normativi anche nell' ambito del dolo e non soltanto dell' illecito colposo, applicando i concetti di «dovere oggettivo di diligenza», «aumento del rischio» e «fine di protezione della norma». L' impiego di questi concetti ha permesso anche al reato doloso di iniziare a percorrere un percorso di smarcamento da aspetti di natura ontologica per approdare verso criteri di valutazione di tipo valorativo. Il primo criterio di valutazione che in questi casi viene in rilievo per l' imputazione oggettiva consiste, dunque, in un giudizio di comparazione tra il

---

<sup>196</sup> Fondamentale, sul punto, il richiamo a F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960, 24 ss.

<sup>197</sup> Così F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale* <sup>11</sup>, cit., 481.

comportamento che il soggetto ha posto in essere con quello che avrebbe dovuto tenere nell'ambito del ruolo sociale da lui ricoperto.

Questo punto di partenza conduce, come si può facilmente intuire, alle elaborazioni concettuali che sono proprie di uno dei più importanti movimenti filosofico-dottomatici, sorti in area tedesca a partire dagli anni Novanta e poi sviluppatosi soprattutto nei Paesi di lingua spagnola, che è rappresentato dal funzionalismo di Jakobs, che muove dalle premesse sociologiche di Niklas Luhmann<sup>198</sup>. Fulcro dell'impostazione teorica jakobsiana è il soggetto inteso come centro di imputazione, perché la sua esistenza viene intesa fin da subito in senso giuridico-sociale<sup>199</sup>. La persona assume una sua rilevanza per il diritto penale in quanto inserita all'interno di un sistema di norme, preventivamente poste dallo Stato, che conferiscono alla prima dei parametri all'interno dei quali si deve muovere e può agire<sup>200</sup>. La persona è pertanto incardinata in ruoli sociali e di conseguenza la collettività, le istituzioni statuali si attendono che essa soddisfi di volta in volta quelle aspettative giuridico-sociali che sono proprie del ruolo che ricopre. Questo sistema definisce, ad un livello sovraordinato, la struttura, normativamente imposta, della società, che è compito del diritto penale tutelare. L'"essenza" del sistema troverebbe, dunque, il suo principale fondamento nella fiducia che i consociati ripongono nella vigenza e nella validità delle norme, alle quali si devono attenere e per affermarne l'esistenza se ne sanziona la violazione. Come si è già avuto modo di vedere, secondo Jakobs, il diritto penale non è posto a protezione di beni giuridici, ma a protezione della vigenza delle norme, perché la loro tutela è interesse generale.

Tutto ruota attorno alle aspettative che la collettività si aspetta dal singolo individuo in relazione al ruolo da lui ricoperto, che si dovrà muovere all'interno dei confini normativi tipici di quella funzione. Si tratta, in ultima analisi, di una sorta di catalogazione degli individui e della società, che svilisce oltremodo l'essere "persona", dotata di ragione e soprattutto di diritti e di diritti di libertà, asservendola, in una sorta di scuola permanente ispirata alla prevenzione generale positiva, agli interessi della società e allo Stato e il cui pericolo per una deriva illiberale è fin troppo evidente. È necessario, infatti, puntualizzare per chiarezza questi aspetti: non può

---

<sup>198</sup> G. JAKOBS, *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken* in ZStW, Bd. 107, 1995, 843 ss.; ID., *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., Berlin, 2008, 28 ss., 50 ss., 65 ss. e 87 ss.

<sup>199</sup> G. JAKOBS, *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken*, cit., 843 ss.; sulle differenze tra il "funzionalismo" di Roxin, da intendere come funzioni di politica-criminale, e quello di Jakobs, v. E. PEÑARADA RAMOS - C.J. SUÁREZ GONZÁLEZ - M. CANCIO MELIÁ, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, in G. JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, 17 ss. e 37 ss.; E.R. ZAFFARONI, *Política y dogmática jurídico-penal*, in A.L. CALLE CALDERÓN, *El estado actual de las ciencias penales*, Universidad de Antioquia, Medellín, 2009, 91 ss.

<sup>200</sup> G. JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, cit., 50 ss., 87 ss. e 108 ss.; K. GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, Frankfurt a.M., 2005, 52 ss.

essere affatto accettata una concezione della persona, anche se oggetto del diritto, e più ampiamente del suo ruolo nella società, come se fosse un automa, un *robot* o, per dirla in termini ancora più netti, come se le persone fossero tutte irreggimentate, come “polli in batteria”.

Se, dunque, i presupposti teorici e politico-filosofici che caratterizzano la teorica iper-normativistica di Jakobs non possono essere per nulla condivisi, è pur vero che quella impostazione, spogliata degli aspetti più radicali e di certe sovrastrutture, per quanto riguarda alcuni suoi importanti precipitati in tema di teoria del reato, come il contributo fornito allo sviluppo della teoria dell'imputazione oggettiva – come paradigma per la definizione della rilevanza penale delle condotte, dove si valutano i rischi generati da un soggetto in un determinato contesto sociale<sup>201</sup> –, possono essere senz'altro assunti, senza per questo dividerne le premesse funzionalistiche, perché si tratta di strumenti tecnici di imputazione caratterizzati, più semplicemente, da una veste sostanzialmente oggettiva (oggettivo-soggettiva) e di stampo normativo.

Non soltanto. Anche una rilettura più umana ed equilibrata delle premesse è possibile, inserendola persino in un contesto costituzionalmente caratterizzato e orientato, di certo estraneo alla impostazione originaria. Ogni soggetto gode, come cittadino, di una propria sfera di libertà e di diritti. Del pari, ha anche una serie di doveri giuridici, che attengono ad una gestione corretta della sua sfera di libertà. Ciò comporta che ogni individuo sia investito anche di una competenza sulla gestione dei rischi che possano manifestarsi all'interno della propria sfera sociale di azione. L'inquadramento generale di tali rischi assume una connotazione di tipo relazionale, poiché, da un punto di vista normativo, sancisce un legame tra la creazione di un pericolo e la violazione di un dovere giuridico<sup>202</sup>. La violazione di tale dovere concerne la dimensione *ex ante* della responsabilità, creando così un rischio illecito; la violazione astratta del dovere giuridico è sussunta dalla misura cautelare richiesta dalla fattispecie di parte speciale. La dimensione *ex post*, invece, attiene alla realizzazione del rischio illecito, che può essere ascritto al soggetto agente in base alla sua successiva concretizzazione<sup>203</sup>.

Si tratta ora di individuare la fonte del dovere. Esso discende principalmente dal principio del *neminem laedere* e dal temperamento del principio di inviolabilità della libertà personale sancito dall'art. 13, 1° comma, Cost. con un livello, seppur minimo, di doveri inderogabili di solidarietà, come sancito dall'art. 2 Cost. La tutela della libertà personale è da

---

<sup>201</sup> In particolare G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*<sup>1</sup>, cit., 7. Abschn., Rdn. 35/50, 167 ss.; ID., *La imputación objetiva en derecho penal*, *Cuadernos Civitas*, 1996, 1999.

<sup>202</sup> Per una concezione del reato come lesione del dovere, v. U. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, cit., 61 ss.

<sup>203</sup> Così L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 399.

ritenersi comunque prioritaria e quindi la garanzia di solidarietà non ha una portata assoluta e generale. L'unica limitazione che può essere riconosciuta alla libertà personale del singolo cittadino è quella di non violare la libertà altrui, tradizionalmente espressa dal brocardo *alterum non laedere*. Tutti i cittadini devono assumersi la responsabilità (il dovere) di gestire in maniera corretta la propria libertà, nel rispetto della libertà di tutti. Questo, però, non vuol dire ovviamente che la libertà di un cittadino non possa mai entrare in contrasto con quella altrui<sup>204</sup>.

Si è già fatto cenno come il principio di responsabilità penale personale di cui al 1° comma dell'art. 27 Cost. non debba essere inteso, come tradizionalmente e per lungo tempo si è fatto, come responsabilità per fatto proprio, nel senso che per «proprio» non si deve intendere il fatto materialmente cagionato dall'agente, sulla base di un mero nesso causale-condizionalistico fra condotta dell'autore ed evento lesivo. Infatti, l'evento causato da un soggetto non è sempre a lui «proprio». Ciascuno può ritenersi libero di generare una infinità (e imprevedibilità) di serie causali, senza doversi ritenere responsabile di alcunché, anche se queste daranno poi origine ad un fatto penalmente illecito<sup>205</sup>.

Nei rapporti intersoggettivi ogni consociato può fare normalmente affidamento sul fatto che gli altri consociati, con cui entrerà in contatto, terranno a loro volta un comportamento corretto, adottando le normali regole di cautela di cui anch'essi sono destinatari, sulla base dell'agente specifico che nel caso concreto viene in rilievo, secondo il modello dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*. Il principio di affidamento consiste per l'appunto nel confidare sulla condotta diligente altrui nelle relazioni con altri soggetti<sup>206</sup>.

Orbene, il primo aspetto di valutazione di cui è necessario partire ai fini dell'imputazione oggettiva consiste nel confrontare il comportamento realmente tenuto dall'agente con quello

---

<sup>204</sup> CANESTRARI S. - CORNACCHIA L. - DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 773 ss. Vi sono, però, in deroga a tale assunto, doveri giuridici speciali che riguardano soggetti qualificati ai quali l'ordinamento attribuisce una funzione istituzionale di tutela di determinati beni giuridici. In questi casi, il bene giuridico viene, in un qualche modo, affidato al soggetto sui cui poi grava il relativo dovere speciale. Ad esso è istituzionalmente conferito un obbligo di attivarsi a tutela del bene a lui affidato, poiché i doveri speciali sono tendenzialmente doveri positivi (prevedono cioè un obbligo di *facere*). Sugli obblighi positivi di tipo speciale, cfr. C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin - New York, 2000, 459 ss.; J. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002, 107 ss. e *passim*.

<sup>205</sup> Sempre L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 105-106. Non può essere, però, condivisa l'accesa critica anti-imperativista sostenuta dall'Autore, visto che non è la norma giuridico-penale ad essere personale, ma semmai la responsabilità. Al riguardo, osserva correttamente D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 524: «[L]e norme, sulle quali si edificano i doveri o gli obblighi, per la loro generalità ed astrattezza, sono oggettive e impersonali, in quanto aspettative generali, rivolte a tutti i consociati indistintamente. Le "posizioni soggettive" di dovere od obbligo su di esse fondate, invece, in quanto tali, sono già tutte "soggettive" (in quanto necessariamente non più acefale, ma riferibili a un titolare o portatore), nel senso di personali e proprie, ossia nel significato solitamente assegnato all'aspetto basilare del principio formulato all'art. 27, comma 1, della Costituzione».

<sup>206</sup> Su questo argomento, fondamentale l'ampia trattazione di M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, 65 ss., 185 ss. e 245 ss.; L. RAMPONI, *Concause antecedenti e principio di affidamento: fra causalità attiva ed omissiva*, in *Cass. pen.*, 2008, 566 ss.

richiesto e atteso nell'ambito del ruolo sociale da questo ricoperto o comunque in base al contesto sociale nel quale la condotta si è sviluppata. A questo punto, assumono importanza i doveri secondari, cioè quelle regole sociali o anche giuridiche, ma che non sono norme penali, che indirizzano e guidano le condotte dei consociati sia individualmente che nelle interazioni tra più soggetti e contribuiscono a definire, sempre sul piano sociale ma con ovvie ricadute anche sul piano giuridico e giuridico-penale, il significato delle condotte, che è in sostanza l'esito complessivo che il comportamento di un individuo ha comunicato alla collettività.

Senza voler indugiare eccessivamente su questioni tutto sommato eccentriche rispetto allo specifico oggetto in discorso, è già nel modello binario proposto nella *Normentheorie* elaborata da Binding che si può trovare la distinzione tra norma primaria e norma secondaria: dietro ad ogni norma penale, si possono rinvenire norme "primarie" di condotta, perché previe e preesistenti rispetto a quella penale che è successiva, formulate come comandi o divieti, la cui violazione non deve essere necessariamente sanzionata<sup>207</sup>; questa norma primaria (*Rechtsnorm*), generalmente non positivizzata, appartiene al diritto pubblico generale e si attegna come regola di comportamento rivolta ai consociati ed è pensata come imperativo categorico. La norma secondaria (*Rechtssatz*), di tipo sanzionatorio, si limita a sussumere determinati fatti nell'ambito del diritto penale e ad autorizzare l'irrogazione di una pena, non per la violazione della norma penale secondaria in sé, ma per garantire la norma primaria pre-tipica, che ne rappresenta la base di valutazione<sup>208</sup>. Ecco perché – e questa ne è un'ulteriore dimostrazione – non è il fatto ad essere un indizio dell'antigiuridicità, ma semmai il contrario<sup>209</sup>. Se ha ancora un senso l'antigiuridicità generale, questa dovrebbe essere analizzata prima del fatto tipico, non dopo, perché il fatto è già indice della sua illiceità. Vi è sempre più spesso un'illiceità che bisogna comprendere prima, di cui bisognerebbe avere già consapevolezza<sup>210</sup>.

Ed è proprio a questo livello primario che opera il criterio della adeguatezza sociale, prima di prendere in considerazione l'eventuale creazione di un rischio non permesso. Aspetto comune tanto al reato consumato quanto al tentativo di un delitto è la considerazione che il comportamento posto in essere dall'agente, valutato da un punto di vista normativo-valoriale,

---

<sup>207</sup> S. AST, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik. Eine Systematisierung von Normarten und deren Nutzen für Fragen der Erfolgsszurechnung, insbesondere die Abgrenzung des Begehungs-vom Unterlassungsdelikt*, Berlin, 2010, 32 ss.

<sup>208</sup> L. CORNACCHIA, *Lex imperfecta: ciò che sopravvive della Normentheorie di Binding nella dommatica penale*, in *Criminalia*, 2016, 347 ss.

<sup>209</sup> DONINI, *Teoria del reato*, cit., 232 ss.; ID., *Critica dell'antigiuridicità*, cit., 715-716.

<sup>210</sup> Per una recente rilettura della "norma secondaria" alla luce dei principi costituzionali, cfr. A. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti*, cit., 366 ss. Considerava la struttura della fattispecie già impregnata di un suo disvalore etico-giuridico, di cui la tipicità ne era diretta espressione A. MORO, *L'antigiuridicità penale*, Palermo, 1947, 132.

abbia superato la soglia del rischio consentito, perché il soggetto non si è attenuto ai doveri di condotta che gli erano propri<sup>211</sup>. «La protezione dei beni giuridici è attuata dal diritto penale mediante richieste di comportamento: le norme si rivolgono ai consociati – al loro intelletto, alla loro volontà – come pretese di adeguamento ed osservanza»<sup>212</sup>.

Questa lettura di tipo normativo dell'istituto del tentativo si colloca a metà strada tra le teorie oggettive e soggettive, con differenze e peculiarità che riguardano principalmente il modo attraverso il quale viene valutata la condotta punibile. Aspetto comune con le teorie oggettive è senz'altro quello che il tentativo di un delitto lo si punisce (anche) perché esso espone a pericolo il bene giuridico protetto dalla fattispecie incriminatrice, ma differisce rispetto alle modalità con cui si valuta questo pericolo. Secondo un approccio di tipo normativo, possono essere prese in considerazione dallo *jus puniendi* soltanto quelle condotte che hanno creato un rischio giuridicamente non consentito ed è proprio la creazione di questo rischio disapprovato a connotare e indirizzare la pericolosità della condotta. La creazione di un rischio non permesso rappresenta un presupposto per valutare la condotta realizzata dal reo; se il comportamento dell'agente non ha creato un rischio illecito non potrà esistere alcun pericolo per il bene giuridico protetto.

Ma l'applicazione dei criteri dell'imputazione oggettiva al delitto tentato interseca anche alcuni aspetti tipici delle teorie soggettive e miste. La necessità, infatti, di sapere qual è la volontà che dirige la condotta di un soggetto consente di stabilire se quel rischio incombente possa ritenersi giuridicamente disapprovato, in relazione a quello che è il risultato preso di mira. Altro punto di contatto lo si ha con le teorie miste e in particolare con la *Eindruckstheorie*, perché la condotta che supera un livello di rischio non più permesso deve possedere la capacità di suscitare un allarme sociale, un pericolo che sia percepito esternamente, da un punto di vista sociale; vi deve essere anche un'impressione negativa, cioè di pericolo imminente percepito dalla comunità dei consociati che, stante l'impossibilità di accertarlo sul piano quantitativo, deve scolorare più precisamente verso una dimensione normativa, deontologica, nel senso che l'ordinamento deve ripristinare, attraverso un suo intervento, la sicurezza dei consociati nell'osservanza delle norme.

Da queste premesse, si può desumere facilmente il ruolo cruciale che il concetto di rischio può assumere nella definizione della condotta punibile e quindi nella distinzione tra atti

---

<sup>211</sup> K.-H. VEHLING, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, cit., 91 ss. e 124 ss.; G. JAKOBS, *Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten*, in *ZStW*, Bd. 104, 1992, 83; R. ALVARADO YESID, *El delito de tentativa*, cit., 108 ss.

<sup>212</sup> M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale* <sup>3</sup>, vol. I, Artt. 1-84, cit., Pre-Art. 1, 26, 12.

preparatori ed atti esecutivi. Se, infatti, un comportamento rilevante per il diritto penale può essere soltanto quello che crea un rischio non permesso, perché al rischio si unisce successivamente l'attribuzione di un pericolo per il bene giuridico, altrimenti inesistente, anche l'analisi del comportamento dell'agente, nella scomposizione dell'*iter criminis*, non può non tenere conto di questo aspetto. Come è emerso nell'indagine comparata, la delimitazione tra atti preparatori ed esecutivi ha trovato in quel sistema un ragionevole punto di equilibrio nel criterio proposto dalla *Teilaktstheorie*, dalla c.d. teoria dell'atto parziale, aggiungendo a questa altri due criteri certamente più concreti ed afferrabili, come quello della stretta connessione temporale e dell'invasione della sfera della vittima. Proprio quest'ultimo criterio, anche se datato, consente di guardare al problema della distinzione tra preparazione ed esecuzione da una prospettiva al contempo nuova e che sembra muoversi nella giusta direzione: il piano di sviluppo è duplice e attiene, in primo luogo, ai diritti e agli spazi di libertà di agire del singolo individuo e, in secondo luogo, ai livelli, normativamente o socialmente predefiniti, di tollerabilità-accettabilità di una condotta.

Guardando ai diritti e agli spazi di libertà di agire del singolo, ci si accorge che questa prospettiva può essere di ausilio per un corretto inquadramento del problema della distinzione tra atti preparatori ed esecutivi, che in fondo non è altro che una questione di libertà, di garanzia per il cittadino e rappresenta un limite per l'intervento del diritto penale. È dunque vero che questa fondamentale distinzione non ha una base strettamente positiva nel dettato dell'art. 56 c.p., perché quel testo era stato concepito proprio con l'intento di ampliare i margini della punibilità, ma questa distinzione trova un fondamento politico-criminale e soprattutto costituzionale. In uno Stato democratico di diritto, il confine tra lecito e illecito deve essere fissato preventivamente dal legislatore con precisione e chiarezza attraverso le norme incriminatrici, così che il cittadino possa orientare i propri comportamenti, consapevole della propria sfera di libertà; anche l'istituto del tentativo non può essere sottratto al principio di legalità, garanzia della libertà individuale di ogni cittadino nei confronti dello Stato. Questa distinzione risponde allora ad esigenze di garanzia, che non possono in alcun modo essere compensate da contrapposte istanze general-preventive e di difesa sociale; l'affermazione della distinzione tra atti preparatori irrilevanti e atti esecutivi punibili rispecchia l'ineludibile esigenza di dare attuazione al principio di legalità (art. 25, comma 2, Cost.; art. 1 c.p.) e in particolare di determinatezza-tassatività, affinché si possa individuare con chiarezza il confine tra lecito e illecito.

La presa d'atto del valore relazionale che intercorre tra l'elemento soggettivo del tentativo e i suoi criteri oggettivi (o prevalentemente oggettivi) di accertamento non conduce

comunque ad un allontanamento del tentativo, così interpretato, dal diritto penale del fatto, perché è sempre il fatto, come è stato realmente posto in essere dall'agente, pur innervato dalla sua rappresentazione e volontà, in se e per sé a costituire il principale oggetto di valutazione, perché è quella condotta materiale ad essere penalmente significativa e il suo disvalore è oggettivo-soggettivo. È oggettivo perché richiede che l'azione dell'agente attivi un decorso causale vietato dalla fattispecie incriminatrice e in grado di porre in pericolo il bene giuridico; soggettivo, perché questo corso causale è sorretto da una volontà colpevole, dal dolo, che però deve proiettarsi esteriormente, come supporto psicologico della condotta, indirizzata verso un determinato fine criminoso. Questa manifestazione esterna, per assumere rilevanza, deve poi creare un rischio non consentito, che è l'espressione normativa per indicare un comportamento socialmente e giuridicamente non approvato.

La condotta che risulta meritevole di una sanzione penale e che giustifica un suo intervento è sì quella che ha creato un rischio non permesso, dovuto alla violazione di un dovere inerente al ruolo o alla funzione socialmente definita di un soggetto, ma che al contempo costituisce anche un attacco al bene giuridico, lo pone in pericolo, ricollegandosi, sul piano positivo, al contenuto della norma penale che si assume violata<sup>213</sup>.

A questo punto, risulta però preliminare un chiarimento sul concetto di pericolo e del suo rapporto con il delitto tentato.

Innanzitutto, è necessario fare luce e chiarire l'accostamento assai diffuso nella dottrina italiana tra delitto tentato e reati di pericolo, sostenuto in particolar modo dai partitari della valutazione del pericolo attraverso un giudizio a base totale, che tenga conto di tutte le circostanze esistenti al momento del fatto anche se ignorate dal soggetto agente, accumulando tentativo e reati di pericolo (concreto)<sup>214</sup>. Se è vero che tra il delitto tentato e i reati di pericolo concreto vi sono innegabili punti di tangenza, è pur vero che le due figure non possono essere integralmente sovrapposte per due ordini di ragioni: dal punto di vista oggettivo, i precetti che contengono reati di pericolo concreto sono poste a tutela soltanto di beni giuridici di particolare rilevanza, tipizzando il divieto di un determinato comportamento, anticipando in questo modo l'intervento della risposta penale con una autonoma sanzione; nel tentativo, invece, la sua punibilità deriva dalla combinazione di una norma parte generale, che rappresenta una forma di

---

<sup>213</sup> R. ALVARADO YESID, *El delito de tentativa*, cit., 108 ss.

<sup>214</sup> F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., 97 ss. e 302 ss.; v., *contra*, la posizione di H.J. HIRSCH, *Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht*, cit., 717, il quale critica l'opzione di considerare il tentativo alla luce pericolo concreto per l'interesse tutelato, perché così facendo si collocherebbe l'istituto in discorso nell'alveo dei reati di pericolo nonostante la sua previsione normativa autonoma e il trattamento sanzionatorio più severo; in senso critico anche J. WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin, 1981, 76 ss. e 82 ss.

incriminazione suppletiva, che le singole disposizioni incriminatrici di parte speciale, partendo dalle cornici edittali che sono ad esse proprie<sup>215</sup>. Ma è soprattutto sul piano soggettivo che si riescono a cogliere le differenze più importanti: nei reati di pericolo, l'agente si deve rappresentare soltanto la situazione pericolosa e non anche la volizione dell'evento ulteriore, che è elemento estraneo alla struttura della fattispecie, mentre nel tentativo l'agente si deve rappresentare e deve volere l'evento, che poi non si verifica, impendendo alla volontà di oggettivarsi in maniera compiuta<sup>216</sup>: questa volizione dell'evento insieme alla sua mancata realizzazione incide anche sulla carica di disvalore e sull'identità specifica dell'offesa, che nel tentativo va oltre il semplice pericolo prodotto e contiene anche la volontà criminosa, indirizzata verso la consumazione del reato e che non è riuscita a trovare piena realizzazione<sup>217</sup>. È, dunque, più corretto definire il tentativo, com'è già stato proposto, un delitto di pericolo *sui generis*<sup>218</sup>.

In secondo luogo, anche la riproposizione del tradizionale binomio oggettivo-soggettivo con riguardo alla natura e all'essenza del pericolo può essere ricomposto, partendo dal presupposto della sua intrinseca natura normativa e relazionale; "normativa" nel senso che il suo significato dipende dal valore che le attribuisce la singola norma di parte generale o la singola fattispecie incriminatrice<sup>219</sup>. Il «pericolo» non è sempre uguale e non vuol dire sempre la stessa cosa. La legge penale fa assumere al pericolo accezioni di volta in volta diverse e quindi per la sua corretta comprensione non si può partire da un concetto di pericolo pre-dato e pre-giuridico, tratto dal senso comune. Il «pericolo», ad esempio, di cui all'art. 43, 1° comma, c.p. non è identico all'assenza di pericolosità a cui allude l'art. 49, cpv., c.p. o al pericolo creato da una condotta imprudente, come non coincide con l'idoneità degli atti richiesta dall'art. 56 c.p., che è senz'altro qualcosa di meno dell'idoneità dell'azione; ed ancora, nelle scriminanti, il «pericolo» di cui all'art. 52 c.p. ha caratteristiche ben diverse da quello menzionato nell'art. 54 c.p. dove a fare le spese dell'azione necessitata è un terzo incolpevole<sup>220</sup>. Per il resto, vi è qualcosa di vero e condivisibile in entrambi gli approcci: dal versante soggettivo, il pericolo

---

<sup>215</sup> K. ENGISCH, *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht*, in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960*, Karlsruhe, 1960, I, 401 ss. e 437.

<sup>216</sup> Sull'identità del dolo di pericolo e di danno, quanto osservato sempre da J. WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten*, cit., 209: „Angesichts der Identität von adäquatem Gefährdungs- und Verletzungsrisiko dürfte die Gleichsetzung von Gefährdungs- und Verletzungsvorsatz eigentlich nicht zweifelhaft sein. Das gilt besonders bei einem gradlinigen Delikt, bei einer Tat also, bei der sich die Voten des objektiven Betrachters und des Täters bezüglich der Adäquanz des Verletzungsrisikos vollauf decken“.

<sup>217</sup> Scriveva K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, cit., 121 ss. che anche la forma più elevata di pericolo per l'incolumità di una persona non avrebbe mai potuto costituire, di per sé soltanto, un tentativo di omicidio.

<sup>218</sup> I. GIACONA, *Il concetto d'idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., 470.

<sup>219</sup> M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., 205 ss.

<sup>220</sup> Sul punto, sia permesso rinviare a Riccardo ORLANDI, *La provocazione della scriminante. I limiti della giustificazione del reato in contesti illeciti*, in *Arch. pen.*, 3, 2021, 27 ss.

non può essere soltanto qualcosa di reale, ma è (anche) un sentimento o una sensazione di allarme, che si genera nella psiche, e che consiste nel timore della minaccia di un danno, secondo la prospettiva di colui che è chiamato ad esprimere tale giudizio e che comporta un'esigenza di astrazione rispetto a quelle che sono le concrete circostanze nelle quali si è sviluppata l'azione<sup>221</sup>; da quello oggettivo, nel senso che il pericolo compromette di per sé la pacifica esistenza del bene giuridico e, in relazione all'evento, costituisce una minaccia di lesione del bene giuridico protetto, quindi una violazione del divieto di causare un evento dannoso<sup>222</sup> – ma non sempre e necessariamente –, e ciononostante non riassume tutti i casi di pericolo, cioè non la si può considerare una definizione comunque totalizzante.

La creazione di un rischio non consentito, a causa della violazione di una “regola-avamposto”, non comporta un'automatica violazione della norma penale, così come non equivale ad una automatica insorgenza del pericolo: la creazione di un rischio illecito è, come detto, questione che attiene alla tipicità del fatto e investe anche la componente rappresentativa-volitiva, ma il fatto non può dirsi tipico solo perché si è in presenza di un rischio non più permesso. Il semplice sviamento dell'agente dai suoi doveri di condotta – ricavabili da norme extra-penali, discipline, regolamenti, consuetudini – rappresenta un indizio della tipicità, perché il rischio illecito o un suo aumento sono aspetti che fanno parte del fatto e non riguardano soltanto la sua valutazione giuridica, ma non esauriscono nemmeno il giudizio sulla tipicità di quel fatto, soprattutto nel caso in cui la condotta si arresti allo stadio del tentativo, non giungendo così alla sua consumazione.

Il rischio (illecito) è carico di contenuti fattuali e sociali, soggettivi e di tipo normativo; il substrato materiale del rischio avvicina il concetto a quello di pericolo ed è un aspetto di esattezza già colto dalla teoria della causalità adeguata. Il rischio *ex ante* è la base che consente di formulare poi, in presenza di una condotta cosciente e volontaria, un giudizio di idoneità a cagionare l'evento contemplato dalla fattispecie.

Questo però non vuol dire che la condotta illecitamente rischiosa consista (sempre) in un atto atipico o semmai pre-tipico<sup>223</sup>. Al contrario: è proprio la creazione del rischio non

---

<sup>221</sup> V. sempre la ricostruzione fatta da M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., 165 ss., anche per gli opportuni richiami.

<sup>222</sup> Sul concetto di pericolo come relazione, cfr. F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., 15 ss. e spec. 19 ss.

<sup>223</sup> Sottolinea la necessità di differenziare lo schema astratto del reato e la sua realizzazione in concreto A. GARGANI, *Dal Corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997, 37 ss. Sul punto, osserva S. SEMINARA, *Contro una configurabilità “causale” del tentativo*, cit., 917: «[L]a distinzione tra atti preparatori ed esecutivi è immanente alla nozione di tentativo, mentre la proiezione della natura esecutiva degli atti sul requisito della tipicità ovvero su quello dell'attuazione del piano criminoso rappresenta una sovrastruttura dogmatica che riempie i contenuti del tentativo punibile». Sul rapporto tra l'attivazione di rischi illeciti e il giudizio sulla unità o pluralità di azioni, v. L. BIN, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, Torino, 2022, 321 ss.

permesso a condurre quella condotta in uno spazio di attenzionamento da parte del diritto penale; questi atti sono già un indizio di tipicità nel senso che, se saranno anche idonei ed univoci, saranno certamente tipici e punibili, ma la presenza di un rischio illecito è soltanto un requisito generale della tipicità che non è in grado di per sé solo di concluderne compiutamente l'analisi.

Ciò conduce ad affermare che vi può essere un inizio di esecuzione<sup>224</sup> soltanto quando il comportamento del soggetto agente ha creato o aumentato un rischio non consentito e questo rischio è sorretto da una volontà criminosa. Il criterio distintivo tra atto preparatorio ed esecutivo può essere allora individuato proprio nella creazione di un rischio illecito: se il comportamento dell'agente non crea un rischio disapprovato rimarrà nell'ambito degli atti preparatori e pertanto sarà certamente atipico e quindi non punibile; se, invece, crea un rischio illecito, l'atto diventa esecutivo perché ha reso la situazione potenzialmente pericolosa.

Il giudizio sul rischio, in questa prima fase, è di tipo prognostico con prospettiva *ex ante*: si deve accertare, ponendosi idealmente nella posizione dell'agente, se la sua condotta sia tale da creare un rischio per il bene giuridico o ad aumentare un rischio già esistente, individuando di conseguenza l'entità o comunque la forbice della variabile stocastica, utile, in una fase successiva, al giudizio di idoneità degli atti.

L'atto, quindi, può dirsi esecutivo quando crea o aumento un rischio non permesso e alla creazione o all'aumento di questo rischio illecito si accompagna la verifica di una situazione pericolosa che non può più essere oggettivamente-soggettivamente tollerata, da valutare quest'ultima in maniera separata e in una fase immediatamente successiva che è quella che corrisponde al giudizio d'idoneità. L'individuazione del discrimine tra atti preparatori ed esecutivi attraverso il criterio del rischio permette di individuare dal punto di vista normativo la soglia minima perché si possa avere teoricamente una condotta punibile. È segno di antiprecettività<sup>225</sup>. Il criterio del rischio, però, consente soltanto di individuare la condotta che potrebbe essere punita a titolo di tentativo: il rischio illecito è un requisito qualitativo della condotta che costituisce la base per la valutazione dell'idoneità e che esprimerà compiutamente

---

<sup>224</sup> Il criterio dell'inizio di esecuzione venne adottato anche nella proposta coordinata da Klaus Tiedemann sui c.d. *Europa-Delikte*: M. CANCIO MELIÁ, *Überlegungen zu einer gemeineuropäischen Regelung des Versuchs*, in K. TIEDEMANN (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Rechtsdogmatik, Rechtsvergleich, Rechtspolitik, Freiburg-Symposium*, Köln - Berlin - Bonn - München, 2002, 169 ss., e 461 per la disciplina del tentativo. In generale, sugli "Eurodelitti", v. L. FOFFANI, *L'armonizzazione del diritto penale dell'economia nell'Unione europea: il progetto "Eurodelitti"*, in ID. (a cura di) *Diritto penale europeo, comparato e internazionale: prospettive per il XXI secolo. Omaggio a Hans-Heinrich Jescheck per il 92° compleanno*, Milano, 2006, 143 ss.

<sup>225</sup> Sul rapporto fra antiprecettività e antigiusuridicità, cfr. W. MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Frankfurt a.M., 1966, 62 ss., 72 ss.; F. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuricidad penal y sistema del delito*, Barcelona, 2001, 373 ss., 497 ss.

il pericolo di lesione del bene giuridico, in termini di probabilità di realizzazione del delitto. Gli atti esecutivi dovranno, infatti, anche essere idonei ed univoci, come richiesto dall'art. 56 c.p.

L'attivazione di un rischio non permesso e la creazione di una situazione di pericolo sono due aspetti inscindibilmente connessi, ma in questa fase, rimangono ancora separati, siccome il rischio illecito è presupposto indispensabile per l'insorgenza del pericolo, ma non coincide necessariamente con quest'ultimo. Il superamento di un rischio consentito crea di frequente anche una situazione di pericolo, ma questo risultato non è sempre immediato e automatico. Il rischio illecito riguarda, in primo luogo, il disvalore d'azione e per questa ragione deve essere valutato *ex ante*, cioè al momento della condotta, e anche nei reati di pericolo mantiene comunque una sua autonomia, perché permette di creare normativamente una relazione con la situazione effettivamente pericolosa per l'interesse protetto. Il rischio consiste in un pericolo ancora non del tutto espresso o comunque *in nuce*, che deriva da scelte organizzative, di gestione della propria sfera d'azione e per questa ragione è ancora controllabile. Invece, il pericolo proietta decisamente quei compartimenti in cui il rischio è già sussistente verso risultati lesivi<sup>226</sup>.

Il momento di superamento del rischio consentito diventa allora determinante per valutare la sussistenza degli elementi costitutivi richiesti dalla norma sul tentativo, perché la condotta possiede già quella soglia minima di probabilità sufficiente per integrare la fattispecie delittuosa che l'agente voleva realizzare. Di conseguenza, il momento in cui valutare se gli atti possiedono il requisito dell'idoneità non sarà un momento qualsiasi della condotta astrattamente punibile – quando semmai la prognosi si rivela più sfavorevole –, ma quello in cui si “concretizza” il rischio illecito attivato dalla condotta dell'agente in relazione al risultato, che è rappresentato dall'obiettivo al quale l'azione era indirizzata, prima che venisse interrotta.

6. «[S]e l'azione non si compie o l'evento non si verifica» recita, com'è noto, l'ultima parte del 1° comma dell'art. 56 c.p. Il sintagma racchiude l'essenza stessa dell'istituto del delitto tentato: il mancato completamento dell'azione criminosa oppure il mancato verificarsi dell'evento

---

<sup>226</sup> V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, cit., 21 ss.; M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in AA.VV., *La riforma dei reati contro la salute pubblica*, a cura di M. Donini - D. Castronuovo, Padova, 2007, 314; cfr. anche C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, cit., 214 ss. e 367 ss.; la prospettiva qui adottata, affronta quindi il tema del rischio da una prospettiva interna, cioè inserisce questo concetto nell'ambito della struttura del reato, conferendole un taglio prevalentemente dommatico e non politico-criminale: sul punto, si rimanda a M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 107 ss. Sulla differenza tra rischio e pericolo, v. A. GARGANI, *Il rischio nella dinamica dei reati contro l'incolumità pubblica e nei reati di pericolo astratto*, in AA.VV., *Il diritto penale di fronte alle sfide della «società del rischio»*. *Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema*, a cura di G.A. De Francesco - G. Morgante, Torino, 2017, 12 ss.

lesivo dovuto all'intervento di cause indipendenti dalla volontà dell'agente (*cogitare, agere, sed non perficere*). Il percorso che può compiere l'*iter criminis*, infatti, può arrestarsi in momenti più o meno distanti da quello che segna la consumazione del reato<sup>227</sup>.

Nell'accostare i criteri tipici della teoria dell'imputazione oggettiva all'analisi dell'istituto del tentativo, il principale ostacolo che sembra frapporsi al successo di questa sollecitazione interpretativa risiede, con tutta evidenza, proprio nella naturale assenza di un evento nel delitto tentato. Mancherebbe, in altri termini – e non è questione di poco conto –, un evento da imputare e perciò l'unica funzione che possono assolvere i precipitati della *objektive Zurechnung* è di fatto confinata al ruolo del rischio consentito-non consentito<sup>228</sup>. L'imputazione oggettiva, infatti, nella sua funzione di categoria tecnica-domatica, ma con implicazioni anche politico-criminali nell'esprimere il principio di responsabilità per fatto proprio, agisce nell'ambito del fatto tipico in maniera trasversale all'elemento oggettivo e soggettivo, quindi un fatto già contrassegnato dal dolo o dalla colpa, e richiede ai fini dell'imputazione l'esistenza, come già detto, di un «nesso di rischio» tra condotta e risultato, autonomo rispetto alla causalità reale o potenziale: quel rischio illecito generato dalla condotta dell'agente si deve essere concretizzato effettivamente nell'evento. E il tentativo è ovviamente annoverato tra i tipi di reato che sono privi di un evento in senso naturalistico, al pari della più ampia categoria dei reati di mera condotta e quindi dei reati omissivi propri<sup>229</sup>.

La centralità della questione merita, dunque, un particolare approfondimento che consentirà di stabilire la relazione che deve guidare il giudizio sull'idoneità degli atti. Si possono precorrere fin d'ora le conclusioni: anche nel tentativo, così come nei reati di mera condotta, esiste in realtà un «risultato» tanto in termini giuridici quanto naturalistici; resta ora da chiarirne portata e significato.

---

<sup>227</sup> La dicotomia tra il mancato compimento dell'azione e la mancata verifica dell'evento riprende in sostanza la distinzione tra tentativo compiuto (o delitto mancato) ed incompiuto, presente nella prima codificazione unitaria e poi superato nel codice penale vigente, anche se la differenza può comunque riemergere con riguardo alla desistenza volontaria e al recesso attivo: nel tentativo incompiuto, dove l'azione non si è completamente realizzata, si può configurare la desistenza volontaria, mentre il recesso si può verificare allorché l'azione criminosa è stata interamente realizzata, ma l'agente impedisce il verificarsi dell'evento: G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 502; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*<sup>11</sup>, cit., 495 ss.; sul fatto che entrambe le figure della desistenza e del pentimento operoso sarebbero uguali sotto il profilo del disvalore d'evento, visto che in entrambe manca la verifica del risultato lesivo, ma nel recesso l'autore raggiunge una sorta di punto di non ritorno in cui si rende evidente la violazione del precetto, v. M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, II, 892.

<sup>228</sup> M.Á. RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado*, cit., 304 ss. e 357 ss.

<sup>229</sup> Né basterebbe a risolvere la questione confondere le acque attraverso un gioco lessicale, sostituendo cioè l'«evento» con un termine più familiare alla teoria dell'imputazione oggettiva, modulato dalla lingua tedesca e soprattutto da quella spagnola – ambiti linguistici che corrispondono ai Paesi nei quali la teoria ha trovato maggiore diffusione –, come quello di «risultato», senza spiegarne dettagliatamente il significato. Certo, il termine «risultato» appare più generico, forse più moderno e dinamico rispetto all'«evento» e meglio si addice all'imputazione oggettiva, ma non si può comunque sfuggire da un preventivo chiarimento.

Nella struttura del fatto tipico, l'evento rappresenta il momento finale della condotta, che può consistere in un'azione od omissione. La parola «evento» viene impiegata in numerose disposizioni codicistiche, senza per questo trovare una espressa definizione, che viene quindi demandata a dottrina e giurisprudenza; lo stesso concetto di «evento» assume sfumature diverse a seconda della disposizione che lo richiama e allo specifico ambito al quale fa riferimento<sup>230</sup>. Proprio il volto cangiante dell'evento, partendo da quanto affermato in particolare negli artt. 40, 41, 43 e 47 c.p., ha dato origine ad una lunga diatriba sul suo stesso concetto, oscillando tra una concezione in senso naturalistico ed una in senso giuridico, quest'ultima intesa come offesa, in forma di effettiva lesione o messa in pericolo del bene giuridico protetto dalla norma, aspetto costante in ogni tipo di illecito penale<sup>231</sup>. A questo riguardo, l'art. 43 c.p., che costituisce il punto obbligato di partenza indicando in termini generali il contenuto dell'illecito, costruisce la stessa nozione di dolo sull'«evento dannoso o pericoloso», da cui il legislatore ne fa derivare l'«esistenza del delitto». Il ruolo dell'evento nell'illecito penale sembra allora allargarsi arrivando ad indicare non soltanto l'oggetto del dolo nel caso in cui la fattispecie richieda espressamente la produzione di un risultato, ma in termini più ampi la dimensione oggettiva di ogni fattispecie delittuosa, arrivando a rappresentare tendenzialmente il risultato materiale di ogni delitto, in contrapposizione alle contravvenzioni incentrate, invece, sul semplice divieto di comportamenti attivi od omissivi<sup>232</sup>.

Senza giungere, peraltro, ad una eccessiva astrazione o sublimazione del concetto di «evento», si può dire che anche nel delitto tentato, dove un evento in senso naturalistico senz'altro manca, si può comunque individuare sia un «risultato» in termini materiali che corrisponde all'ultimo atto del tentativo o comunque alla fase terminale della condotta interrotta, sia un risultato in termini astratti e più giuridici, cioè l'obiettivo criminoso che l'agente avrebbe voluto realizzare se non fossero intervenuti fattori impeditivi. «[D]all'art. 56 cod. pen – ove si distinguono i casi in cui l'azione non si compie o l'evento non si verifica – non è lecito desumere l'assenza di un evento nella fattispecie tentata, se manca, in realtà un evento di danno, è pur sempre richiesta la produzione di un evento di pericolo e, cioè, la causazione di uno stato di fatto [...] costituente un pericolo per l'interesse protetto»<sup>233</sup>. Questi

---

<sup>230</sup> N. MAZZACUVA, voce *Evento*, cit., 445.

<sup>231</sup> G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 238-239.

<sup>232</sup> N. MAZZACUVA, voce *Evento*, cit., 447 ss., 449 ss. e 452 ss. Che poi il concetto di evento, per un utilizzo non del tutto appropriato da parte dei compilatori del codice, sia andato a coincidere con quello di offesa, non fa venir meno l'esigenza, in ossequio al principio di materialità – per impedire che semplici atteggiamenti psichici possano da soli integrare un reato –, di un sostrato materiale, poi valutabile in termini di offesa all'interesse protetto.

<sup>233</sup> N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983, 146.

due aspetti, concreto ad astratto, possono trovare una sostanziale composizione, nel caso del tentativo, tramite l'applicazione dei criteri di imputazione oggettiva<sup>234</sup>.

Viene qui in rilievo l'importante funzione che svolge l'imputazione oggettiva anche in relazione all'offensività, senza tralasciare il piano criminoso dell'agente, quindi la dimensione soggettiva<sup>235</sup>. Impiegando allora un concetto di «evento» in senso giuridico, il criterio della creazione di un rischio non permesso o dell'aumento del rischio consentono di approfondire la valutazione dell'idoneità lesiva della condotta in termini prevalentemente di capacità potenziale e di congruità.

Nel tentativo, il rischio non permesso deve poi realizzare effettivamente una situazione pericolosa che rappresenta la concretizzazione del rischio illecito attivato e che la norma incriminatrice aveva l'obiettivo di prevenire, giacché la natura di quel pericolo risulta conforme a quella descritta nella fattispecie. Ne consegue che la realizzazione di un pericolo oltre il rischio permesso permette di verificare in concreto l'esistenza di un'offesa al bene giuridico protetto, tenendo in considerazione il fine criminoso dell'agente; se questo pericolo e quindi se questa offesa non esiste, quel fatto non potrà dirsi conforme al tipo.

Il giudizio di idoneità si caratterizza come giudizio di probabilità che l'esistenza di un determinato antecedente reale sia in grado di realizzare un successivo effetto temuto<sup>236</sup>. Nel valutare l'idoneità della causa – o, per dirla in termini più penalistici, dell'atto – il rapporto eziologico può essere soltanto potenziale, riguardando un effetto soltanto temuto che nella realtà non si verifica e quindi quel giudizio assume inevitabilmente un carattere astratto, vale a dire una valutazione controfattuale<sup>237</sup>. Tuttavia, il contesto reale, il substrato materiale comunque presente, almeno in parte, nel delitto tentato, della condotta o della frazione di condotta realizzata non può essere trascurato, perché se il giudizio assume inevitabili contorni ipotetici, nondimeno il pericolo che nel delitto tentato si concretizza non è niente affatto irreali, sicuramente non può essere presunto.

Vi è però un caso, racchiuso nella disposizione di cui all'art. 49, comma 2, c.p. nel quale l'inidoneità dell'azione comporta anche in astratto un'assenza di pericolo. Si è già accennato al fatto che l'(in-)idoneità degli atti *ex art. 56, 1° comma, c.p.* non corrisponda – ed è qualcosa di

---

<sup>234</sup> Considera il concetto di «risultato» in termini prevalentemente normativi, portandolo al di fuori del paradigma causale I. PUPPE, *Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht*, cit., 880.

<sup>235</sup> C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, cit., 337 ss.

<sup>236</sup> I. GIACONA, *Il concetto d'idoneità degli atti nella struttura del delitto tentato*, cit., 63 ss. e 177 ss.; ID., *Il tentativo tra passato e futuro*, cit., 924 ss.

<sup>237</sup> Sul tipo di giudizio ipotetico, v. quanto già osservato *antea* cap. I, par. 4, anche per i riferimenti bibliografici.

meno – all’idoneità dell’azione<sup>238</sup>. Si tratta di vedere il raggio d’azione delle due disposizioni e di chiarire se costituiscono le due facce della stessa medaglia o se regolano aspetti diversi l’uno dall’altro<sup>239</sup>. Soltanto procedendo con un’analisi approssimativa delle due norme si può giungere alla conclusione che il cpv. dell’art. 49 c.p. disciplini in termini negativi quello che in positivo è sancito dal 1° comma dell’art. 56 c.p. e cioè la non punibilità dell’azione quando essa è idonea. Non si riuscirebbe però a comprendere la ragion d’essere di una simile disposizione che ripeterebbe in negativo quello che poi ribadisce in positivo alcuni articoli più avanti: sarebbe una inutile ripetizione e non è aspetto usuale della legislazione ribadire doppiamente due concetti e soprattutto definire primariamente in negativo quello che si definisce poi in positivo; se fosse il doppio in negativo del tentativo avrebbe dovuto trovare collocazione nel dettato dell’art. 56 c.p. Ma c’è ovviamente di più.

Le ipotesi di reato impossibile sono due e riguardano i casi di idoneità della condotta e quelli di inesistenza dell’oggetto materiale. Lasciando per un momento da parte la questione sull’inesistenza dell’oggetto, le differenze tra l’art. 49, comma 2, c.p. e l’art. 56, 1° comma, c.p. emergono fin da subito con evidenza e devono condurre inevitabilmente ad una diversità di funzioni. La prima differenza riguarda il diverso richiamo alla specie di reati: la norma sul tentativo si riferisce soltanto ai delitti, mentre quella sul reato impossibile parla genericamente di reati, comprendendo anche le contravvenzioni. Se l’art. 49 c.p. fosse il doppio in negativo del delitto tentato si dovrebbe allora accettare l’aporia che, a fronte di atti idonei a commettere una contravvenzione, al giudice sarebbe concessa facoltà di applicare una misura di sicurezza (4° comma), mentre qualora gli atti a commettere una contravvenzione fossero idonei al giudice non sarebbe consentita questa possibilità<sup>240</sup>.

La diversità terminologica si estende poi anche agli «atti» di cui all’art. 56 c.p. e all’«azione» dell’art. 49 c.p.: da qui ne deriva che il reato impossibile presuppone che tutta l’azione sia stata realizzata, ma vista la sua idoneità offensiva, il reato è poi risultato impossibile perché il bene giuridico non poteva essere in alcun modo offeso. A differenza del tentativo, dove la tipicità del fatto si va a formare gradualmente nello sviluppo dell’*iter criminis*, ma comunque non sono ancora integrati tutti gli elementi della fattispecie legale, nel reato impossibile, invece, ci si trova di fronte ad un fatto tipico interamente realizzato in cui l’azione è stata interamente completata, ma a causa della sua intrinseca idoneità, non si è verificata

---

<sup>238</sup> G. AZZALI, *Idoneità ed univocità degli atti*, cit., 1173: [N]el loro confronto, l’ipotesi del comma 1 dell’art. 56 c.p. segna la prospettiva di ciò che non è, ma può essere; l’ipotesi del comma 2 dell’art. 49 c.p., di ciò che non è e non può essere».

<sup>239</sup> F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., 461.

<sup>240</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale* <sup>11</sup>, cit., 206-207.

alcuna offesa al bene giuridico tutelato; oltre alla corrispondenza al modello legale, infatti, il fatto di reato deve essere anche realmente offensivo dell'interesse tutelato<sup>241</sup>.

Il reato impossibile, allora, è questione che riguarda specificamente l'offesa. La inidoneità offensiva di cui all'art. 49, cpv., c.p. deve essere accertata *ex post facto*, con il fine di affermare, prendendo in considerazione l'intera azione, il principio del *nullum crimen sine iniuria*<sup>242</sup>. Corretto è, ad esempio, l'inquadramento della causa di non punibilità per particolare tenuità *ex art. 131-bis c.p.* in relazione all'istituto del reato impossibile. L'apparente scissione tra tipicità ed offensività trova poi nello stesso principio di legalità una sua ricomposizione, perché tale principio coinvolge tutti gli aspetti che vanno a costituire il fatto di reato, quindi anche l'offesa, poiché il bene offeso non può che essere un elemento interno, quindi tipico, alla norma incriminatrice<sup>243</sup>. Pertanto, si avrà un tentativo inidoneo non punibile in tutti quei casi nei quali il soggetto agente pone in essere, nel dare corso all'azione criminosa, alcuni atti inidonei, mentre si avrà un reato impossibile quando l'agente ha realizzato interamente la condotta criminosa e questa si è mostrata inidonea ad offendere il bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice.

La funzione autonoma esercitata dall'art. 49 c.p. rispetto alla disciplina sul tentativo deve essere ulteriormente rimarcata in relazione al problema dell'inesistenza dell'oggetto. La norma sul reato impossibile permette, invero, di esentare dalla punibilità i casi in cui l'oggetto è inesistente *in rerum natura*, che sarebbero altrimenti punibili *ex art. 56*, potendosi considerare idonea la condotta se, secondo un giudizio *ex ante* a base parziale, l'esistenza dell'oggetto poteva apparire verosimile<sup>244</sup>.

Orbene, l'analisi del rapporto tra la disciplina sul tentativo e quella sul reato impossibile conduce a concentrare l'attenzione su un aspetto centrale che è quello della base sulla quale deve essere compiuto il giudizio d'idoneità degli atti. Soprattutto coloro che sostengono una identità strutturale tra i reati di pericolo concreto e l'istituto del tentativo e conferiscono al principio generale di offensività, unito alla disciplina del reato impossibile, un valore tale da cui poter dedurre, con valore cogente, rigorose ed inevitabili conseguenze riguardo a tutti gli istituti (almeno) di parte generale, ritengono che il giudizio di idoneità degli atti nel delitto tentato debba essere effettuato su base totale, comprendendo tutte le circostanze esistenti al

---

<sup>241</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale* <sup>11</sup>, cit., 207-208.

<sup>242</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale* <sup>11</sup>, cit., 208.

<sup>243</sup> A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 440 ss.

<sup>244</sup> S. DEL CORSO, *Art. 49 - Reato supposto erroneamente e reato impossibile*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Tomo I (Artt. 1-413), Milano, 2007, 3, 388-389.

momento dell'azione, anche se non conosciute dall'agente ed emerse soltanto successivamente<sup>245</sup>.

È la stessa definizione di «base totale» a risultare fin da subito contraddittoria e a mostrare una interna incoerenza, perché è fatalmente destinata a dimostrare quasi sempre l'inidoneità del tentativo, a meno che l'impedimento alla consumazione non derivi da un fattore integralmente sopravvenuto, imponendo allora di anticipare il giudizio ad un momento antecedente a quello dell'esecuzione o nel momento in cui risulta più elevato il grado dell'idoneità. Così facendo, però, il giudizio assume caratteristiche piuttosto astratte che negano quella concretezza che gli dovrebbe essere peculiare, rispetto alla relatività tipica della base parziale di giudizio<sup>246</sup>.

Non può, poi, essere negato che il fatto che, già muovendo da una base parziale di giudizio, possa emergere chiaramente il carattere pericoloso del tentativo e un disvalore d'azione certamente non trascurabile e che non può essere pertanto nascosto. La sussistenza dell'intenzione criminosa e una (formale) adeguatezza dell'azione teleologicamente indirizzata sono sufficienti per fondare un giudizio di colpevolezza a fronte di una condotta oggettivamente diretta alla compromissione di beni giuridici; sarebbero oltremodo frustrate le esigenze di prevenzione e difesa sociale che motivano un'anticipazione dell'intervento penale per assicurare il pacifico godimenti dei beni tutelati e non soltanto per sanzionare una loro lesione<sup>247</sup>.

Questo dimostra che la pericolosità concreta, da accertare su base totale, non è un requisito imprescindibile per la punibilità, che si può basare anche sullo scuotimento della fiducia dei cittadini nella vigenza dell'ordinamento giuridico e nella compromissione del generale del

---

<sup>245</sup> Sulla portata più attuale del principio di offensività e le sue prospettive prevalentemente orientate ad una prospettiva *ex post* e come canone ermeneutico v. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 209 ss. e 245 ss. È da notare che anche dopo la “scoperta” del principio di offensività nel sistema penale italiano, si ritenne comunque compatibile con tale principio un accertamento dell'idoneità degli atti del tentativo su base parziale: C. FIORE, *Il reato impossibile*, cit., 108 ss.; G. NEPI MODONA, *Il reato impossibile*, cit., 163 ss.

<sup>246</sup> Sul momento in cui valutare l'idoneità, v. il par. precedente e cap. I, par. 5; cfr. anche la posizione di I. GIACONA, *Il concetto d'idoneità degli atti nella struttura del delitto tentato*, cit., 358 ss.; criticamente F. PALAZZO, *Il tentativo: un problema ancora aperto?*, cit., 54: «[S]ussiste sempre la possibilità di una “retrocessione all'indietro” del pericolo, così da riferirlo ad una base fattuale in cui non siano ancora venuti ad esistenza quei fattori impeditivi in ragione dei quali il giudizio di pericolo sarà ‘*successivamente*’ negativo».

<sup>247</sup> S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, cit., 1001. La presenza in grande quantità di reati di pericolo astratto che hanno lo scopo di proteggere beni giuridici significativi, fondandosi su consolidate regole di esperienza, non può apparire come una mastodontica eccezione del sistema penale, ma è una scelta di criminalizzazione che, soprattutto oggi, si rivela necessaria in determinati settori dove ci sono situazioni di pericolo standardizzate e beni collettivi da proteggere; la legittimità costituzionale dell'impiego dei reati di pericolo astratto è garantita dalla razionalità e proporzionalità della scelta della tecnica di tutela, basata su apprezzamenti rigorosi e come esito di una esperienza consolidata: Corte cost., 10 luglio 1991, n. 333, in *Foro it.*, 1991, 114, I, 2628 ss.; v. pure S. CANESTRARI, voce *Reato di pericolo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, 6-7.

senso di sicurezza, per effetto di una condotta che è comunque “oggettivamente” pericolosa e che è altra cosa rispetto alla punizione della mera disobbedienza<sup>248</sup>.

Ma sono gli stessi sostenitori della base totale di giudizio che, di fronte agli esiti difficilmente accettabili ai quali conduce la tesi in discorso, sono costretti a proporre, ma soltanto in una prospettiva *de lege ferenda*, perché sul piano positivo non ci sono vie d’uscita percorribili, modifiche normative per comprendere nel perimetro della punibilità i casi in cui la mancata consumazione sia dovuta a circostanze impeditive ignote all’agente: vista l’irrazionalità degli esiti ai quali conduce la teoria della base totale, soprattutto le lacune di tutela che essa genera, se ne vogliono annullare gli effetti che in concreto si possono produrre, assoggettando comunque a pena alcuni casi considerati comunque intollerabili, ma rinnegando in questo modo l’essenza stessa dell’adozione di una base totale di giudizio<sup>249</sup>.

Nondimeno, un complessivo ripensamento della figura del delitto tentato in un sistema penale del rischio e della sicurezza, dove la stragrande maggioranza delle fattispecie sono attualmente costruite come reati di pericolo spesso presunto o addirittura potenziale, persino “ipotetico”, non può, senza per questo cambiare la base di giudizio dell’idoneità degli atti, non andare alla ricerca di una maggiore concretizzazione del pericolo della fattispecie tentata<sup>250</sup>.

Si è detto che presupposto per la creazione di una situazione di pericolo è l’attivazione di un rischio non consentito. Rimane ora da accertare se questo pericolo sia effettivamente esistente e quindi se gli atti posti in essere dall’agente possano dirsi idonei alla produzione dell’evento o alla realizzazione della condotta, secondo quanto, in astratto, contemplato dalla fattispecie. La valutazione sulla concretizzazione del rischio nel delitto tentato e quindi dell’idoneità degli atti necessita di una scansione bifasica<sup>251</sup>.

Il giudizio di idoneità va effettuato, in una prima fase, *ex ante*, misurando cioè la potenzialità lesiva della condotta in termini di possibilità. Si tratta di un giudizio di natura ipotetica circa la possibilità che gli atti siano in grado di produrre l’evento o completare la condotta richiesta in astratto dalla fattispecie incriminatrice (idoneità in astratto o generale). Se la creazione di un rischio non permesso è indicatore del fatto che gli atti hanno abbandonato la fase preparatoria e sono entrati in quella esecutiva, per stabilire se vi sia realmente un tentativo

---

<sup>248</sup> È da sottolineare, a questo riguardo, il cambiamento di opinione emerso in F. ANGIONI, *Un modello di tentativo per il codice penale*, in AA.VV., *La riforma del codice penale*, cit., 121-122 e 132-133, rispetto alla monografia sui reati di pericolo del 1994.

<sup>249</sup> Sempre F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., 309-310.

<sup>250</sup> V. *antea* cap. I, par. 6; E. LO MONTE, *Il delitto tentato*, cit., 162 ss. e 170 ss.

<sup>251</sup> Cfr. G. SPENDEL, *Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie*, in ID. (Hrsg.), *Studien zur Strafrechtswissenschaft*, cit., 104 ss.

punibile, è necessario verificare l'effettiva presenza di quel soccorso di tipicità sancito dai criteri contemplati nell'art. 56 c.p. in relazione alla norma di parte speciale che viene nel caso concreto in rilievo. Il giudice, ponendosi idealmente nel momento in cui l'agente con il suo comportamento ha attivato un rischio illecito, deve valutare se la condotta è idonea, in quel momento, a mettere in pericolo il bene giuridico tutelato o ad aumentare un rischio già esistente, cioè se la condotta è oggettivamente tendente alla lesione del bene, senza considerare i fattori concomitanti e indipendenti dalla volontà del soggetto agente.

Ma non si può, a questo punto, ancora affermare che la situazione (*Zustand*) che si è creata sia certamente pericolosa. Il concetto di pericolo, infatti, è graduabile e non è qualcosa di statico: un atto inizialmente idoneo può risultare successivamente inidoneo e viceversa. I parametri da impiegare in questo primo momento sono i seguenti: il giudizio di idoneità deve essere di tipo prognostico-postumo; deve essere effettuato in astratto, al fine di valutare se l'impiego del mezzo sia privo di efficienza causale, risolvendosi quindi in un giudizio prevalentemente negativo, valutando cioè se l'atto possa ritenersi inidoneo rispetto al rischio illecito che è stato attivato dall'agente.

In una seconda fase, logicamente separata dalla prima, si deve accertare se gli atti erano idonei a realizzare nell'evento lo specifico rischio disapprovato presente nella condotta, valutando in questo modo l'esistenza di un «nesso di rischio». Questo secondo momento di valutazione, più personalizzato, può essere realizzato soltanto *ex post*, mettendo in relazione l'astratta idoneità dell'atto preventivamente accertata, il fattore impeditivo indipendente e l'obiettivo criminoso dell'agente, cioè l'evento o la condotta che avrebbe voluto realizzare o completare. Affinché si possa affermare l'idoneità degli atti di tentativo è necessario, in questo secondo momento, emettere un giudizio di natura ipotetica e controfattuale, giudicando *ex post* ed in concreto se, in termini di elevata probabilità – parametro che deve essere uguale per qualsiasi delitto –, l'atto in astratto idoneo avesse potuto concretizzare nell'evento il rischio doloso che l'agente aveva creato ed aveva intenzione di realizzare.

Il secondo giudizio di idoneità (idoneità in concreto), che è di tipo diagnostico e non prognostico, anche se “temperato”, attenuato, permette di concludere il processo di imputazione oggettiva del fatto di tentativo e consiste appunto nel valutare se, qualora non fosse intervenuta la circostanza che ha impedito la consumazione, gli atti fino a quel momento posti in essere dall'agente avrebbero potuto, con elevata probabilità, realizzare concretamente proprio quel rischio illecito nell'evento o nel completamento dell'azione descritto nella norma incriminatrice, che il reo si era rappresentato e verso il quale tendeva: quel rischio illecito che è apparso inizialmente con la violazione della regola di condotta socialmente richiesta o

doverosa e che si è concretizzato, attraverso la realizzazione di atti idonei, nel perseguimento di un preciso obiettivo criminoso, che poi non si è verificato. L'accertamento del «nesso di rischio», così come precisato, indica l'insorgenza del pericolo, cioè dimostra che la situazione è effettivamente pericolosa.

Se la soglia della rilevanza penale del rischio, che minaccia l'esistenza del bene giuridico, si ottiene col sopraggiungere e il realizzarsi del fine, ovviamente il rischio che si concretizzi quel fine è una parte fondamentale del rischio penalmente rilevante: l'incidenza del fine sul rischio contempla necessariamente la probabile realizzazione del fine, giacché un fine irrealizzabile non potrebbe creare alcun rischio seriamente apprezzabile per l'interesse tutelato.

L'aspetto che riguarda la creazione di un rischio non permesso contrassegna l'ingresso degli atti nella fase esecutiva, ma si tratta ancora di un momento sostanzialmente avalutativo, perché gli atti esecutivi potrebbero essere – anche se ciò capita raramente – ancora non pericolosi. Soltanto nel momento in cui si completa una valutazione bifasica dell'idoneità, nei termini sopra indicati, si può giungere ad affermare l'insorgenza di una effettiva situazione pericolosa per il bene tutelato. La suddivisione in due momenti dell'idoneità consente al criterio in esame di indicare con la maggior precisione possibile il carattere pericoloso della condotta, giocando così un ruolo decisivo nel delimitare l'area di punibilità del tentativo, evitando di incriminare comportamenti formalmente corrispondenti al tipo legale ma inoffensivi<sup>252</sup>.

Un concreto apprezzamento del ruolo del rischio lo si può trovare nell'individuazione del tentativo punibile del delitto di frode in commercio, nel caso di detenzione di prodotti alimentari realmente scaduti ma con data di scadenza alterata o nel caso di omessa indicazione nel menù di cibi surgelati presenti nella cucina del ristorante<sup>253</sup>. Può essere anche questione che riguarda la misura in cui è possibile diminuire-aumentare il rischio: si pensi, ancora, al contrasto giurisprudenziale sorto sul momento consumativo del furto commesso in un supermercato sotto il monitoraggio del personale di sorveglianza e allo sforzo che deve realizzare la persona offesa per recuperare la refurtiva e per non perdere il potere di (formale) signoria sulla merce sottratta<sup>254</sup>.

---

<sup>252</sup> Le considerazioni che riguardano l'idoneità sono prevalentemente di tipo negativo, cioè si tratta di un procedimento *ad excludendum*, che riguarda l'inidoneità degli atti. Non si tratta di un "gioco di prestigio": l'idoneità ha una valenza realmente selettiva della condotta punibile soltanto se viene intesa come aspetto negativo del tentativo e non come criterio positivo.

<sup>253</sup> Per i riferimenti, v. la rassegna giurisprudenziale *antea* cap. I, par. 4.

<sup>254</sup> Cass. pen., Sez. unite, 19 aprile 2012, n. 34952, Reina, in *Cass. pen.*, 2013, 1, 52, con nota di BRUNELLI. La casistica presenta diversi casi nei quali la giurisprudenza è solita anticipare fortemente l'inizio dell'attività punibile senza che questa si caratterizzi effettivamente per la creazione di un rischio non più consentito e senza valutare se questo rischio sia in grado poi di generare un effettivo pericolo per il bene giuridico protetto. È il caso, ad esempio, del tentativo nel delitto di concussione (art. 317 c.p.) nel quale è frequente l'individuazione di atti idonei ed univoci

La ragione per la quale si vuole suddividere il giudizio di idoneità in due fasi è proprio questo: in un primo momento, si valuta una idoneità astratta degli atti *ex ante* su base parziale, cioè se gli atti possono dirsi in astratto pericolosi; in un secondo momento, una idoneità in concreto *ex post*, sempre su base parziale, per valutare se, attraverso l'accertamento del nesso di rischio in relazione all'obiettivo criminoso, il tentativo sia concretamente pericoloso, abbia creato, in definitiva, una situazione pericolosa.

La base parziale di accertamento che sorregge entrambi i momenti del giudizio di idoneità si fonda sui dati ontologici conosciuti dall'agente e su quelli conoscibili da un osservatore esterno ragionevole. La prima fase del giudizio di idoneità si concentra in modo particolare sulla valutazione di tutte le circostanze esternamente riconoscibili al momento della condotta e non soltanto sugli elementi conosciuti dall'agente. La figura dell'osservatore esterno necessita di essere meglio caratterizzata: prendendo spunto dal reato colposo, nel quale la figura dell'agente modello rappresenta la soluzione normativa per accertare la violazione di una regola cautelare, questa figura dell'osservatore esterno può venire proprio costruita in base a categorie sociali, individuando in questo modo regole di condotta e doveri di diligenza più precisi<sup>255</sup>. Nel secondo momento di valutazione dell'idoneità, il giudizio assume caratteristiche più personali e individualizzanti, è un giudizio che richiede particolare avvedutezza, tenendo in considerazione anche le superiori conoscenze e competenze che può possedere l'agente in concreto ed evitando così una eccessiva standardizzazione che si avrebbe con riferimento ad un generico "uomo medio"; il dolo crea (può creare) dei rischi prima inesistenti e quindi il riflesso che gli elementi fattuali hanno avuto nella rappresentazione dell'agente non possono rimanere al di fuori di qualsiasi considerazione<sup>256</sup>.

La modulazione dei criteri dell'imputazione oggettiva in relazione al delitto tentato permette, dunque, di definire da un punto di vista normativo, senza allontanarsi, peraltro, dalla *littera legis*, la condotta pericolosa e punibile. La contemporanea selezione degli atti esecutivi in una prospettiva non esecutivo-formale, bensì – si può dire – normativo-materiale, accanto al criterio positivamente posto dell'idoneità degli atti, consente di operare una valutazione in termini di effettiva pericolosità o, se si preferisce, di concreta offensività, compiendo un

---

in un qualsiasi comportamento che possa in astratto generare un timore, senza accertarne l'oggettiva efficacia intimidatoria, persino nel caso in cui il pubblico ufficiale eserciti un potere in sé legittimo o ponga domande inappropriate o tenga un atteggiamento eccentrico rispetto alle funzioni cui è preposto: Cass. pen., Sez. VI, 23 giugno 2006, n. 25887, in *Cass. pen.*, 2007, 3681 ss., con nota di TRIMBOLI; Cass. pen., Sez. VI, 24 settembre 2009, n. 40518, in *C.E.D. Cass.*, 245285; Cass. pen., Sez. IV, 18 ottobre 2012, n. 4158, *ivi*, 254491.

<sup>255</sup> Cfr. D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 291 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., 223 ss. e 242 ss.; in specie, per il tentativo M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, cit., 182.

<sup>256</sup> E. HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Köln, 1973, 51.

percorso scandito da varie fasi logicamente separate, ma non necessariamente anche cronologicamente separate. La proiezione di questi criteri di accertamento del tentativo, in linea con i correttivi ermeneutici qui proposti, non è tassativa, nella misura in cui non è necessario accertare un determinato aspetto perché risulta evidente e non è questione discussa; questa lettura, incentrata sul rischio e sul nesso di rischio cerca soprattutto di evitare nel processo accertamenti superficiali, purtroppo frequenti nella prassi, e soprattutto di evitare presunzioni o sublimazioni degli elementi costitutivi del delitto tentato.

Il giudizio sull'idoneità degli atti si ferma a questi aspetti: la reale congruenza degli atti con il piano criminoso e la relazione di prossimità con la realizzazione del fatto contemplato dalla fattispecie, dalla quale si possa desumere la direzione inequivocabile verso il fine criminoso, è questione che attiene all'univocità, intesa come criterio conclusivo di verifica.

7. Il problema della configurabilità del tentativo anche nei reati omissivi fornisce, per le linee interpretative che si è cercato di delineare, un importante banco di prova.

È noto il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla possibilità di ravvisare un tentativo nei reati omissivi propri. Da un lato, per lungo tempo, la dottrina maggioritaria ha ritenuto impossibile configurare un tentativo nei reati omissivi propri, giacché, se il termine per compiere l'azione prescritta non è scaduto e sussiste ancora la possibilità di intervenire, il mancato adempimento dell'obbligo di agire non può ancora integrare gli estremi del tentativo, ma se il termine è spirato, non è comunque possibile immaginare un tentativo perché a quel punto il reato sarebbe già consumato<sup>257</sup>. Questa tesi faceva sostanzialmente leva sulla supposta natura istantanea dei reati omissivi propri e sul fatto che in questo tipo di reato manca un vento in senso naturalistico, producendosi immediatamente l'offesa al bene giuridico se il soggetto omette di intervenire<sup>258</sup>. Questa tesi ha trovato una sostanziale adesione anche da parte della giurisprudenza, la quale tuttavia non ha mai escluso in linea teorica la possibilità di ravvisare un tentativo anche nel reato omissivo. Statuizioni in tal senso si sono registrate, ad esempio, con riguardo al reato di astensione dagli incanti di cui all'art. 354 c.p., con la motivazione che fino all'ultimo momento rimangono margini notevoli di incertezza sulla possibilità che l'azione prescritta o, al contrario, il comportamento omissivo effettivamente si possa compiere<sup>259</sup>.

---

<sup>257</sup> A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, II, *Profili dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, Padova, 1988, 901 ss. e 926 ss. per la conclusione che non è configurabile il tentativo di un reato omissivo proprio, in linea con l'opinione tradizionale della dottrina già espressa da V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano* <sup>5</sup>, II, 521.

<sup>258</sup> A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, II, cit., 894 ss.; v. pure G. FIANDACA, *Sulla configurabilità del tentativo nei delitti di omissione*, in *Indice pen.*, 1976, 13 ss. e spec. 20 ss.

<sup>259</sup> Cass. pen., Sez. II, 6 febbraio 2007, n. 9551, in *Cass. pen.*, 2007, 4604.

Altra parte della dottrina, invece, considerava possibile configurare il tentativo anche nei reati omissivi propri, adducendo il fatto che il soggetto agente, prima che scada il termine ultimo in cui è possibile agire per adempiere all'obbligo, costituisca o si ponga in una situazione di fatto tale da escludere la possibilità di adempiere al comando in tempo utile<sup>260</sup>; o comunque, in termini più generici, quando l'agente compie atti che si possono considerare idonei e diretti in modo non equivoco a dare corso ad una situazione o a comportamenti che rendono impossibile l'adempimento del comando contemplato dalla fattispecie incriminatrice<sup>261</sup>. La tesi che ritiene configurabile il tentativo anche nei reati omissivi propri deve confrontarsi con il problema di stabilire quando, cioè in quale esatto momento, possono ritenersi integrati gli estremi del tentativo e quando invece si giunge alla consumazione. L'aspetto controverso concerne i tempi ristretti entro i quali si può muovere la condotta dell'obbligato: se l'agente precostituisce una situazione nella quale non può più obiettivamente adempiere in pendenza del termine non si avrà infatti un tentativo, bensì un reato consumato, altrimenti si dovrebbe giungere in questi casi alla conclusione piuttosto irragionevole di applicare al reo il trattamento sanzionatorio più mite del tentativo per il solo fatto di essere stato scoperto in un momento antecedente alla scadenza del termine stesso; ma seguendo questa direzione, allora, il tentativo è ipotizzabile soltanto con riguardo ad atti piuttosto remoti, quasi certamente preparatori, cioè quando tenta di porsi, senza successo, nell'impossibilità di ottemperare al dovere impostogli<sup>262</sup>.

Residuando comunque non pochi margini di incertezza, l'ausilio di criteri normativi consente di individuare con maggior precisione il momento nel quale si possono ritenere in questi casi integrati gli estremi del tentativo, valutando la creazione di una situazione che renda impossibile l'adempimento del comando di agire, quando il tempo non è ancora del tutto decorso, sempre attraverso i criteri della creazione di un rischio illecito o dell'aumento del rischio: la relazione, il nesso di rischio potenziale tra il comportamento del soggetto obbligato e il momento utile per ottemperare alla pretesa normativamente imposta fornisce la misura per individuare il momento, o almeno un indice di orientamento, in cui il soggetto si sta indirizzando alla creazione di una situazione tale da rendere impossibile l'azione che la fattispecie comanda di realizzare<sup>263</sup>.

---

<sup>260</sup> M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, cit., II, 80-81.

<sup>261</sup> I. CARACCIOLI, *Il tentativo nei delitti omissivi*, Milano, 1975, 63 ss. e 75 ss.; conf. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale* <sup>3</sup>, vol. I, Art. 1-84, cit., Art. 56, 28/30, 597-598.

<sup>262</sup> C.F. GROSSO - M. PELISSERO - D. PETRINI - P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2° ed., Milano, 2017, 494-495; G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit.,

<sup>263</sup> Lo stesso discorso vale per la possibilità di configurare un tentativo nel reato complesso sia nel caso in cui sia stata raggiunta la consumazione di una componente illecita e non dell'altra, sia nel caso in cui non sia stata raggiunta la consumazione di tutte le figure criminose che compongono il reato.

Per quanto concerne, invece, i reati omissivi impropri, la connaturata presenza di un evento in senso naturalistico consente di superare in modo abbastanza agevole le obiezioni alla configurabilità del tentativo che fanno prevalentemente leva sempre sul tenore letterale dell'art. 56 c.p., in cui si parla soltanto di «atti» e poi di «azione» senza menzione di comportamenti omissivi, e della direzione non equivoca degli atti, visto che nell'omissione (impropria) questa direzione finalistica, anche per il diverso modo di atteggiarsi del dolo, può essere ricostruita nella maggioranza dei casi dopo la realizzazione del fatto. Proprio la verifica di un evento lesivo permette infatti di configurare un tentativo ogniqualvolta alla condotta omissiva dolosa non segua l'evento per fattori casuali, per l'intervento di un terzo o comunque indipendenti dalla volontà dell'omittente<sup>264</sup>.

Il problema del tentativo nei reati omissivi impropri non è però risolto. La questione principale e tuttora aperta riguarda l'individuazione del momento in cui il comportamento omissivo può dirsi punibile a titolo di tentativo. È proprio sull'inattività punibile che sorgono non pochi problemi. Le soluzioni fino ad ora prospettate, soprattutto in dottrina, rispecchiano in un certo qual modo le rispettive teorie oggettive o soggettive sulle base delle quali fondare la punibilità del tentativo. Secondo un primo orientamento, di stampo più soggettivo, si può ritenere realizzato un tentativo punibile fin dal primo momento in cui il titolare della posizione di garanzia, avendo la possibilità di intervenire, si astenga dal porre in essere l'azione conforme all'obbligo giuridico, a condizione ovviamente che quell'omissione sia già sorretta dalla volontà di produrre l'evento lesivo conseguente, poiché già sintomo di pericolosità e di una volontà colpevole<sup>265</sup>. Altra tesi, di tipo oggettivistico, invece, lo ha individuato nell'ultimo momento utile in cui l'agente avrebbe potuto attivarsi per impedire l'evento, così da palesare in maniera inequivoca la direzione dell'inerzia, approfondendo il pericolo per l'integrità del bene giuridico protetto dalla fattispecie<sup>266</sup>.

Tra queste due tesi opposte, si colloca un noto orientamento sostanzialmente mediano, sviluppato principalmente nell'ambito della dottrina tedesca, che si concretizza nella perdita di

---

<sup>264</sup> I. CARACCIOLI, *Il tentativo nei delitti omissivi*, cit., 141 ss. e 161 ss., che individua comunque un termine di adempimento anche nelle fattispecie commissive mediante omissione.

<sup>265</sup> Il problema aveva suscitato un ampio dibattito nella dottrina tedesca soprattutto prima della riforma del *StGB* nel 1975, quando non era ancora presente il §13 - *Begehen durch Unterlassen*, l'equivalente del cpv. dell'art. 40 del codice penale italiano. Per l'orientamento oggettivistico, v. ormai letteratura classica e datata sul reato omissivo, soprattutto Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, cit., 210 ss.; v. anche H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht* <sup>9</sup>, 221.

<sup>266</sup> R.D. HERZBERG, *Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, in *Monatsschrift für deutsches Recht*, 1973, 89 ss.

controllo sul fatto<sup>267</sup>: l'inizio del tentativo punibile sarebbe da individuare nel momento in cui il garante non sia più capace di dominare il corso degli eventi e quindi non si possa più prevedere una sua attivazione conformemente all'adempimento dell'obbligo. La circostanza che il corso degli avvenimenti sfugga di mano all'agente, pur cogliendo un aspetto importante, non è però ancora sufficiente per poter configurare come tipica l'inerzia dell'omittente. Alla perdita di controllo, infatti, non è detto segua anche un approfondimento della situazione pericolosa già in corso.

Orbene, il soccorso ermeneutico offerto dai criteri del rischio può svolgere una funzione importante nell'individuare l'inizio della condotta punibile a titolo di tentativo. Il primo ambito di applicazione riguarda senz'altro la distinzione tra la "preparazione", cioè quell'arco di tempo nel quale non è possibile ancora muovere un rimprovero al soggetto garante, e l'inizio dell'omissione punibile. Fino a quando è possibile porre in essere l'azione salvifica è piuttosto difficile poter configurare un tentativo punibile, poiché il decorso eziologico può essere ancora gestito dal soggetto obbligato. Il tentativo punibile nell'omissione impropria può avere inizio soltanto nel momento in cui la messa in pericolo della vittima risulti diretta ed immediata, quando il pericolo aumenti considerevolmente e ci si avvicini alla verificazione dell'evento lesivo. L'aspetto dirimente è, dunque, quello di verificare quando l'astensione del soggetto agente conduca ad un aumento così elevato del rischio per la vittima da porla in una situazione di pericolo.

Il criterio dell'aumento del rischio, in questi casi, si rivela decisivo: se il garante, guardando ai doveri di condotta che gli sono propri, in base alla posizione di garanzia che ricopre, con la sua colpevole astensione, provoca un apprezzabile aumento del rischio di verificazione dell'evento, cioè il suo *non agere* aumenta il pericolo per il bene giuridico tutelato, nel senso che, a quel punto, soltanto un intervento straordinario sarà in grado di impedire il sopraggiungere dell'epilogo infausto, allora si potrà configurare un tentativo punibile. In quel momento, infatti, viene meno la possibilità di impedire la verificazione dell'evento attraverso la realizzazione dell'azione doverosa e attraverso questa valutazione normativa si riesce ad individuare l'insorgenza di quel pericolo sufficiente per poter integrare la tipicità del fatto tentato, in seguito al quale l'inibizione dell'evento può avvenire soltanto per altra via, perché la creazione di un rischio maggiore rende inidonea l'azione doverosa che il garante avrebbe dovuto porre in essere.

---

<sup>267</sup> C. ROXIN, *Der Anfang des beendeten Versuchs, Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten*, in F.-C. SCHRÖDER - H. ZIPF (Hrsg.), *Festschrift für Reinhart Maurach*, cit., 213 ss.

All'interno di questa distinzione si inseriscono gli istituti della desistenza volontaria e del recesso attivo (art. 56, commi 3 e 4, c.p.): vi sarà desistenza non punibile fino a quando l'entità e il *quantum* del rischio non sono tali da far perdere all'azione salvifica dovuta le potenzialità di impedimento dell'evento in modo ordinario, mentre si avrà un caso di pentimento operoso, con pena soltanto attenuata, quando l'aumento del rischio è tale da richiedere, al fine di impedire l'evento, un intervento di tipo straordinario che si discosta per sua natura dal normale obbligo di agire che grava sul soggetto garante<sup>268</sup>.

8. Dopo aver ricostruito e provato il dolo del tentativo, deve essere esaminata la natura esecutiva degli atti, distinguendoli da quelli preparatori. Si può considerare esecutivo l'atto che, in violazione dei doveri di condotta scaturenti dal ruolo o dalla funzione sociale dell'agente o di regole di comportamento desunte dal contesto sociale, abbia creato un rischio non consentito o abbia aumentato un rischio giuridicamente disapprovato. La creazione o l'aumento di un rischio illecito, da accertare con giudizio prognostico *ex ante*, segna la soglia minima perché si possa avere teoricamente una condotta punibile a titolo di tentativo; è almeno indice di tipicità, parziale tipicità o immediata pre-tipicità del fatto e costituisce la base di valutazione dell'idoneità degli atti, poiché il rischio illecito attivato è il primo elemento sul quale si basa l'accertamento della pericolosità della condotta, rappresentandone il presupposto.

Il giudizio di idoneità è bene svilupparlo attraverso una scansione bifasica di tipo logico: in una prima fase, valutando la potenzialità lesiva della condotta, in termini di possibilità. Si tratta di un giudizio astratto di tipo prognostico-postumo, su base parziale, circa la possibilità che gli atti siano in grado di produrre l'evento o completare la condotta richiesta in astratto dalla fattispecie. In una seconda fase, invece, si deve accertare, sempre su base parziale, se gli atti erano idonei a realizzare nell'evento lo specifico rischio illecito attivato dalla condotta dell'agente, valutando così l'esistenza di un nesso di rischio. Questo rapporto, nel delitto tentato, è una valutazione che si basa sulla strumentalità degli atti all'obiettivo preso di mira dal soggetto agente e contribuisce in maniera determinante a definire la tipicità del tentativo. Il nesso di rischio, infatti, serve per verificare la congruenza potenziale della condotta tipica di condurre verso un obiettivo (*Zweck*) che poi non si verifica. Nel secondo momento, si pone in relazione l'astratta idoneità dell'atto accertata preventivamente in termini di efficienza causale, il fattore impeditivo indipendente dalla volontà dell'agente e l'obiettivo criminoso. Per affermare l'idoneità degli atti è necessario emettere un giudizio di natura ipotetica e

---

<sup>268</sup> Una dettagliata disamina della questione è presente in D. FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa*, cit., 344 ss., 350 ss. e 356 ss., a cui si rimanda anche per l'analisi della casistica.

controfattuale, giudicando *ex post facto* ed in concreto se, in termini di elevata probabilità, l'atto, in astratto idoneo, era in grado di concretizzare nell'evento il rischio doloso creato dall'agente.

Si tratta, a questo punto, di concludere il giudizio sull'esistenza di una condotta punibile a titolo di tentativo: bisogna valutare, quindi, la reale congruenza degli atti posti in essere dall'agente, già considerati esecutivi ed idonei, con il piano criminoso e la relazione di prossimità con la realizzazione del fatto contemplato dalla fattispecie. La proposta di una ortopedia ermeneutica sull'istituto del tentativo, incentrata su criteri prevalentemente socio-normativi, trova i suoi ostacoli maggiori nel requisito dell'univocità. Il lavoro svolto dal criterio dell'univocità degli atti ha infatti mostrato nel corso del tempo tutta la sua insufficienza: al di là della questione di attribuire al criterio in parola una accezione oggettiva o soggettiva, è suscettibile di essere interpretato nei modi più svariati anche all'interno di un orientamento prevalentemente oggettivistico: si passa dalla certezza della direzione dell'atto, alla unidirezionalità, all'esecutività; insomma, troppe e contrasti funzioni si attribuiscono alla direzione non equivoca degli atti.

Esaminando i più recenti orientamenti della dottrina e alcune vaghe indicazioni che emergono dalla disorganica giurisprudenza di legittimità sulla funzione che l'univocità può effettivamente assolvere, emerge innanzitutto l'esigenza di superare la rigida contrapposizione tra univocità in senso oggettivo e soggettivo<sup>269</sup>, nel senso che l'effettiva direzione degli atti può essere desunta da qualsiasi elemento esterno alla condotta, quindi anche *aliunde*, ma gli atti devono riflettere anche in modo oggettivo l'obiettivo criminoso perseguito dall'agente. Questa soluzione eclettica conduce in particolare ad attribuirgli una connotazione di prossimità spazio-temporale e logico-sociale alla manifestazione della condotta tipica, dell'atto esecutivo e idoneo tendente alla consumazione del reato<sup>270</sup>.

Il criterio dell'univocità è in grado di esprimere un giudizio di congruità complessiva degli atti in relazione al fine perseguito dall'agente e soprattutto sullo sviluppo dell'azione criminosa nel suo complesso, in relazione alla rappresentazione dell'agente: giudizio oggettivo e soggettivo di prova conclusiva per la punibilità del delitto tentato; si tratta in sostanza di una sorta di "prova del nove" per verificare la congruenza tra tutti gli altri elementi o requisiti

---

<sup>269</sup> G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 492-493; nella giurisprudenza, Cass. pen., Sez. II, 26 gennaio 2022, n. n. 18241, in *C.E.D. Cass.*; Cass. pen., Sez. I, 18 giugno 2019, n. 29101, *ivi*, 276401.

<sup>270</sup> C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 537-538.

necessari per configurare un tentativo punibile<sup>271</sup>. La valutazione della direzione inequivoca così intesa deve essere anche necessariamente parametrata sulla relativa fattispecie di parte speciale che viene di volta in volta in rilievo, dipendendo in una certa misura dal tipo di delitto, dalla sua struttura e dalle circostanze di fatto che possono accompagnare la sua realizzazione<sup>272</sup>.

L'univocità deve essere necessariamente intesa come criterio trasversale alla dimensione oggettiva e soggettiva, come criterio di natura mista, capace di esprimere un giudizio di congruenza e cioè di prova finale tra il piano criminoso dell'agente e la frazione di condotta realizzata. L'accertamento del dolo, la natura esecutiva dell'atto e il suo carattere di idoneità devono trovare finale composizione nella direzione non equivoca; tutti gli elementi devono essere legati da una intrinseca concordanza che trova nell'univocità un'espressione di certezza.

Ed è allora sul piano dell'univocità che, ad esempio, il tema della compatibilità tra il tentativo e le circostanze del reato può trovare una prospettiva di soluzione, soprattutto nel caso di un tentativo di delitto circostanziato, che riguarda quei casi in cui se il tentativo di delitto fosse giunto alla consumazione, sarebbe stato qualificato dalla sussistenza di circostanze aggravanti o attenuati, quindi dove la circostanza non si è effettivamente realizzata ma è stata assorbita dalla condotta tentata. Un giudizio che si basi sull'analisi del piano criminoso – ben potendo una circostanza costituire una finalità specifica che l'agente intende realizzare – e valuti poi le concrete modalità di sviluppo dell'azione, è in grado di giungere proprio ad un risultato di verosimiglianza e riconoscibilità oggettiva che deve provocare un sorta di riflesso nella mente del giudice dell'inequivocità dell'azione.

L'accertamento della proiezione esterna della volontà criminosa, come contrassegno di una tipicità "certa", riporta alla distinzione tra preparazione ed esecuzione ma con una consapevolezza ulteriore che abbandona questioni naturalistiche e nemmeno si incaglia in un eccessivo formalismo, ma guarda al delitto tentato da una prospettiva umanizzata che attinge i suoi riferimenti dalla coscienza sociale filtrata attraverso criteri normativi di imputazione, costruendo un così un più ampio concetto di rischio d'azione. Si tratta, in definitiva, di uno sforzo di correggere per via interpretativa, tenendo comunque fede al dettato della norma, quella connaturata carenza di determinatezza che affligge la combinazione della disciplina sul tentativo e con la singola fattispecie, come meccanismo conoscitivo del fatto e dell'offesa che consenta di enucleare con maggior precisione i limiti del diritto penale.

---

<sup>271</sup> Cfr., sulla fisionomia dell'istituto del tentativo nel sistema penale internazionale, riletto anche attraverso alcuni criteri tipici dell'ordinamento italiano, A. VALLINI, *Tentativo, "macrotentativo", "microtentativo" nel diritto penale internazionale*, in *Criminalia*, 2020, 99 ss., 120 ss. e spec. 123 ss. sull'univocità.

<sup>272</sup> A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., 602.

## Proposta di riforma

a legislazione vigente

### *– Delitto tentato*

*1. Chi, con il fine di commettere un delitto, ne intraprende l'esecuzione, o si accinge ad intraprenderla con atti pericolosi immediatamente antecedenti, risponde di delitto tentato, se l'azione non si completa o l'evento non si verifica.*

*2. La punibilità è esclusa quando i mezzi adoperati sono manifestamente inidonei o l'oggetto verso cui è diretta l'azione è assolutamente inesistente.*

*3. Il tentativo è punibile soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge; se previsto nella forma omissiva deve essere adeguatamente disciplinato.*

*4. Il colpevole del tentativo è punito con la reclusione non inferiore ad anni quindici se la pena stabilita per il delitto è l'ergastolo e, negli altri casi, con la pena prevista per il delitto consumato diminuita da un terzo alla metà.*



## BIBLIOGRAFIA

(delle sole opere citate nel testo; per i contributi dello stesso autore si segue sempre l'ordine alfabetico; le citazioni sono riportate in forma abbreviata)

- AA.VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Atti del convegno internazionale Lucca-Pisa 2-5 giugno 1988, a cura di Delogu - Antuofermo, Milano, 1991.
- AA.VV., *Gli ottant'anni del Codice Rocco*, a cura di Sartori - Insolera, Bologna, 2012.
- AA.VV., *Il codice penale per il Regno d'Italia (1889)*, a cura di Vinciguerra, Padova, 2009.
- AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci - Dolcini, Milano, 1985.
- AA.VV., *La riforma del codice penale. La Parte generale*, a cura di De Maglie - Seminara, *Quaderni di Cassazione penale*, Milano, 2022.
- AA.VV., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, a cura di Stile, Istituto superiore internazionale di Scienze criminali di Siracusa, Napoli, 2003.
- AA.VV., *Politica criminale e riprogettazione del codice penale*, a cura di Stile - Mongillo, Napoli, 2021.
- AA.VV., *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, a cura di C. Fiore - Moccia - A. Cavaliere, Napoli, 2009.
- ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *IP*, 1977, 403.
- ALEO, *Istituzioni di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2016.
- ALIMENA, *L'attività esecutiva nel tentativo*, in *FI*, 1936, IV, 99.
- ALLEGRA, *Sul tentativo*, in *RP*, 1972, CVI, 110.
- ALTAVILLA, *Lineamenti di diritto criminale*, Napoli, 1932.
- voce *Tentativo*, in *NDI*, Torino, 1940, XII, 44.
- Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*, vorgelegt von Baumann - Brauneck - Hanack - Arthur Kaufmann - Klug - Lampe - Lenckner - Maihofer - Noll - Roxin - Schmitt - Schultz - Stratenwerth - Stree, Tübingen, 1966.
- ALWART, *Strafwürdiges Versuchen. Eine Analyse zum Begriff der Strafwürdigkeit und zur Struktur des Versuchsdelikts*, Berlin, 1982.
- AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967.
- AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung*, Baden-Baden, 2019.
- ANARTE BORALLO, *Causalidad e imputación objetiva en derecho penal. Estructura, relaciones y perspectivas*, Huelva, 2002.
- ANGELINI, *L'elemento soggettivo nella scriminante della legittima difesa*, in *IP*, 2001, 191.
- ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.
- *Le norme definitorie e il Progetto di legge delega per un nuovo codice penale*, in AA.VV., *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, a cura di Canestrari, Atti del convegno in ricordo di Franco Bricola (1995), Torino, 1998, 196.
- *Un modello di tentativo per il codice penale*, in AA.VV., *La riforma del codice penale*, cit., 122 (anche in *RIDPP*, 2001, 1089).
- ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale* (Padova, 1934), Torino, 1960.

- *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 16° ed., a cura di L. Conti, Milano, 2003.
- *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 2° ed., Milano, 1947.
- *Pene e misure di sicurezza*, in *RIDP*, 1933, 120.
- AQUARONE, *L'unificazione legislativa e il codice del 1865*, Milano, 1960.
- ARCIULI, *Il delitto tentato*, Torino, 2007.
- AST, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik. Eine Systematisierung von Normarten und deren Nutzen für Fragen der Erfolgszurechnung, insbesondere die Abgrenzung des Begehungs-vom Unterlassungsdelikt*, Berlin, 2010.
- AZZALI, *Idoneità ed univocità degli atti. Offesa di pericolo*, in *RIDPP*, 2001, 1170.
  
- BACKES, *Rechtsstaatsgefährdungsdelikte und Grundgesetz*, Köln - Berlin - Bonn - München, 1970.
- BAMBERGER, *Versuch beim Unterlassungsdelikt*, Bonn, 1978.
- BAR (VON), *Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform*, II, *Die Schuld nach dem Strafgesetz* (1907), Neudruck, Berlin, 2018.
- BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, 1966.
- BARTOLI, *Brevi considerazioni sull'elemento soggettivo del delitto tentato in una prospettiva de lege ferenda*, in *RIDPP*, 2002, 918.
- *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010.
- *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008.
- BATTAGLINI Benedetto, *Considerazioni sul dolo eventuale*, in *CP*, 1986, 469.
- BATTAGLINI Giulio, *L'incompiutezza dell'azione nel tentativo*, in *RP*, 1935, 9.
- *Sul concetto di tentativo*, in *Annali DPP*, 1935, 417.
- BAUER, *Sexualität und Verbrechen - Beiträge zur Strafrechtsreform*, Frankfurt a.M. - Hamburg, 1963.
- BAUMANN, *Was erwarten wir von der Strafrechtsreform?*, in *ID.*, *Weitere Streitschriften zur Strafrechtsreform*, Bielefeld, 1969.
- BAUMANN (Hrsg.), *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1966.
- BAUMANN - WEBER - MITSCH - EISELE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Lehrbuch, 13. Aufl., Bielefeld, 2021.
- BAUMGARTEN, *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, Stuttgart, 1888.
- BELING, *Die Lehre vom Verbrechen* (Tübingen, 1906), Neudruck, Aalen, 1964.
- BELLMANN, *Die Internationale kriminalistische Vereinigung (1889-1933)*, Frankfurt a.M., 1994.
- BELTRANI, *Il delitto tentato*, Padova, 2003.
- BENEVOLO, *Il tentativo nella dottrina, nella legge e nella giurisprudenza*, Torino, 1887.
- BENFER, *Allgemeines Strafrecht*, Köln, 1984.
- BETTIOL, *Aspetti e problemi della attuale scienza penalistica italiana*, in *IP.*, 1974, 273.
- *Aspetti etico-politici delle misure di sicurezza*, in *Jus*, 1941, 557.
- *Aspetti politici del diritto penale contemporaneo*, Palermo, 1953, 57.
- *Diritto penale. Parte generale*, 7° ed., Padova, 1969.
- BIN Ludovico, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, Torino, 2022.
- BINDING, *Die Normen und ihre Ubertretung*, III, Leipzig, 1918, 426.
- BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010.
- *La causalità giuridica alla luce della teoria del rischio*, in *CP*, 2007, 365.
- *La causalità nella responsabilità professionale tra teoria e prassi*, Milano, 2004.
- BLAIOTTA - CANZIO, voce *Causalità (diritto penale)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, vol. II, Milano, 2006, 827.

- BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Granada, 2001.
- BLEI, *Das Wahnverbrechen – 5. Versuch (einschl. Rücktritt)*, in JA, 1973, 237.  
- *Versuch und Rücktritt vom Versuch nach neuem Recht*, in JA, 1975, 95.
- BLOY, *Unrechtsgehalt und Strafbarkeit des grob unverständigen Versuchs*, in ZStW, Bd. 113, 2001, 98.
- BOCKELMANN, *Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch*, in JZ, 1954, 468.  
- *Zur Reform des Versuchsstrafrechts*, in ID., *Strafrechtliche Untersuchungen*, Göttingen, 1957, 151.
- BONDI, *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, Napoli, 1999.
- BOTTKE, *Untauglicher Versuch und freiwilliger Rücktritt*, in ROXIN - WIDMAIER (Hrsg.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, Bd. VI, *Strafrecht - Strafprozeßrecht*, München, 2000, 135.
- BRANDT Christian, *Die Entstehung des Code pénal von 1810 und sein Einfluss auf die Strafgesetzgebung der deutschen Partikularstaaten des 19. Jahrhunderts am Beispiel Bayerns und Preußens*, Europäische Hochschulschriften, Frankfurt a.M., 2002.
- BRASCHI, *La consumazione del reato. Fondamenti dogmatici ed esigenze di politica criminale*, Milano, 2020.
- BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960.  
- *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961.  
- *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2 e 3 Cost., rivisitato alla fine degli anni '70*, in QC, 1980, 179.  
- *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in RIDPP, 1988, 3.  
- *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in AA.VV., *Funzioni e limiti del diritto penale*, a cura di Acutis - Palombarini, Padova, 1984, 28.  
- *voce Teoria generale del reato*, in NNDI, Torino, 1973, XIX, 7.
- BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, 3° ed., Torino, 2019.
- BRUNS, *Der Untaugliche Täter im Strafrecht. Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 8. Juli 1955*, Karlsruhe 1955.  
- *Die Strafbarkeit des Versuchs eines untauglichen Subjekts*, in GA, 1979, 161.
- BRUSA, *Della tentata subornazione e del tentativo in generale*, in RP, XXXVII, 1893, 106.
- BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Wien, 1974.
- BURI (von), *Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, Stuttgart, 1885.  
- *Der Versuch des Verbrechen mit untauglichen Mitteln oder an inem untrüglichen (sic!) Object*, in *Der Gerichtssaal*, Bd. 20, 1868, 325.  
- *Über das Wesen des Versuchs*, in *Archiv für Gemeines Deutsches und für Preußisches Strafrecht*, Bd. 25, 1877, 266.  
- *Versuch und Causalität*, in *Der Gerichtssaal*, Bd. 32, 1880, 357.  
- *Zur Lehre vom Versuche*, in *Der Gerichtssaal*, Bd. 19, 1867, 60.
- BURKHARDT, *Tatbestandsmäßigen Verhalten und ex-ante-Betrachtung. Zugleich ein Beitrag wider die Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven*, in WOLTER - FREUND, *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, 1996, 99.
- CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, vol. II, *Profili dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, Padova, 1988.
- CADOPPI - VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, 8° ed., Milano, 2021.
- CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*, Frankfurt a.M., 1973.

- CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2° ed., Barcelona, 2001.
- *Los orígenes de la teoría de la adecuación social en Welzel*, in ADPCP, 1993, 697.
  - *Überlegungen zu einer gemeineuropäischen Regelung des Versuchs*, in TIEDEMANN (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Rechtsdogmatik, Rechtsvergleich, Rechtspolitik, Freiburg-Symposium*, Köln - Berlin - Bonn - München, 2002, 169.
- CANEPA, *Dolo eventuale e tentativo: possibilità e limiti di una compatibilità*, in IP, 2009, 421.
- *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011.
- CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999.
- *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989.
  - voce *Preterintenzione*, in DDP, IX, Torino, 1995, 694.
  - voce *Reato di pericolo*, in EGT, XXX, Roma, 1993, 1.
- CANESTRARI - CORNACCHIA - DE SIMONE, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 2° ed., Bologna, 2017.
- CARACCIOLI, *Il delitto tentato*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale*, parte I, *Diritto penale*, Milano, 1991, 199.
- *Il tentativo nei delitti omissivi*, Milano, 1975.
- CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale* (5° ed., 1833), Milano, 1863.
- CARRARA, *Cardini della scuola penale italiana, a chi vuole intendere novellamente dichiarati*, in Riv. pen., 5, III, 1876, 148.
- *Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto (conato, complicità)*, 4° ed., Lucca, 1860.
  - *Opuscoli di diritto criminale*, I, Firenze, 1898.
  - *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, 2° ed., Lucca, 1869.
  - *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, II, 3° ed., Lucca, 1872.
  - *Sinopsi delle mie opinioni sul conato*, Lucca, 1878.
  - *Sunto di alcune lezioni sul grado nella forza fisica del delitto (conato, complicità)*, 3° ed., Lucca, 1859.
  - *Tentativo e consumazione*, Parte prima, XI, in ID., *Reminiscenze di cattedra e foro dell'avvocato Francesco Carrara*, Lucca, 1883, 328.
- CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989.
- *La teoria dell'aumento del rischio e l'illecito colposo*, in Studi Urbinati, 1985, 127.
  - *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, in RIDPP, 1987, 881.
- CASTORI, *Il tentativo*, in AA.VV., *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale*, a cura di Cogliolo, Milano, 1889, I, 430.
- CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009.
- CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli, 2004.
- CAVALIERE Antonio, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000.
- *L'offensività nella Relazione e nel Progetto preliminare della Commissione Grosso per la riforma del codice penale*, in AA.VV., *La riforma continua. Il riformismo giuridico nell'era progressista. Tentativo di bilancio*, a cura di Moccia, Napoli, 2002, 266.
  - *Può la sicurezza costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in HASSEMER - KEMPF - MOCCIA - DÖRR (Hrsg.), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München, 2009, 111.
  - *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in Studi in onore di Giorgio Marinucci, vol. II, Milano, 2006, 1464.

- CAVALIERE Patrick Anthony, *Il diritto penale politico in Italia dallo Stato liberale allo Stato totalitario. Storia delle ideologie penalistiche tra istituzioni e interpretazioni*, Roma, 2008.
- CAVANNA, *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, in *Annali della facoltà giuridica genovese*, IX, 1970, 1, 4.
- CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004.
- CINGARI, *Gli incerti confini del tentativo punibile*, in *DPP*, 2009, 867.
- CIVOLI, *Trattato di diritto penale*, vol. I, *Parte generale*, Milano, 1912.
- Commissione Nordio per la riforma del codice penale*, in *CP*, 2005, 244.
- CONCI, *Il reato putativo e il reato impossibile*, Messina, 1940.
- CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004.
- *Lex imperfecta: ciò che sopravvive della Normentheorie di Binding nella dommatica penale*, in *Criminalia*, 2016, 347.
- CRAMER, *Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt*, Tübingen, 1962.
- CRESPI - STELLA - ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2003.
- CRIVELLARI, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, IV, Torino, 1892.
- D'ALESSANDRO Francesco, *La certezza del nesso causale: la lezione "antica" di Carrara e la lezione "moderna" della Corte di cassazione sull'«oltre ogni ragionevole dubbio»*, in *RIDPP*, 2002, 743.
- *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012.
- D'ALESSANDRO Leonardo Pompeo, *Giustizia fascista: storia del Tribunale speciale*, Bologna, 2020.
- D'ASCOLA, *Il dolo del tentativo: considerazioni sul rapporto tra fattispecie oggettiva e fattispecie soggettiva*, in *RIDPP*, 1979, 682.
- DA PASSANO, *Il problema dell'unificazione legislativa e l'abrogazione del codice napoletano*, in *Codice per lo Regno delle Due Sicilie (1819)*, a cura di Vinciguerra, Padova, 1996, LXIX.
- *La codificazione penale nel Granducato di Toscana (1814-1860)*, in *Codice penale pel Granducato di Toscana (1853)*, a cura di Vinciguerra, Padova, 1995, VII.
- DAHM - SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg, 1933.
- DALIA, *Le cause sopravvenute interrutive del nesso causale*, Napoli, 1975.
- DE FRANCESCO Giovannangelo, *Aberratio. Teleologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure di divergenza nell'esecuzione del reato*, Torino, 1998.
- *Brevi spunti sulla riforma del tentativo*, in *RIDPP*, 2001, 716.
- *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *RIDPP*, 1988, 151.
- *Fatto e colpevolezza nel tentativo*, in *RIDPP*, 1992, 703.
- *Forme del dolo e principio di colpevolezza nel delitto tentato*, in *RIDPP*, 1992, 963.
- *Funzioni della pena e limiti della coercizione: caratteri ed eredità del classicismo penale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2009, 611.
- *Il tentativo nei reati di pericolo. Prospettive di un dialogo ermeneutico*, in *CP*, 2013, 1731.
- *L'enigma del tentativo: vicende sistematiche ed interrogativi politico-criminali*, in *LP*, 2002, 930.
- *L'imputazione del reato e i tormenti del penalista*, in *Scritti per Federico Stella*, vol. I, a cura di Bertolino - Forti, Napoli, 2007, 537.
- *Quali alternative al codice penale? Un'introduzione al "Progetto Grosso"*, in AA.VV., *Un nuovo progetto di codice penale: dagli auspici alla realizzazione?*, Torino, 2001, 9.
- *Sul tentativo punibile*, in *Studium juris*, 1999, 254.
- DE FRANCESCO Gennaro Vittorio, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978.
- DE MARSICO, *Diritto penale. Parte generale*, Napoli, 1935.

- *Natura e scopi delle misure di sicurezza*, in *RIDPen.*, 1933, 1259.
- *Premesse certe alla dogmatica delle misure di sicurezza*, in *RIDPen.*, 1935, 108.
- DE VERO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2020.
- *Disvalore d'azione e imputazione dell'evento in un'aggiornata costruzione separata dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1519.
- DEL CORSO, *Art. 49 - Reato supposto erroneamente e reato impossibile*, in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Tomo I (Artt. 1-413), Milano, 2007, 3, 388.
- *Atti preparatori ed atti esecutivi nel pensiero di Francesco Carrara*, in *RIDPP*, 1990, 148.
- *Il tentativo nel codice Zanardelli*, in *RIDPP*, 1990, 955.
- *Riflessioni sulla struttura del tentativo nella cultura giuridica italiana*, Torino, 2019.
- DELOGU, «Vivo e morto» nell'opera di Francesco Carrara, in AA.VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, cit., 59.
- *La struttura del reato tentato*, in *Annali DPP*, 1937, 951
- DEMURO, *Il dolo*, I, *Svolgimento storico del concetto*, Milano, 2007.
- *L'interpretazione sistematica nel diritto penale*, in *RIDPP*, 2018, 1088.
- *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *RIDPP*, 2013, 1654.
- DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, Berlin, 1996.
- DENORA, *Condotta di agevolazione e sistema penale*, Napoli, 2006.
- DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003.
- *Il problema causale tra scienza e giurisprudenza (con particolare riguardo alla responsabilità medica)*, in *IP*, 2004, 1115.
- *L'agente provocatore. Un'indagine dommatica e politico-criminale*, Milano, 1991.
- *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *RIDPP*, 2002, 637.
- DIAMANTI, *Scriminanti incomplete e giudizi controfattuali. Contributo ad uno studio sull'imputazione dell'illecito penale*, Torino, 2019.
- DISEGNO DI LEGGE n. 2038 - *Articolato*, in *RIDPP*, 1995, 983.
- DOHNA (GRAF ZU), *Der Mangel am Tatbestand*, in *Festgabe für Karl Güterbock*, Berlin 1910, 37.
- DOLCINI, *L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, in *RIDPP*, 1979, 780.
- voce *Codice penale*, in *DDP*, II, Torino, 1988, 277.
- DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *RIDPP*, 2016, 698.
- *Decodificazione*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, in corso di pubblicazione.
- *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011.
- *I due paradigmi fondamentali della comparazione penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 466 (anche in AA.VV., *Comparazione e diritto positivo. Un dialogo tra saperi giuridici*, a cura di Somma - Zeno-Zencovich, Roma, 2021, 281).
- *Il "posto" delle scriminanti nel diritto penale moderno*, in *Il penale nella società dei diritti. Cause di giustificazione e mutamenti sociali*, a cura di Donini - Renzo Orlandi, Bologna, 2010, 234.
- *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano, 1993.
- *Il diritto penale di fronte al "nemico". Il riemergere del 'nemico' nelle politiche penali contemporanee*, in *CP*, 2006, 694.
- *Il principio di colpevolezza*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di Insolera - N. Mazzacuva - Pavarini - Zanotti, 3° ed., Torino, 2006, 1, 214.

- *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *DPC Trim.*, web, 2013, 4, 4 ss.
  - *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.
  - *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991.
  - *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006.
  - *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *RIDPP*, 2013, 124.
  - *L'errore sulle scriminanti*, in AA.VV., *Codice penale. Parte generale, Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da Bricola - G. Zagrebelsky, I, Torino, 1996, 732.
  - *La causalità omissiva e l'imputazione per "aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *RIDPP*, 1999, 48.
  - *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *RIDPP*, 1984, 175.
  - *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in *RIDPP*, 2018, 1577.
  - *La sintassi del rapporto fatto/autore nel Progetto Grosso*, in AA.VV., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, cit., 53.
  - *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. II, Torino, 2011, 892.
  - *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *RIDPP*, 1989, parte I, 596.
  - *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in AA.VV., *La riforma dei reati contro la salute pubblica*, a cura di Donini - Castronuovo, Padova, 2007, 314.
  - *Nesso di rischio. Il disvalore di azione-evento*, in *RIDPP*, 2022, 25.
  - *Per un codice penale di mille incriminazioni*, in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, 1656.
  - *Perché il codice penale. Le riforme del codice oltre i progetti di pura consolidazione*, in *DPC Trim.*, web, 2020, 11.
  - *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in *Ius17@unibo.it*, 2009, 424.
  - *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *FI*, 2001, CXXIV, 2, 29.
  - *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europesmo giudiziario*, in *Criminalia*, 2010, 127.
  - *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996.
  - voce *Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali III, 2010, 635.
- DREBLER, *Vorbereitung und Versuch im Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik im Vergleich mit den Recht der Bundesrepublik Deutschland*, Europäische Hochschulschriften, Frankfurt a.M. - Bern, 1982.

ECKER, *Die Verwendung und Feststellung subjektiver Verbrechenmerkmale. Der Versuch einer Problemanalyse auch unter historischem Aspekt*, Göttingen, 1981.

ECKLER, *Die Ermittlung der beim Rücktritt vom Versuch erforderlichen Rücktrittsleistung anhand der objektiven Vollendungsgefahr – Zugleich ein Beitrag zum Strafgrund des Versuchs*, Baden-Baden, 2002.

ENGISCH, *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht*, in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960*, Karlsruhe, 1960, I, 401.

- *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände* (Tübingen, 1931), Neudruck, Tübingen, 2021.
- *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg, 1965.
- ESCOBEDO, *Ancora sul tentativo di estorsione*, in *Giust. pen.*, 1923, 916.
- ESENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin - New York, 1983.
- ESER - BOSCH, *Vor §§ 22 ff.*, in SCHÖNKE - SCHRÖDER (bearbeitet von Eser), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl., München, 2019, 414.
- EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *RIDPP*, 2000, 1058.
- *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993.
  
- FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa. Desistenza volontaria e genesi del disvalore penale*, Torino, 2009.
- FERRI, *Socialismo e criminalità. Appunti*, Torino, 1883.
- *Sociologia criminale*, I, 5° ed., Torino, 1929.
- FEUERBACH (von), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, 4. Aufl., Giessen, 1808.
- *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, II (Chemnitz, 1800), Neudruck, Aalen, 1966.
- *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, 14. Aufl., herausgegeben von Mittermaier, Giessen, 1847.
- *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Giessen, 1826.
- *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Giessen, 1801.
- *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, II (Chemnitz, 1800), Neudruck, Aalen, 1966.
- FIANDACA, *Il codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale*, in *QC*, 1981, 67.
- *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 441 (poi in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per una riforma del codice*, a cura di CRS Centro studi e iniziative per la riforma dello Stato, Milano, 1987, 49).
- *Nessun reato senza offesa*, in FIANDACA - DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, 203.
- *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale*, 1977, 75.
- *Riflessioni intorno ad alcuni punti problematici della teoria finalistica dell'azione*, in AA.VV., *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, a cura di Moccia, Napoli, 2007, 246.
- *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *IP*, 2006, 945.
- *Sulla configurabilità del tentativo nei delitti di omissione*, in *Indice pen.*, 1976, 13.
- voce *Causalità (Rapporto di)*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 128.
- FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 8° ed., Bologna, 2019.
- FINGER, *Der Versuch und der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, in *Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911* (Leipzig, 1911), Neudruck, Aalen, 1974, Bd. 1, 310.
- FIORÉ C. - FIORÉ S., *Diritto penale. Parte generale*, 6° ed., Milano, 2020.
- FIORÉ Carlo, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959.
- *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966.
- FIORETTI, *Note critiche sul tentativo*, in *Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale*, 1890, 11, 480.
- FIORI, *Vita e morte di Michele Schirru: l'anarchico che pensò di uccidere Mussolini*, Roma-Bari, 1990.
- FISCHER, § 22 *Versuch*, in ID., *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 69. Aufl., München, 2022, 220.

- FLORA, *Il rilievo dei principi costituzionali nei manuali di diritto penale*, in *RIDPP*, 1991, 1187.
- FOFFANI, *I mobili confini tra sanzione penale e amministrativa nel contesto della politica criminale europea*, in AA.VV., *Studi in onore di Lucio Monaco*, a cura di Bondi - Fiandaca - Fletcher - Marra - Stile - Roxin - Volk, Urbino, 2020, 541.
- *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione d'impresa. Profili penalistici*, Milano, 1997.
- *L'armonizzazione del diritto penale dell'economia nell'Unione europea: il progetto "Eurodelitti"*, in ID. (a cura di) *Diritto penale europeo, comparato e internazionale: prospettive per il XXI secolo. Omaggio a Hans-Heinrich Jescheck per il 92° compleanno*, Milano, 2006, 143.
- FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993.
- FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990.
- FRANK (von), *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18. Aufl., Tübingen, 1931.
- FRANZIUS, *Versuch und Vorbeireitungshandlungen*, in *Materialien zur Strafrechtsreform, Rechtsvergleichende Arbeiten, Allgemeiner Teil*, II, Bonn, 1954.
- FREUND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre*, 2. Aufl., Heidelberg, 2009.
- FRISCH, *Beihilfe durch neutrale Handlungen – Bemerkungen zum Strafgrund (der Unrechtskonstitution) der Beihilfe*, in PRITTWITZ - K. GÜNTHER - KUHLEN (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Baden-Baden, 2002.
- *Die Conditio-Formel, Anweisung zur Tatsachenfestellung oder normative Aussage?*, in *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002*, Heidelberg, 2002, 51.
- *Die Strafrahmengmilderung beim Versuch*, in SEEBODE (Hrsg.), *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1992, 381.
- *Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung-am Beispiel der AIDS-Diskussion*, in GEPPERT - DEHNICKE (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer*, Berlin - New York, 1990, 544.
- *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, in ROXIN - JAKOBS - FRISCH - KÖHLER, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, 2000, 19.
- *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, 1983, Köln - Berlin - Bonn - München, 1983.
- *Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre*, in *GA*, 2003, 719.
- FRISCH - BERGMANN, *Zur Methode der Entscheidung über den Strafrahmen*, in *JZ*, 1990, 944.
- FRISTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., München, 2018.
- FROMMEL, *Welzels finale Handlungslehre. Eine konservative Antwort auf das nationalsozialistische Willensstrafrecht – oder die Legende von der „Überwindung des Wertneutralismus“ im Strafrecht*, in REIFNER - SONNEN (Hrsg.), *Strafjustiz und Polizei in Dritten Reich*, Frankfurt a.M. - New York, 1983, 86.
- FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma, 1933.
- FROTSCHER - PIEROTH, *Verfassungsgeschichte. Von der Nordamerikanischen Revolution bis zur Wiedervereinigung Deutschlands*, 19. Aufl., München, 2021.
- GALLAS, *Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs*, in *ZStW*, Bd. 80, 1968, 31.
- *Tatstrafe und Täterstrafe*, in *ZStW*, Bd. 60, 1940, 374.
- *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, in *ZStW*, Bd. 67, 1955, 35.
- GALLO Ettore, *I reati di pericolo*, in *FP*, 1969.
- *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Milano, 1966, 268-269.

- *Il Tribunale speciale per la difesa dello Stato e il suo ambiente politico-culturale*, Roma, 1980;
- *Problemi giuridici e preoccupazioni politiche nelle fattispecie di attentato*, in AA.VV., *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, Critica del diritto - Quaderni, Roma, 1984, 183.
- *Riflessioni sui reati di pericolo*, Padova, 1970.
- voce *Attentato (delitti di)*, in *DDP*, I, Torino, 1987, 340.
- voce *Attentato (Delitto di)*, in *NNDI*, Torino, 1980, *Appendice*, 560.
- GALLO Ettore - MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984.
- GALLO Marcello, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. II, 3° ed., Torino, 2020.
- *La teoria dell'azione "finalistica" nella più recente nella più recente letteratura tedesca* (1950), rist. Milano, 1967.
- voce *Dolo (diritto penale)*, in *ED*, XIII, Milano, 1964, 796;
- *Appunti di diritto penale*, vol. II, *Il reato*, parte I, *La fattispecie oggettiva*, Torino, 2000.
- GALLO Marcello - SEVERINO DI BENEDETTO, voce *Antigiuridicità penale*, in *ED*, 1988, II, 7.
- GAMBARO - MONATERI - SACCO, voce *Diritto comparato*, in *DDPriv. civ.*, III, Torino, 1988, 48.
- GAMBARO - SACCO, *Trattato di diritto comparato. Sistemi giuridici comparati*, 2° ed., Torino, 2018.
- GAMBERINI, *Il tentativo*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di Insolera - Mazzacuva - Pavarini - Zanotti, Torino, 2001, vol. II, 311.
- GARGANI, *Dal Corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997.
- *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Torino, 2005.
- *Il rischio nella dinamica dei reati contro l'incolumità pubblica e nei reati di pericolo astratto*, in AA.VV., *Il diritto penale di fronte alle sfide della «società del rischio». Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema*, a cura di G.A. De Francesco - Morgante, Torino, 2017, 12.
- GAROFALO, *Il tentativo criminoso con mezzi inidonei*, Torino, 1881.
- GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 13° ed., Molfetta, 2021.
- GEILEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Bochum, 1980.
- GELARDI, *Il dolo specifico*, Padova, 1996.
- GERHOLD, *Strafrechtsdogmatik und Strafrechtswissenschaft in der Übergangszeit 1945 bis 1949*, in STEINBERG - KOCH - POPP (Hrsg.), *Strafrecht in der alten Bundesrepublik 1949-1990*, Baden-Baden, 2020, 175.
- GIACONA, *Considerazioni sulla disciplina dell'inizio della punibilità del tentativo nel progetto Grosso*, in *IP*, 2002, 1005.
- *Criteri giuridico-formali e giudizi fattuali nell'individuazione dell'inizio della punibilità del tentativo*, in *CP*, 2009, 79.
- *Il concetto d'idoneità nella struttura del delitto tentato*, Torino, 2000.
- *Il problema dell'accertamento dell'idoneità degli atti ex art. 56 c.p., con particolare riferimento ad un caso di tentativo di congiunzione carnale*, in *RIDPP*, 1998, 906.
- *Il tentativo tra passato e futuro*, in *LP*, 2002, 922.
- *L'idoneità degli atti di tentativo come "probabilità"? Spunti problematici per un'indagine*, in *RIDPP*, 1993, 1345.
- GIMBERNAT ORDEIG, *¿Qué es la imputación objetiva?*, in *EPenCr*, 1987, X, 167.
- GIMBERNAT ORDEIG - SCHÜNEMANN - WOLTER (Hrsg.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, Heidelberg, 1995.
- GIULIANI BALESTRINO, *A proposito della concezione «cinematografica» del delitto tentato*, in *IP*, 1993, 187.

- *Il delitto tentato*, Milano, 2002.
- *Sull'inizio della punibilità a titolo di delitto tentato*, in AA.VV., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, cit., 381.
- GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. La fattispecie*, I, Padova, 1993.
- GLASER, *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht*, Wien, 1858.
- GOECKENJAN, *Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung. Eine Analyse zurechnungsausschließender Topoi beim vorsätzlichen Erfolgsdelikt*, Tübingen, 2017.
- GOLTSCHKE, *Der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1922 (Entwurf Radbruch)*, Berlin - New York, 2010.
- GOES, *Der Rücktritt des Tatbeteiligten*, Berlin, 1982.
- GÖSSEL, *Zur Strafbarkeit des Versuchs nach dem 2. Strafrechtsreformgesetz. Zugleich ein Versuch zur Definition des unrealen Versuchs*, in GA, 1971, 225.
- GRANDE, *Gli articoli 49, 2° comma e 56 c.p. rivisitati*, in RIDPP, 1991, 1258.
- voce *Reato (diritto comparato)*, in DDP, XI, Torino, 1996, 279.
- *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in RIDPP, 1986, 689.
- GRECO - ROGER, *Strafrechtsreform als Wissenschaft – zum 50-jährigen Jubiläum des Alternativ-Entwurfs eines Strafgesetzbuches 1966*, in JZ, 2016, 1125.
- GREGORI, *Adeguatezza sociale e teoria del reato*, Padova, 1969.
- GROPP - SINN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Lehrbuch, 5. Aufl., Berlin - Heidelberg, 2020.
- GROSSO - PELISSERO - PETRINI - PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2° ed., Milano, 2017.
- GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964.
- GRUCHMAN, *Justiz in Dritten Reich 1933 - 1940. Anpassung und Unterwerfung der Ära Gürtner*, 3. Aufl., München, 2001.
- GRÜNWALD, *Zum Rücktritt des Tatbeteiligten im künftigen Recht*, in STRATENWERTH - Armin KAUFMANN - GEILEN - HIRSCH - SCHREIBER - JAKOBS - LOOS (Hrsg.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin - New York, 1974.
- GUERINI, *Socialismo giuridico e diritto penale*, in *Politica del dir.*, 1974, 431.
- GUERRINI, *Il motivo a delinquere nella prospettiva del rapporto tra colpevole ed offeso*, in AP, 1976, 325.
- GUIDI, *Contributo alla riforma del delitto tentato*, Milano, 2013.
- *Il tentativo punibile: modelli di tipizzazione e nodi interpretativi*, in *Criminalia*, 2009, 533.
- GÜNTHER Hans-Ludwig, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in vereinten Deutschland*, in ZStW, Bd. 103, 1991, 851.
- GÜNTHER Klaus, *Schuld und kommunikative Freiheit*, Frankfurt a.M., 2005.
- GÜRKAN, *Der risikoorientierte Ansatz zur Geldwäscheprävention und seine Folgen. Geldwäschegesetz und Kreditwesengesetz im Lichte von Rechtsdogmatik und Rechtsökonomie*, Berlin, 2019.
- HAAS, *Zum Rechtsgrund von Versuch und Rücktritt*, in ZStW, Bd. 123, 2011, 226.
- HAFT, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 9. Aufl., München, 2004.
- HARTL, *Das nationalsozialistische Willensstrafrecht*, Berlin, 2000.
- HARTMANN Nicolai, *Ethik*, 4. Aufl., Berlin, 1962.
- HARTMANN Arthur, *Sonderregeln für die Beihilfe durch „neutrales“ Verhalten?*, in ZStW, Bd. 116, 2004, 585.
- HASSEMER, *Professionelle Adäquanz – Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung*, in *Wistra*, 1995, 81.
- *Reform des Strafrechts. Das 2. StrRG*, in *JuS*, 1969, 597.
- *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Reinbeck bei Hamburg, 1974.

HAVENSTEIN, *Zur Lehre vom untauglichen Versuch*, in GA, 1888, 33.

HEGLER, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs*, in *Festgabe für Frank* (Tübingen, 1930), I, Neudruck, Aalen, 1969.

HEINRICH, *Die Abgrenzung von untauglichem, grob unverständigem und abergläubischem Versuch*, in *Jura - Juristische Ausbildung*, 1988, 393.

- *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Stuttgart, 2019.

HELPER, *Il concorso di più persone nel reato. Problemi aperti del sistema unitario italiano*, Torino, 2013.

HERBERTZ, *Die Ingerenz. Eine Garantenpflicht aus Gefährdungsunrecht*, Berlin, 2020.

HERZBERG, *Das Wahndelikt in der Rechtsprechung des BGH*, in *JuS*, 1980, 469 ss. e 473;

- *Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewussten fahrlässigen Verhalten*, in *JZ*, 1988, Teil 2, 635.

- *Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, in *MDR*, 1973, 89.

- *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes*, in *JuSch*, 1986, 249.

- *Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs*, in *GA*, 2001, 257.

HILLENKAMP, *Zur „Vorstellung von der Tat“ im Tatbestand des Versuchs*, in SCHÜNEMANN - ACHENBACH - BOTTKE - HAFFKE - RUDOLPHI (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, cit., 689.

HIPPEL (von) Reinhard, *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Versuchslehre*, Berlin - New York, 1966.

HIPPEL (von) Robert, *Deutsches Strafrecht. Das Verbrechen, Allgemeine Lehren*, Berlin, 1930.

- *Deutsches Strafrecht*, II, Berlin, 1930.

- *Die allgemeinen Lehren von Verbrechen in den Entwürfen*, in *ZStW*, Bd. 42, 1921, 525.

HIRSCH, *Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht*, in *ZStW*, Bd. 106, 1994, 746 ss.

- *Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der ZStW*, I, in *ZStW*, Bd. 93, 1981, 831.

- *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*, in *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, Köln, 1988, 399.

- *Die subjektive Versuchstheorie, ein Wegbereiter der NS-Strafrechtsdoktrin*, in *JZ*, 2007, 494.

- *Sulla dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *RIDPP*, 1999, 745.

- *Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht*, in SCHÜNEMANN - ACHENBACH - BOTTKE - HAFFKE RUDOLPHI (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin*, cit., 711.

- *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, in *ZStW*, Bd. 74, 1962, 78.

- *Zur Behandlung des ungefährlichen „Versuchs“ de lege lata und de lege ferenda*, in TRIFFTERER (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Theo Vogler*, Heidelberg, 2004, 31.

HOFFMANN-HOLLAND, § 22, in ERB - SCHÄFER (Hrsg.), *Münchener Kommentar – Strafgesetzbuch, §§ 1-37*, 4. Aufl., München, 2020, 1118.

HONIG, *Kausalität und objektive Zurechnung*, in *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930*, I, Tübingen, 1930.

HORN, *Der Versuch. Begründung einer objektiven Versuchstheorie im Hinblick auf empirische Psychologie und Psysopsychologie*, in *ZStW*, Bd. 20, 1900, 309 ss.;

- *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Köln, 1973.

HORTER, *Die fakultative Strafmilderung beim Versuch nach § 23 II StGB. Zugleich eine Deutung der §§ 22-24 StGB auf Grundlage der Strafzwecks der positiven Generalprävention*, Berlin, 2020.

HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung* (Berlin - New York, 1976), Neudruck, Berlin - Boston, 2011.

HÜBNER, *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*, Berlin, 2004.

- IMPALLOMENE, *Istituzioni di diritto penale*, op. post. a cura di V. Lanza, Torino, 1908.
- *L'omicidio nel diritto penale*, Torino, 1900.
- INSOLERA, *La riforma del codice penale. Qualche riflessione in margine al progetto Grosso*, in *QG*, 2001, 1068.
- *Progetti di riforma del codice Rocco: il volto attuale del sistema penale*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di Insolera - N. Mazzacuva - Pavarini - Zanotti, cit., 32.
  - voce *Concorso di persone nel reato*, in *DDP*, II, Torino, 1988, 458.
- ISOTTON, *Crimen in itinere. Profili della disciplina del tentativo dal diritto comune alle codificazioni penali*, Napoli, 2006.
- JAKOBS, *Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1996, 260.
- *Bemerkungen zur objektiven Zurechnung*, in *Festschrift für Hirsch*, Berlin-New York, 1999, 45.
  - *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken* in *ZStW*, Bd. 107, 1995, 843.
  - *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München, 1992, 29.
  - *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung*, in *ZStW*, Bd. 97, 1985, 751.
  - *La imputación objetiva en derecho penal*, Madrid, 1996.
  - *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., Berlin, 2008.
  - *Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten*, in *ZStW*, Bd. 104, 1992, 83.
  - *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., Berlin - New York, 1991.
  - *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin - New York, 1983.
- JANNITTI PIROMALLO, *Elementi di diritto penale*, Firenze, 1936.
- JESCHECK, *Die Entwicklung des Verbrechensbegriff in Deutschland seit Bebing im Vergleich mit der österreichischen Lehre*, in *ZStW*, Bd. 73, 1971, 190.
- *Il progetto del nuovo codice penale tedesco*, trad. it. a cura di Baratta, in *RIDPP*, 1962, 641.
  - *Linee direttive del movimento internazionale di riforma*, in *Indice pen.*, 1979, 181.
- JESCHECK - WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin, 1996.
- JUNG, *Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs*, in *ZStW*, Bd. 117, 2005, 937 ss. e spec. 951.
- KAUFMANN Armin, *„Objektive Zurechnung“ beim Vorsatzdelikt?*, in VOGLER (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, cit., 251.
- *Die Dogmatik der Unterlassungdelikte*, Göttingen, 1959.
  - *Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf*, in *ZStW*, Bd. 80, 1968, 49 ss.
- KAUFMANN Arthur, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2. Aufl., Heidelberg, 1976.
- *Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht*, in ID., *Schuld und Strafe. Studien zur Strafrechtsdogmatik*, Köln, 1966, 67.
  - *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, in AA.VV., *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973*, a cura di Roxin - Bruns - Jäger, Berlin - New York, 1974, 90.
- KERRL, *Nationalsozialistisches Strafrecht. Denkschrift des Preußischen Justizministers*, Berlin, 1933.
- KIENAPFEL, *Das erlaubte Risiko im Strafrecht. Zur Lehre vom sozialen Handlungsbegriff*, Frankfurt a.M., 1966.

KINDHÄUSER, *Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1994, 197.

- *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt a.M., 1989.

- *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden, 2009.

KINDHÄUSER - HILGENDORF, *Strafgesetzbuch*, Lehr- und Praxiskommentar, 8. Aufl., Baden-Baden, 2020.

KIRCHMANN (VON), *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza (Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848)*, in VON KIRCHMANN - WOLF, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, trad. it. a cura di Perticone, Milano, 1964, 18.

KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin - Heidelberg, 1997, 453 ss., 455 ss. e 458.

KOHLRAUSCH - LANGE, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen*, 43. Aufl., Berlin, 1961, 1. Teil.

KORIATH, *Kausalität, Bedingungstheorie und psychische Kausalität*, Berlin, 1988.

- *Kausalität und objektive Zurechnung*, Baden-Baden, 2007.

KÖSTLIN, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen, 1845.

- *System des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1855.

KRATZSCH, *Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel (§ 22 StGB) – ein absolut untauglicher Versuch?*, in *JA*, 1983, 420.

- *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht. Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung*, Berlin, 1985.

KRAUSS, *Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht*, in FRISCH - SCHMID (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, Köln - Berlin - Bonn - München, 1978, 11.

- *Erfolgsunwert und Handlungswert im Unrecht*, in *ZStW*, Bd. 76, 1964, 19.

KRIES (VON), *Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht*, in *ZStW*, 1889, 528.

KUBICIEL, *Welzel e gli altri. Posizioni e posizionamenti di Welzel prima del 1945*, in AA.VV., *Hans Welzel nella prospettiva attuale*, a cura di Pawlik - Cornacchia, Napoli, 2015, 189.

KUDLICH, „*Neutrale Beihilfe*“ *bei der Mitwirkung an der Sicherung der innerdeutschen Grenze – BGH NJW 2001, 2409; in JuS, 2002, 751.*

- *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*, Berlin, 2004.

- *Untauglicher Versuch bei „umgekehrtem Tatbestandsirrtum – BGH, Urt. v. 17.10.1996 - 4 StR 389/96, in NStZ, 1997, 431.*

KUDLICH, *Versuch*, in HILGENDORF - KUDLICH - VALERIUS (Hrsg.), *Handbuch des Strafrecht*, Band 3, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, II, Heidelberg, 2021, 503.

KUDLICH - SCHUHR, § 22 *Versuch*, in SATZGER - SCHLUCKEIBER - WIDMAIER, *StGB – Strafgesetzbuch*, Kommentar, 5. Aufl., Hürt, 2021, 229.

KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., München, 2005.

- *Versuchsstrafbarkeit und Versuchsbeginn*, in HETTINGER - HILLENKAMP (Hrsg.), *Festschrift für Wilfried Küper*, Heidelberg, 2007, 296.

KUHLEN, *Zur Problematik der nachträglichen ex-ante Beurteilung im Strafrecht und in der Moral*, in JUNG - MÜLLER-DIETZ - NEUMANN (Hrsg.), *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden-Baden, 1991, 341.

KUHRT, *Die Grenzen der Strafbarkeit wegen untauglichen Versuchs, insbesondere im Hinblick auf abergläubisch motiviertes Verhalten*, Hamburg, 1968.

KÜPER, *Der Rücktritt vom Versuch des unechten Unterlassungsdelikts*, in *ZStW*, Bd. 112, 2000, 35.

- LACKNER - KÜHL, (bearbeitet von Kühl - Heger), *StGB - Strafgesetzbuch*, Kommentar, 29. Aufl., München, 2018, LV.
- LAMPE, *Das personale Unrecht*, Berlin, 1967.
- LANDA GOROSTIZA, *La complicidad delictiva en la actividad laboral "cotidiana". Contribución al "límite mínimo" de la participación frente a los "actos neutros"*, Granada, 2002.
- LANGE, *Anmerkung zu BGH 5 StR 28/58*, in *JZ*, 1958, 671.
- LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Philosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der „juristischen Kausalität“*, Leipzig, 1927.
- LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, 2° ed., Napoli, 1964.
- LAVORI della Commissione Grosso (relazione - articolato), *Quaderni de L'Indice penale*, Padova, 2000: *Per un nuovo codice penale*, II. Relazione della Commissione Grosso (1999).
- LEKSCHAS - BUCHHOLZ (Hrsg.), *Strafrecht der DDR*, Lehrbuch, Berlin (Ost), 1988.
- LEMKE, *Einführung*, in VERLAG C.H. BECK, *Strafrecht nach dem Einigungsvertrag*, München, 1991.
- LEMMEL, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, Berlin, 1970.
- LEONE, *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio*, in *AP*, 1945, 28.
- LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt a.M. - Bern - New York - Paris, 1992.
- LEVI, *Il reato supposto erroneamente e reato impossibile*, in *Il codice penale illustrato articolo per articolo sotto la direzione di U. Conti*, Milano, I, 1934, 213.
- LICCI, *Il tentativo*, in AA.VV., *Commentario sistematico al codice penale*, tomo II, *Cause di esclusione e di estinzione del reato e della pena. Forme di manifestazione e concorso di reati*, diretto da M. Ronco, 2° ed., Bologna, 2011.
- *Teorie causali e rapporto d'imputazione*, Napoli, 1996.
- LISTZ (von) Eduard, *Zur Lehre vom Versuch. Eine Besprechung der in dem Werke Ernst Eliquis: „Der Untaugliche Versuch. Ein Beitrag zur Reform der Strafgesetzgebung“ (Berlin, 1904) dargelegten Theorie*, in *ZStW*, Bd. 25, 1905.
- LISTZ (von) Franz, *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, Berlin, 10 Aufl., 1900.
- *Das fehlgeschlagene Delikt und die Cohn'sche Versuchslehre*, in *ZStW*, Bd. 1, 1881, 93.
- *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 2. Aufl., Berlin-Leipzig, 1884.
- *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 24. Aufl., Berlin-Leipzig, 1922.
- LLOBET RODRÍGUEZ, *Nacionalsozialismo y antigarantismo penal (1933-1945)*, Valencia, 2018.
- LO MONTE, *Il delitto tentato. Contributo all'individuazione della condotta punibile*, Torino, 2013.
- LOMBROSO, *Troppo presto*, in AA.VV., *Appunti al nuovo codice penale*, Torino, 1889, 16.
- LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2011.
- LORENZEN, *Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte*, Berlin, 1981.
- MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, vol. I, *Parte generale*, Bologna, 1932.
- MAIER, *Die Objektivierung des Versuchsunrechts. Eine strafrechtliche Analyse de lege lata*, Berlin, 2005.
- MAIWALD, *Kausalität und Strafrecht. Studien zum Verhältnis vom Naturwissenschaft und Jurisprudenz*, Göttingen, 1980.
- *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, a cura di Militello, Torino, 1993.
- *Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht*, Heidelberger Forum, Heidelberg, 1984.

- *Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs „erlaubtes Risiko“ für die Strafrechtssystematik*, in VÖGLER (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, cit, I, 408.
- MALINVERNI, *Il rapporto di causalità e il caso*, in *RIDPP*, 1959, 48.
- MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.
- MANNA, *Corso di Diritto penale. Parte generale*, 5° ed., Milano, 2020.
- *Il delitto tentato tra principio di esecuzione, idoneità ed univocità degli atti e recenti rivalutazioni di atti sostanzialmente preparatori*, in AA.VV., *Il codice penale per il Regno d'Italia (1889)*, cit., LXXXVI.
- *La giustizia penale tra Otto e Novecento: la disputa tra soggettivismo e oggettivismo*, in *IP*, 2006, 506.
- MANTOVANI Ferrando, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *RIDPP*, 2004, 984.
- *Diritto penale. Parte generale*, 4° ed., Padova, 2001
- *Diritto penale. Parte generale*, 11° ed., Milano, 2020.
- MANTOVANI Marco Orlando, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bologna, 2014.
- *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997.
- MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, 1° ed., vol. II, Torino, 1908.
- *Trattato di diritto penale italiano*, 1° ed., vol. IV, Torino, 1915.
- *Trattato di diritto penale italiano*, 2° ed., vol. II, Torino, 1920.
- *Trattato di diritto penale italiano*, 5° ed., a cura di Nuvolone - G.D. Pisapia, II, Torino, 1981.
- MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *RIDPP*, 2009, 523.
- *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *RIDPP*, 1983, 1190.
- *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Milano, 1971.
- *Non c'è dolo senza colpa. Morte della imputazione oggettiva dell'evento e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *RIDPP*, 1991, 3.
- *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *DeD*, 1975, 61.
- MARINUCCI - DOLCINI - GATTA, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 8° ed., Milano, 2019.
- MARRA, *Il diritto penale della società punitiva: l'eccezione della libertà nella normalità della coercizione*, in *Criminalia*, 2019, 423.
- MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992.
- MARXEN, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum Antiliberalismus in der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreißiger Jahre*, Berlin, 1975.
- *Strafbarkeitseinschränkung bei abstrakten Gefährdungsdelikten*, Münster, 1991.
- MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013.
- MASSARO, *Art. 56. Delitto tentato*, in LATTANZI - LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, vol. I, Milano, 2021, 738.
- MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Padova, 2013.
- MATTHEUDAKIS, *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bologna, 2020.
- MAURACH - GÖSSEL - ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. 2, *Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, 8. Aufl., Heidelberg, 2014.
- MAURACH - GÖSSEL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, II, Erscheinungsformendes Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, 7. Aufl., Heidelberg, 1989.
- MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Ein Lehrbuch, Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., Karlsruhe, 1971.

- MAYER Hellmuth, *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission. Allgemeiner Teil*, II, Bonn, 1958.
- *Strafrechtsreform für heute und morgen*, Berlin, 1962.
- MAYER Max Ernst, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg, 1915.
- *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Lehrbuch, 2. Aufl., Heidelberg, 1923.
  - *Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht. Eine rechtsphilosophische Untersuchung* (Freiburg i.Br., 1899), Neudruck, Frankfurt a.M., 1967.
- MAZZACUVA Nicola, *Il 'diritto penale massimo' tra incremento dei tipi punitivi e 'addizioni' giurisprudenziali*, in AA.VV., *Cassazione e legalità penale*, a cura di Cadoppi, Roma, 2017, 311.
- *Il fatto tipico*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001, 61.
  - *Il disvalore d'evento nell'illecito penale: l'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983.
  - voce *Evento*, in *DDP*, Torino, 1990, IV, 451.
- MERKEL, *Lehrbuch der Deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889.
- MEYER Jürgen, *Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit*, in *ZStW*, Bd. 87, 1975, 598.
- MEZGER, *Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss*, Berlin, 1938.
- *Die subjektiven Unrechtselemente*, in *Der Gerichtssaal*, 1924, 207.
  - *Diritto penale (Strafrecht, 1932)*, trad. it. a cura di Mandalari, Padova, 1935.
  - *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3. Aufl., Berlin-München, 1949.
- MEZZETTI, *Autore del reato e divieto di «regresso» nella società del rischio*, Napoli, 2021.
- *Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*, 3° ed., Bologna, 2020.
  - *Giurisprudenza «creativa» nell'accertamento del nesso causale per la morte del tossicodipendente*, in *CP*, 2004, 2837.
  - *Reati contro il patrimonio*, in GROSSO - PADOVANI - PAGLIARO, *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2013, 267.
- MILITELLO, *L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello*, in *RIDPP*, 2014, 112.
- *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988.
- MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Commissione Grosso per la riforma del codice penale (1° ottobre 1998) - Articolato (26 maggio 2001)*, in *Pubblicazioni, studi, ricerche, web*, giustizia.it.
- *Commissione Pagliaro per l'elaborazione di uno schema di delega per un nuovo codice penale (8 febbraio 1988) - Relazione (25 ottobre 1991)*, in *Pubblicazioni, studi, ricerche, web*, giustizia.it.
  - *Commissione Pisapia per la riforma del codice penale (27 luglio 2006) - Relazione, XV. Reato tentato*, in *Pubblicazioni, studi, ricerche, web*, giustizia.it.
  - *Relazione preliminare (12 settembre 2000)*, *Commissione Grosso per la riforma del codice penale (1° ottobre 1998), Parte generale*, in *Pubblicazioni, studi, ricerche, web*, giustizia.it.
- MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4° ed., Barcelona, 1996.
- *Die "ex ante" Betrachtung im Strafrecht*, in VOGLER (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, cit., 339.
  - *Estado, pena y delito*, Buenos Aires - Montevideo, 2006.
- MITTERMAIER, *Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen*, in *Neues Archiv des Criminalrechts*, 1816, I, 168.
- MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.
- *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.

- *Politica criminale e riforma del sistema penale. L'Alternativ-Entwurf e l'esempio della repubblica federale tedesca*, Napoli, 1984.
- MOLARI, *Sul tentativo nel reato di falso ideologico*, in *RIDPP*, 1955, 477.
- MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, 2001.
- MONTANARA, voce *Tentativo (diritto vigente)*, in *ED*, XLIV, Milano, 1992, 124.
- MOORMAN, *Verwirklichungsstufen der Steuerhinterziehung. Eine Untersuchung zur Abgrenzung des Versuchs von der Vorbereitung und der Vollendung*, Europäische Hochschulschriften, Berlin, 2018.
- MORO, *L'antigiuridicità penale*, Palermo, 1947.
- MORSELLI, *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*, in *RIDPP*, 1998, 54.
- *Coscienza e volontà nella teoria del dolo*, in *AP*, 1966, 406.
- *Disvalore dell'evento e disvalore della condotta nella teoria del reato*, in *RIDPP*, 1991, 796.
- *Il dolo eventuale nel delitto tentato*, in *IP*, 1978, 33.
- *Il problema della causalità nel diritto penale*, in *IP*, 1998, 881.
- *L'elemento soggettivo del reato nella prospettiva criminologica*, in *RIDPP*, 1991, 87.
- *Note critiche sulla teoria dell'imputazione oggettiva*, in *IP*, 2000, 11.
- voce *Tentativo*, in *DDP*, XVI, Torino, 1999, 193.
- MÜLLER-EMMERT - FRIEDRICH, *Die kriminalpolitischen Grundzüge des neuen Strafrechts nach den Beschlüssen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform*, in *JZ*, 1969, 245.
- MÜLLER-EMMERT, *Die Strafrechtsreform*, in MADLENER (Hrsg.), *Strafrecht und Strafrechtsreform. Referate und Diskussionen eines Symposiums der Alexander-von-Humboldt Stiftung, Bonn- Bad Godesberg*, Köln, 1974, 22.
- MUÑOZ CONDE - GARCIA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 8° ed., Valencia, 2010.
- MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Frankfurt a.M., 1966.
- MURMANN, *Versuch – Vorbemerkungen zu den §§ 22 ff.*, in CIRENER - RADTKE - RISSING-VAN SAAN - RÖNNAU - SCHLUCKEIBER (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Großkommentar, Band 2 - §§ 19-31*, 13. Aufl., Berlin - Boston, 2021, 131.
- MUSOTTO, *Il problema del rapporto di causalità nel diritto penale*, in *Studi in onore di Arturo Rocco*, vol. II, Milano, 1960, 239.
- *Relazione*, in *IP*, 1973, 558.
- MYLONOPOULOS, *Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht. Eine Studie zur Entwicklung der personalen Unrechtslehren*, Köln - Berlin - Bonn - München, 1981.
- NAPPI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2010.
- NAUCKE, *Die Aufhebung des strafrechtlichen Analogieverbots (1935)*, in ID., *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts. Materialien zur neueren Strafrechtsgeschichte*, Baden-Baden, 2000, 311.
- *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, a cura di Donini - Pavarini, Bologna, 2011, 79.
- *Strafrecht. Eine Einführung*, 10. Aufl., Neuwied - Kriftel, 2002.
- *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, Tübingen, 1973, 12 ss.
- NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965.
- *Legislazione penale*, in *Il mondo contemporaneo*, I, *Storia d'Italia*, 2, Firenze, 1978, 584.
- *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in *DeD*, 1977, 662.
- *Una scuola dimenticata: il socialismo giuridico nel diritto penale*, in *GeC*, 1971, 29.
- voce *Reato impossibile*, in *DDP*, XI, Torino, 1996, 260.
- NEPPI MODONA - PELISSERO, *La politica criminale durante il Fascismo*, in *Storia d'Italia*, Annali 12, cit., 769.
- NIEDERMAIR, *Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen*, in *ZStW*, Bd. 107, 1995, 507.

- NIEPOTH, *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, Frankfurt a.M., 1994.
- NISCO, *Neokantismo e scienza del diritto penale. Sull'involuzione autoritaria del pensiero penalistico tedesco nel primo Novecento*, Torino, 2019.
- NOTARO, *Tentativo*, in G.A. DE FRANCESCO (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato*, II, *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da Palazzo - Paliero, Torino, 2011, 105.
- NUVOLONE, *Il diritto penale comparato quale mezzo di ricerca nell'ambito della politica criminale*, in *IP*, 1980, 5 ss.;
- *Intervento*, in *IP*, 1972, 98-99.
- OBERHOFER, *Aberglaube und Unverstand in der Lehre von Versuch und Rücktritt*, Frankfurt a.M., 2016, 40 ss.
- OEHLER, *Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt*, in *ZStW*, Bd. 69, 1957, 503.
- *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, Berlin, 1959.
- OLIVA, *Del tentativo*, in *RP*, 1882, XVI, 5.
- ORLANDI Riccardo, *Concorso nel reato e tipicità soggettiva eterogenea. Il concorso colposo nel reato doloso*, in *AP*, 2020, 17.
- *La provocazione della scriminante. I limiti della giustificazione del reato in contesti illeciti*, in *AP*, 2021, 27.
- OTTO, *Der Versuch des erfolgsqualifizierten Delikts*, in *Jura*, 1985, 671 ss.
- *Kausaldignose und Erfolgszurechnung im Strafrecht*, in SCHRÖDER - ZIPF (Hrsg.), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, 91.
- *Personales Unrecht, Schuld und Strafe*, in *ZStW*, Bd. 87, 1975, 563.
- *Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten*, in *NJW*, 1980, 417.
- *Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch – BGH, Urt. v. 16.9.1975 – I StR 264/75*, in *NJW*, 1976, 578-579.
- PADOA SCHIOPPA Antonio, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2007.
- PADOVANI, *Diritto penale*, 12° ed., Milano, 2019.
- *Il Progetto Grosso lungo il cammino della riforma del codice penale*, in AA.VV., *Un nuovo progetto di codice penale*, cit., 45.
- *La tipicità inafferrabile. Problemi di struttura obiettiva delle fattispecie di attentato contro la personalità dello Stato*, in AA.VV., *Il delitto politico*, cit., 170.
- PAGLIARO, *Il Documento della Commissione Grosso sulla riforma del diritto penale: metodi di lavoro e impostazione generale*, in *RIDPP*, 2000, 1184.
- *Il fatto di reato*, Palermo, 1960.
- *Il reato nel progetto della commissione Nordio*, in *CP*, 2005, 4.
- *Il reato*, in GROSSO - PADOVANI - PAGLIARO, *Trattato di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2007.
- *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 779.
- *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966, 48.
- *Principi di diritto penale. Parte generale*, 9° ed., riv. e agg. da Militello - Parodi Giusino - Spina, Milano, 2020.
- PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *QG*, 2006, 674.
- *Corso di diritto penale. Parte generale*, 8° ed., Torino, 2021, 453-454;
- *Il tentativo: un problema ancora aperto? (Tipicità ed offesa tra passato e futuro)*, in *RIDPP*, 2011, 38.
- *La recente legislazione penale*, Padova, 1985.

- *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, in AA.VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, a cura del CNPDS Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano, 1996, 74.
- *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *RIDPP*, 1998, 1, 367 ss.
- *Se e come riformare il tentativo*, in AA.VV., *La riforma del codice penale. La Parte generale*, a cura di De Maglie - Seminara, *Quaderni di Cassazione penale*, Milano, 2022.
- *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*, in AA.VV., *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, vol. I, a cura di Pizzorusso - Varano, Milano, 1985, 531.
- PALAZZO - PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, 3° ed., Torino, 2013.
- PALIERO, «*Minima non curat praetor*». *Ipertrofia del diritto penale e depenalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.
- *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *RIML*, 1992, 821.
- *Le fattispecie «causalmente orientate» sono davvero «a forma libera»? (Tipicità e accertamento del nesso di causalità)*, in *RIDPP*, 1977, 1499.
- PANNAIN, *La riforma della legislazione*, in *Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Camerino*, 1942-1944, 16-18, 28.
- *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, Roma, 1942.
- *Notizie e spunti sulla riforma dei codici penali*, in *Arch. pen.*, 1945, 56.
- PAPAGEORGIOU-GONATAS, *Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*, München, 1988.
- PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en derecho penal*, Madrid, 1995.
- PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990.
- PATALANO, *Significato e limiti della dogmatica dei reati di pericolo*, Napoli, 1975.
- PECORARO ALBANI, *Caso e causalità*, in *AP*, 1960, 118.
- PEDRAZZI, *Apporto della comparazione alle discipline penalistiche*, in AA.VV., *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, a cura di Sacco, Milano, 1980.
- *Il fine dell'azione delittuosa*, in *RIDP*, 1950, 259.
- PEÑARADA RAMOS - SUÁREZ GONZÁLEZ - CANCIO MELIÁ, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, in JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, 17.
- PERIN, voce *Concretizzazione del (nesso di) rischio*, in *ED*, I, Tematici, *Reato colposo*, 2021, 283.
- PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010.
- *Rischio tecnologico e responsabilità penale. Una lettura criminologica del caso Seveso e del caso Marghera*, in *RIC*, 2002, 389.
- PESSINA, *Relazione per la Commissione del Senato*, in CRIVELLARI, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, Torino, 1892, IV, 46.
- PETRINI, *Il sistema di prevenzione personale tra controllo sociale ed emarginazione*, in *Storia d'Italia*, Annali 12, *La criminalità*, a cura di Violante, Torino, 1997, 893.
- PETROCELLI, *Il delitto tentato. Studi*, Padova, 1954.
- *Per un indirizzo italiano nella scienza di diritto penale*, in *RIDP*, 1941, 3.
- *Tecnicismo e antitecnicismo nel diritto penale*, in *RIDPP*, 1950, 317.
- PIASENZA, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del codice penale e della legge di pubblica sicurezza*, in *PD*, 1979, 293.
- PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli "elementi finalistici" delle fattispecie penali*, Milano, 1993.
- PIOLETTI, *Istigazione al reato e tentativo*, in *FI*, 1935, II, 494.
- *L'idoneità degli atti nel tentativo*, in *GP*, 1938, II, 251.

- PIVA, *Premesse ad un'indagine sull' "induzione" come forma di concorso e "condotta-evento" del reato*, Napoli, 2003.
- POMPEI, *Dell'idoneità nel tentativo*, in *RP*, LVI, 1902, 16.
- PRADEL - CADOPPI, *Casi di diritto penale comparato*, Milano, 2005.
- PREUSS, *Untersuchungen zum erlaubtes Risiko im Strafrecht*, Berlin, 1974.
- PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt a.M., 1993.
- PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993.
- PUGLIA, *Del tentativo*, Messina, 1884.
- PULITANÒ, *Diritto penale*, 8° ed., Torino, 2019.
- *La teoria del bene giuridico fra Codice e Costituzione*, in AA.VV., *Il codice Rocco cinquant'anni dopo*, *QC*, num. mon., 1981, 111.
  - *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *RIDPP*, 1983, 484.
  - voce *Politica criminale*, in *ED*, Milano, 1985, XXXIV, 73.
- PUPPE, *Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht*, in *ZStW*, Bd. 92, 1980, 863.
- *Der halbherzige Rücktritt. Zugleich eine Besprechung von BGHSt 31, 46*, in *NStZ*, 1984, 488.
  - *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, in *ZStW*, Bd. 103, 1991, 1.
  - *Die Erfolgszurechnung im Strafrecht, dargestellt an Beispielsfällen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, Baden-Baden, 2000.
  - *Die logische Tragweite des sog. Umkehrschlusses*, in KÜPER (Hrsg.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Berlin - New York, 1987, 202.
  - *Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, Bd. II, Baden-Baden, 2005.
  - *Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, Baden-Baden, 2011.
  - *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, 1992.
- PUPPINI - VERGINELLA - VERROCCHIO, *Dal processo Zaniboni al processo Tomažič: il tribunale di Mussolini e il confine orientale 1927-1941*, Udine, 2003.
- RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, Frankfurt a.M., 2007.
- RAITHEL - STRENGE, *Die Reichstagsbrandverordnung. Grundlegung der Diktatur mit den Instrumenten des Weimarer Ausnahmezustands*, in *VfZ*, Institut für Zeitgeschichte München - Berlin, 48, 2000, 413.
- RAMACCI, *Corso di diritto penale*, 7° ed., a cura di Guerrini, Torino, 2021.
- *La riforma del codice penale*, in *DPP*, 2006, 665.
- RAMPONI, *Concause antecedenti e principio di affidamento: fra causalità attiva ed omissiva*, in *CP*, 2008, 566.
- RANSIEK, *Pflichtwidrigkeit und Beihilfeunrecht – der Dresdner Bank-Fall und andere Beispiele*, in *Wistra*, 1997, 41.
- RATH, *Grundfälle zum Unrecht des Versuchs*, in *JuS*, 38, 1998, I (Heft 11), 1006, II (Heft 12), 1106.
- RELAZIONE a S.M. *il Re del Ministro Guardasigilli (Rocco) presentata nell'udienza del 19 ottobre 1930 - VIII per l'approvazione del testo definitivo del codice penale*, Parte I, N. 251, Roma, 1930, 4463.
- a S.M. *il Re del Ministro Guardasigilli per l'approvazione del testo definitivo del codice penale*, Torino, 1890, 35.
  - *al Guardasigilli sulla riforma della parte generale del Codice penale*, in *AP*, 1945, 403.
- RENGIER, *Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen*, Tübingen, 1986.
- REYES ALVARADO, *El delito de tentativa*, Buenos Aires - Montevideo, 2021.
- REY-SANFIZ, *Die Begriffsbestimmung des Versuchs und ihre Auswirkung auf den Versuchsbeginn*, Berlin, 2006.

- RIFORMA *del codice penale*, Relazione del Ministro di Grazia e Giustizia, in *RIDPP*, 1969, 375.
- RISICATO, *Combinazione e interferenze di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001.
- *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019.
- *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007.
- RIZ, *Lineamenti di diritto penale. Parte generale*, 5° ed., Padova, 2006.
- ROBERTI, *Corso completo del Diritto Penale del Regno delle Due Sicilie secondo l'ordine delle leggi penali*, Napoli, 1833.
- ROCCO Alfredo, *Atti della Commissione ministeriale incaricata di dare un parere sul progetto preliminare di un nuovo codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, IV, Parte II, Roma, 1929, 187.
- *Verbale della seduta della Commissione (Libro I del Progetto) n. 15*, in *Atti della Commissione ministeriale*, cit., 187.
- ROCCO Arturo, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *RIDPP*, 1910, 499.
- *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, in *Riv. it. dir. penit.*, 1930, 1245 ss.
- ROEDER, *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechensaufbau*, Berlin, 1969.
- ROGGEMANN, *Strafgesetzbuch und Strafprozeßordnung der DDR mit Nebengesetzen*, 1. Aufl., Berlin, 1976.
- ROLDÁN BARBERO, *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, Córdoba, 1992.
- ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale (Pavia, 1791)*, Studi Romagnosi, Milano, 1996.
- ROMANO Mario, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *RIDPP*, 1990, 61.
- *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Art. 1-84, 3° ed., Milano, 2004.
- *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Art. 1-84, 2° ed., Milano, 1995.
- ROTH, *Kriminalpolitik im NS-System*, in H.J. LANGE (Hrsg.), *Kriminalpolitik*, Wiesbaden, 2008, 37.
- ROXIN, *Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht*, in KOHLMANN (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag. Strafrecht, Prozessrecht, Kriminologie, Strafvollzugsrecht*, Köln, 1983, 303.
- *Der Anfang des beendeten Versuchs, Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten*, in SCHRÖDER - ZIPF (Hrsg.), *Festschrift für Reinhart Maurach*, cit., 213.
- *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, in *ZStW*, 1969, Bd. 81, 613 (poi in ID., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, cit., 32).
- *La problematica dell'imputazione oggettiva (Die Problematik der objektiven Zurechnung)* in ID., *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di Moccia, Napoli, 1998, 93.
- *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, in *ZStW*, Bd. 74, 1962, 411.
- *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato (Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, 2° ed. 1973), trad. it. a cura di Moccia, Napoli, 1998, 37.
- *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *JuS*, 1966, 377 (poi in ID., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin - New York, 1973, 1).
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. II, *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, 2003.
- *Strafzweck und Strafrechtsreform*, in AA.VV., *Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer*, a cura di Baumann, Frankfurt a.M., 1968, 75.
- *Tatenschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch*, in *JuS*, 1979, 1.
- *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin - New York, 2000.

- *Über den Strafgrund des Versuchs*, in ESER (Hrsg.), *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, 1998, 161.
- *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, in ZStW, Bd. 74, 1962, 515.
- ROXIN - GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, *Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 5. Aufl., München, 2020.
- RUDOLPHI, *Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen*, in SCHÜNEMANN (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin - New York, 1984, 69.
- *Versuch § 22*, in RUDOLPHI - HORN - SAMSON - SCHREIBER, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band I, *Allgemeiner Teil (§§ 1-79b)*, Frankfurt a.M., 1975, 174.
- RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto*, Barcelona, 2001.
- RÜMELIN, *Der Zufall im Recht*, Freiburg i.B., 1896.
- RUPPERT, *Die Sozialadäquanz im Strafrecht. Rechtsfigur oder Mythos?*, Berlin, 2020.
- SABATINI, *Istituzioni di diritto penale*, Catania, 1933.
- SAFFERLING, *Die Abgrenzung zwischen strafloser Vorbereitung und strafbarem Versuch im deutschen, europäischen und im Völkerstrafrecht*, in ZStW, Bd. 118, 2006, 688.
- SALTELLI - ROMANO DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo Codice penale, Articoli 1-84*, 2° ed., Torino, 1940.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002.
- SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli, 1955.
- SANTISE - ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, 5° ed., Torino, 2021, 423.
- SANTORO, voce *Tentativo (diritto penale)*, in *NNDI*, XVIII, Torino, 1971, 1148.
- SATZGER, *Der irreale Versuch – über die Schwierigkeiten der Strafrechtsdogmatik, dem abergläubischen Versuch Herr zu werden*, in *Jura*, 2013, 1017.
- SBRICCOLI, *Caratteri originari e permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia*, Annali 12, cit., 487 ss.
- *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento. Il problema dei reati politici dal "Programma" di Carrara al "Trattato" di Manzini*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, II, 25, Milano, 2009, 725.
- *Il diritto penale «sociale». 1883-1912, Quaderni fiorentini*, 3-4, Milano, 1975, 557.
- *La penalistica civile. Teorie ed ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in AA.VV., *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di Schiavone, Roma-Bari, 1990, 186.
- SCARANO, *Il tentativo*, 2° ed., Napoli, 1960.
- SCHAPP, *Über Freiheit und Recht*, Tübingen, 2008, 5 ss.
- SCHEMA di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale (c.d. Progetto Pisapia), in AA.VV., *Quale riforma del codice penale?*, cit., 655.
- SCHIAFFO, *L'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione: prospettive di riforma*, in *RIDPP*, 1994, 1003.
- *Le situazioni "quasi scriminanti" nella sistematica teleologica del reato. Contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, 1998, 177.
- SCHLADITZ, *Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung. Sicherer Fundament oder Achillesferse?*, Tübingen, 2021, 515.
- SCHMID, „Bedingter Handlungswille“ beim Versuch und im Bereich der strafbaren Vorbereitungshandlungen, in ZStW, Bd. 74, 1962, 48.

- *Über Feuerbachs Lehre vom „Mangel am Tatbestand“*, in *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, München, 1978, 19.
- SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 2. Aufl., Tübingen, 1984.
- *Was ist aus der finalen Handlungslehre geworden?*, in *JZ*, 1986, 109 ss.
- SCHMIDT Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege* (3. Aufl., 1965), Neudruck, 1983.
- SCHRÖDER, *Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht*, in *ZStW*, Bd. 81, 1969, 5.
- *Die Unternehmensdelikte*, in *Tübinger Festschrift für Eduard Kern*, Tübingen, 1957, 457.
- SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 50.
- SCHÜNEMANN, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1986, 317.
- *Über die objektive Zurechnung*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1999, 213.
- SCHWEIKERT, *Die Wandlungen der Tatbestandeslehre seit Beling*, Karlsruhe, 1957.
- SEIDL, *Die Streit um den Strafzweck zur Zeit der Weimarer Republik*, Europäische Hochschulschriften, Bern - Frankfurt a.M., 1974.
- SEMINARA, *Contro una configurabilità "causale" del tentativo*, in *Leg. pen.*, 2002, 218.
- *Die Versuchsproblematik in der deutschen Strafrechtswissenschaft der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, in SEMINARA - HIRSCH (Hrsg.), *Zur strafrechtlichen Versuchslehre im 19. und 20. Jahrhundert*, Münster, 2008, 1.
- *Il delitto tentato*, Milano, 2012.
- *Spunti per una riforma in tema di tentativo*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*, a cura di CSCT Centro studi giuridici e sociali Cesare Terranova, Milano, 1993, 441.
- *Sul metodo tecnico-giuridico e sull'evoluzione della penalistica italiana nella prima metà del XX secolo*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, I, 575.
- *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987.
- SERIANNI, voce *Reato impossibile e reato putativo*, in *EGT*, XXVI, Roma, 1991, 1.
- SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959, 118.
- voce *Causalità*, in *ED*, VI, 1960, 639.
- voce *Tentativo*, in *EGT*, Roma, 1988, XXXV, 3.
- SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, 2° ed., Torino, 2019.
- SONNEN, *Abgrenzung zwischen Vorbereitungshandlung und Versuch beim Diebstahl*, in *JA*, 1979, 334.
- SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova, 1980.
- SPENDEL, *Die Kausalitätformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte*, Frankfurt a.M., 1948.
- *Kritik der subjektiven Versuchstheorie*, in *NJW*, 1965, 1884.
- *Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie*, in ID. (Hrsg.), *Studien zur Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Ulrich Stock zum 70. Geburtstag*, Würzburg, 1966, 89.
- *Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht*, in *ZStW*, Bd. 65, 1953, 519.
- STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung in Verfassungsstaat*, Berlin, 1991.
- STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, a cura di Dolcini - Paliero, Milano, 2006, 1893.
- *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3° ed., Milano, 2003.
- *La "descrizione" dell'evento*, I, *L'offesa - Il nesso causale*, Milano, 1970.

- *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *RIDPP*, 1988, 1249 (poi in *Appendice a ID.*, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, 2° ed., Milano, 2000, 329).
- *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *RIDPP*, 1973, 3.
- *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975.
- STILE, *Introduzione*, in AA.VV., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, cit., XXV.
- STOPP, *Hans Welzel und der Nationalsozialismus. Zur Rolle Hans Welzels in der nationalsozialistischen Strafrechtswissenschaft und zu den Auswirkungen der Schuldtheorie in den NS-Verfahren der Nachkriegszeit*, Tübingen, 2018.
- STRATENWERTH - KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 5. Aufl., Köln, 2004.
- STRATENWERTH, *Der Versuch des untauglichen Subjekts*, in FRISCH - SCHMID (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns*, Köln - Berlin - Bonn - München, 1978, 59.
- STRENG, *Der Irrtum beim Versuch – ein Irrtum? Ein Beitrag zur Struktur des Versuchstatbestands*, in *ZStW*, Bd. 109, 1997, 865.
- STRUENSEE, *Der Subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts*, in *JZ*, 1987, 21.
- *Grundlagenprobleme des Strafrechts*, Stratenwerth (Geleitwort), Berlin, 2005.
- *Versuch und Vorsatz*, in ID., *Grundlagenprobleme des Strafrechts*, Stratenwerth (Geleitwort), Berlin, 2005, 47 ss. (già in DORNSEITER - HORN - SCHILLING - SCHÖNE - STRUENSEE - ZIELINSKI, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln - Berlin - Bonn - München, 1989, 523).
- *Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität*, in *ZStW*, Bd. 102, 1990, 21.
- STUART MILL, *Sistema di logica deduttiva ed induttiva*, I, trad. it. a cura di Trincherò, Torino, 1988.
- STÜBEL, *Über den Tatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewissheit der ersten, besonders in Rücksicht der Tödtung, nach gemeinen in Deutschland geltenden und chursächsischen Recht*, Wittenberg, 1805.
- SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013, 45 ss.
- voce *Evitabilità dell'evento e comportamento alternativo lecito*, in *ED*, I, Tematici, *Reato colposo*, 2021, 489.
- TELP, *Ausmerzung und Verrat. Zur Diskussion um Strafzwecke und Verbrechensbegriffe im Dritten Reich*, Frankfurt a.M., 1999.
- THULFAULT, „*Das Ermächtigungsgesetz*“ – *Symbol einer legalen Revolution? Zur Einordnung der historischen Reichstagsssitzung vom 23. März 1933*, in *JJZG*, 2008-2009, 90.
- THYRÉN, *Abhandlungen aus dem Strafrecht und der Rechtsphilosophie*, I, *Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien*, Lund, 1894.
- TIEDEMANN, *Der Versuch der Zweckentfremdung im Steuerstrafrecht*, in *JR*, 1973, 412.
- *Die Überschuldung als Tatbestandsmerkmal des Bankrotts*, in STREE (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, München, 1978.
- TIMM, *Der Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1962*, Berlin, 2016.
- TIMPE, *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot. Untersuchungen zu den §§ 23 Abs. 2, 13 Abs. 2, 17 Satz 2, 35 Abs. 1 Satz 2 und 46 Abs. 3 StGB*, Berlin, 1983.
- TITTMANN, *Bemerkungen und Beweggründe zu dem Entwurfe eines Gesetzbuches über Verbrechen*, I, Meissen, 1813.
- TORRISI, *Il Tribunale speciale per la difesa dello Stato: il giudice politico nell'ordinamento dell'Italia fascista (1926-1943)*, Bologna, 2016.
- *Offensività. Itinerari dottrinari e giurisprudenziali otto-novecenteschi*, Roma, 2020.

TRECHSEL, *Das unbewußte Motiv im Strafrecht. Bemerkungen zur tiefenpsychologischen Strafrechtskritik*, in ZStW, Bd. 93, 1981, 397.  
TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967.  
TRONCONE, *Controllo penale e teoria del doppio stato*, Napoli, 2006.  
TURATI, *Il delitto e la questione sociale. Appunti sulla questione penale*, Milano, 1883.  
TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, 2° ed., Milano, 2008.

VALLINI, «Cause sopravvenute da sole sufficienti» e nessi tra condotte. Per una collocazione dell'art. 41, comma 2, c.p. nel quadro teorico della causalità "scientifica", in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. I, Torino, 2011, 341.

- Tentativo, "macrotentativo", "microtentativo" nel diritto penale internazionale, in *Criminalia*, 2020, 99.

VALSECCHI, *Un caso di reato putativo*, in *SP*, 1927, II, 214.

VANNINI, *Esecuzione e preparazione del reato*, in *FI*, 1935, II, 294.

- Il valore del pericolo nel tentativo (tentativo impossibile), in *RP*, suppl., 1935, 173.

- L'elemento morale nel tentativo, in *RP*, 1919, 391.

- La dottrina del delitto "mancato", in *RP*, 1923, 512.

- La nozione di "attività esecutiva", in *RP*, 1921, 101.

- Valore e limiti della norma riguardante il tentativo (Articoli 61 e 62), in *RP*, suppl., 1919, 5.

VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2001.

- Il fatto negli elementi del reato, in *RIDPP*, 1984, 529.

- La disciplina del tentativo, in AA.VV., *Convegno nazionale di studi su alcune fra le più urgenti riforme del diritto penale*, a cura del CNPDS Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano, 1959, 216.

- La riforma del codice penale italiano del 1930, in *GP*, 1972, II, 515.

- Relazione alla Commissione Giustizia della Camera dei deputati (6 ottobre 1971) sul d.d.l. n. 3499, recante "Modifiche al libro primo e agli articoli 576 e 577 del codice penale", corrispondente al d.d.l. n. 351-A dal titolo "Riforma del codice penale", in *RIDPP*, 1972, 206.

- Relazione, Resoconto del Convegno nazionale di studio su alcune fra le più urgenti riforme del diritto penale, in *RIDPP*, 1959, 515.

- voce Cause di non punibilità, in *ED*, 1960, VI, 619;

- voce Codice penale, in *ED*, VII, Varese, 1960, 261.

- voce Tipicità (diritto penale), in *ED*, 1992, 535.

VEHLING, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Schriften zum Strafrecht und Strafprozeßrecht, Frankfurt a.M., 1991.

VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000.

- Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate, Padova, 2003.

VIGANÒ - MIEDICO - TRINCHERA, *Studiare sui casi. Materiali integrativi per il corso di Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2020.

VINCIGUERRA, *Comparazione penale, dogmatica e politica del diritto penale in Italia al principio del XXI secolo*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2002, 241.

VOGLER, § 23 *Strafbarkeit des Versuchs*, in JESCHECK - RUSS - WILLMS (Hrsg.), *Strafgesetzbuch – Leipziger Kommentar, Großkommentar*, 10. Aufl., Berlin - New York, 1983.

VOLK, *Introduzione al diritto penale tedesco*, trad. it. a cura di Pettinari - Grassi, Padova, 1993.

- Sulla causalità nel diritto penale (*Kausalität im Strafrecht*, 1995) in ID., *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dogmatica, politica criminale e processo*, trad. it. a cura di Cavaliere, Napoli, 1998, 87.

VORMBAUM Moritz, *Das Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik*, Tübingen, 2015.

VORMBAUM Thomas, *La legislazione penale razziale nella Germania nazista*, in ID., *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Napoli, 2018, 96.

- *Einführung in der moderne Strafrechtsgeschichte*, 2. Aufl., Berlin - Heidelberg, 2011.

WAGNER, *NS-Ideologie im heutigen Strafrecht. Einfluß der nationalsozialistischen Gemeinschaftsethik*, Frankfurt a.M., 2002.

WAIBLINGER, *Subjektivismus und Objektivismus in der neueren Lehre und Rechtsprechung vom Versuch*, in *ZStW*, Bd. 69, 1957, 189.

WALTER, *Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum*, Tübingen, 2006.

WASSERMAN, *Einleitung*, in RADBRUCH, *Gesamtaufgabe*, Bd. 9, Heidelberg, 1922, 1.

WATCHER, *Das Unrecht der versuchten Tat*, Tübingen, 2015.

WEIGEND, *Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre*, in HIRSCH - WEIGEND (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, Berlin, 1989, 113.

WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin - New York, 1975.

- *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 10. Aufl., Berlin, 1967.

- *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 9. Aufl., Berlin, 1965.

- *Diritto naturale e giustizia materiale (Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 1955)*, trad. it. a cura di De Stefano, Milano, 1965.

- *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht (1935)*, in ID., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin - New York, 1975, 108.

- *Naturrecht und Rechtspositivismus*, in ID., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin - New York, 1975, 274 (già in FLUME - SCHAFFSTEIN - WEBER - WELZEL (Hrsg.), *Festschrift für Hans Niedermeyer zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1953).

- *Studien zum System des Strafrechts (1939)*, in ID., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, cit., 518.

- *Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft*, Marburg, 1964.

WERLE, *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, Berlin - New York, 1989.

WESSELS - BEULKE - SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*, 51. Aufl., Heidelberg, 2021.

WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte*, Berlin, 2000.

WOHLEBEN, *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, München, 1997.

WOLFF RESKE, *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung. Ein Beitrag zu den Grenzen der Beihilfesträfbarkeit*, Baden-Baden, 1995.

WOLTER, *Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung – zugleich ein Beitrag zur versuchten Straftat sowie zur subjektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt*, in *ZStW*, Bd. 89, 1977, 649.

- *Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem. Ein normtheoretischer Beitrag zum «Risikoprinzip» von Claus Roxin und zur «wesentlichkeit von Kausalabweichungen»*, in GIMBERNAT ORDEIG - SCHÜNEMANN - WOLTER (Hrsg.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung*, cit., 3.

- *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin, 1981.

WOLTERS, *Die Unternehmensdelikt*, Baden-Baden, 2001.

ZACHARIÄ, *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, Göttingen, 1836.

ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, Berlin, 1989.

- *Strafrecht, Rechtsphilosophie und der untaugliche Versuch*, in BLOY - BÖSE - HILLENKAMP - MOMSEN - RACKOW (Hrsg.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Berlin, 2010, 885.
- ZAFFARONI, *Doctrina penal nazi. La dogmatica penal alemana entre 1933 y 1945*, Buenos Aires, 2017.
- *Política y dogmática jurídico-penal*, in CALLE CALDERÓN, *El estado actual de las ciencias penales*, Universidad de Antioquia, Medellín, 2009, 91.
- ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert in Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*, Berlin, 1973.
- ZIEMANN, *Neukantianisches Strafrechtsdenken. Die Philosophie des Südwestdeutschen Neukantianismus und ihre Rezeption in der Strafrechtswissenschaft des frühen 20. Jahrhunderts*, Baden-Baden, 2009.
- ZIMMERL, *Aufbau des Strafrechtssystems*, Tübingen, 1930.
- ZIMMERMANN, *Entwicklungslinien im Bereich „Versuch und Rücktritt“ in den Jahren 1949-1990*, in STEINBERG - KOCH - POPP (Hrsg.), *Strafrecht in der alten Bundesrepublik 1949-1990*, cit., 397.
- ZIPF, *Die Strafmaßrevision. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung über den systematischen Aufbau der Strafzumessung und ihrer Revisibilität im Erwachsenen- und Jugendstrafrecht*, München, 1969.
- ZIPF, *Kriminalpolitik. Ein Lehrbuch*, Heidelberg-Karlsruhe, 1980.
- ZUCCALÀ, *Profili del delitto di attentato*, in *RIDPP*, 1977, 1247.