

STEFANO DEL CORSO

LA DISCIPLINA DEL TENTATIVO

SOMMARIO: 1. Premessa: la disposizione di cui all'art. 25, comma 3, lett. f) dello Statuto. - 2. L'elemento soggettivo e la tipicità del tentativo. - 3. Brevi note sulla idoneità degli atti e sul trattamento sanzionatorio. - 4. La desistenza.

1. Premessa: la disposizione di cui all'art. 25, comma 3, lett. f) dello Statuto

L'art. 25, comma 3, lett. f) dello "Statuto" di Roma istitutivo della Corte penale internazionale, estende la punibilità prevista dal comma 2 del medesimo articolo («A person who commits a crime within the jurisdiction of the Court shall be individually responsible and liable for punishment in accordance with this Statute»), incriminando non solo la consumazione dei reati previsti dallo "Statuto" stesso, ma anche il loro tentativo.

Questa incriminazione, peraltro, ha carattere generale, nel senso che, diversamente da quanto proposto da taluno in sede di approvazione dello "Statuto", si è infine preferito estendere la punibilità a titolo di tentativo in rapporto a tutte le imputazioni per cui è competente la Corte Internazionale - crimini di genocidio, contro l'umanità, di guerra e di aggressione - stante il loro sostanziale, identico disvalore in termini di offensività.

La disposizione indica, in primo luogo, che cosa debba intendersi per tentativo, per poi definire a quali condizioni consegua il venir meno della punibilità di questa condotta.

Sul piano definitorio, si ritiene quindi che sia responsabile chi «attempts to commit such a crime by taking action that commences its execution by means of a substantial step, but the crime does not occur because of circumstances independent of the person's intentions». E tuttavia ("however"), «a person who abandons the effort to commit the crime or otherwise prevents the completion of the crime shall not be liable for punishment under this Statute for the attempt to commit that crime if that person completely and voluntarily gave up the criminal purpose».

Definizione resa, nella non sempre troppo felice traduzione (non ufficiale) italiana, nei seguenti termini: "è penalmente responsabile" chi «tenta di commettere il reato mediante atti che per via del loro carattere sostanziale rappresentano un inizio di esecuzione, senza tuttavia portare a termine il reato per via di circostanze indipendenti dalla sua volontà. Tuttavia la persona che desiste dallo sforzo volto a commettere il

reato o ne impedisce in qualche modo l'espletamento (?!), non può essere punita in forza del presente Statuto per il suo tentativo, qualora abbia completamente e volontariamente desistito dal suo progetto criminale».

2. L'elemento soggettivo e la tipicità del tentativo

Lo sforzo legislativo per "cristallizzare" in una formula appagante (e definitiva) la tipicità del tentativo è da sempre stato pressoché inane.

Sul piano soggettivo, infatti, l'unica questione degna di nota è quella di stabilire se tutte le "forme" del dolo possano essere compatibili con una figura caratterizzata innanzitutto, in negativo, dalla mancata consumazione del reato.

Poco importa, in effetti, che nella disposizione sopra richiamata dello "Statuto" di Roma, le note del requisito soggettivo che deve sorreggere la condotta non siano state espressamente esplicitate, potendosi esse in realtà inferire, fra l'altro, dall'aver il dispo, subordinato l'incriminazione all'essere, la mancata consumazione, dovuta a «circumstances independent of the person's intentions». E, d'altra parte, neppure è contestato in dottrina che «the perpetrator has the normal mens rea (as in the case of a completed offence)», in quanto «he or she intends (wants, desires) to commit the offence»¹.

Il punto, dunque, infine rimane soltanto quello di capire se sia possibile aversi un tentativo commesso con dolo eventuale, questione annosa, nel caso di specie troppo sbrigativamente (e non condivisibilmente) risolta con risposta affermativa, sul rilievo che l'art. 25, comma 3, lett. f) dello Statuto di Roma non fornisce elementi da cui ricavare una nozione di "intent" nel tentativo diversa e più circoscritta di quella, ampia ed esaustiva, di cui all'art. 30 dello Statuto stesso².

A ben vedere, perciò, è soprattutto sul piano della descrizione del comportamento vietato che il tentativo si mostra istituto ontologicamente sfuggente, destinato a vivere una perenne oscillazione di fondo a seconda del sistema penale in cui viene ad iscriversi e che viene altresì a connotare. Non sembra un caso, del resto, che una delle più autorevoli voci penalistiche italiane sottolinei, al proposito come «questo istituto rappresenti sempre un fondamentale banco di prova del modello del diritto penale fatto proprio da qualsiasi legislatore: sia la struttura che il trattamento sanzionatorio del tentativo sono diversi a seconda che ci si ispiri ad una concezione del reato di impronta soggettivistica o sintomatica, ovvero, all'opposto, alla concezione del reato come offesa ad un bene giuridico»³.

Peraltro, prima ancora che a questa stregua (secondo cui, in ultima analisi, per identificare il "tipo" di sistema penale esaminato, occorre guardare alla ricorrenza o

¹ K. AMBOS, in O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, p. 489.

² A. ESER, in A. CASSESE-P. GAETA-J. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, 2002, p. 811.

³ G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, 2001 (III ed.), p. 528.

meno, nell'ipotesi di tentativo, del requisito dell'idoneità degli atti), conviene osservare che lo sforzo legislativo sopra descritto avrebbe condotto, a dire dei primi commentatori, all'adozione di una formula "non riuscita"⁴.

Invero, sul piano oggettivo, la definizione si mostrerebbe come la "combinazione" di due criteri, quello di derivazione napoleonica e quello di matrice statunitense⁵, diversi fra loro, se non addirittura "alternativi"⁶.

Rilievo pacifico, questo, che trova oggi concorde la dottrina che si è occupata del tema, e rispetto al quale vale la pena di ricordare le pregnanti osservazioni che Fletcher ha dedicato, in termini generali, all'istituto del tentativo nel suo "Basic Concepts of Criminal Laws": «nella tradizione occidentale, il primo sforzo definitorio della figura del tentativo fu fatto dal codice penale francese del 1810 ... tracciando la soglia della punibilità mediante il riferimento alla nozione di "inizio di esecuzione" del reato. Una nozione che da allora in avanti sarebbe divenuta imprescindibile per l'intero pensiero penalistico occidentale. La responsabilità penale veniva a profilarsi dunque nel preciso momento in cui l'agente cominciava l'esecuzione del reato, non un attimo prima ... Naturalmente, non è affatto semplice capire cosa voglia dire esattamente "inizio di esecuzione"». Ragione per cui, altri ordinamenti – mossi anche dall'intento di proteggere maggiormente la collettività – hanno rifiutato l'idea che possa sussistere «una differenza significativa, in linea di principio, tra preparazione ed esecuzione». Fra questi, «anche il Model penal code registra un arretramento della punibilità. Un arretramento così incisivo ("ogni passo sostanziale verso la commissione del reato") da consentire, in pratica, la repressione penale di qualunque atto sorretto dal dolo di consumazione»⁷.

Se, dunque, la definizione dello "Statuto" oscilla davvero fra due criteri non riconducibili ad unità (perché è richiamato al contempo il criterio dell'"inizio dell'esecuzione" e quello del "passo sostanziale"), da un punto di vista esegetico si tratta di stabilire allora se e come sciogliere il nodo in questione.

Un punto parrebbe fermo. A seguire la genesi della disposizione, infatti, sembra ricavarsi, in primo luogo, che intento del legislatore sia stato sicuramente quello di escludere dall'ambito della punibilità gli atti meramente preparatori⁸.

D'altronde, muovendo ancora dalle ragioni della punibilità rese manifeste dai compilatori dello Statuto («First, a high degree of culpability attaches to an individual who attempts to commit a crime and is unsuccessful only because of circumstances beyond his control ... Second, the fact that an individual has taken a significant step towards the completion of one of the crimes ... entails to international peace and security because of the very serious nature of these crimes»), non può negarsi che la figura debba essere vista anche in una prospettiva più "sociale-psicologica",

⁴ G. WERLE, *Völkerstrafrecht*, 2003, p. 167 che parla – giustappunto – di "missglückten Formel".

⁵ K. AMBOS, *op. cit.*, p. 488.

⁶ G. WERLE, *op. cit.*, p. 167, nota 372.

⁷ G. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, 2004, pp. 270-271.

⁸ K. AMBOS, *op. cit.*, pp. 488-489.

in quanto «an essential detrimental effect can be seen in the impression of shattered confidence of the population in the stability of the legal order exerted by the attempt»⁹.

In questo senso, non c'è dubbio pertanto che evocare – perché di questo si tratta – a fondamento della punibilità della figura del tentativo nello Statuto di Roma, la “Eindruckstheorie” oggi prevalente in Germania, significa in ultima analisi stabilire una precisa “gerarchia” fra i due criteri “combinati” dalla disposizione di cui si tratta (meglio, la subordinazione dell'uno nei confronti dell'altro), perché intanto la fiducia nell'ordinamento ed il sentimento di certezza dei consociati è scosso, in quanto l'iter criminis è giunto ad un certo stadio di sviluppo, destando in essi consociati una viva “impressione”.

Sicché, in quest'ottica, si potrebbe suggerire una lettura dell'art. 25, comma 3, lett. f) “Statuto”, che muovendo dal (e fondandosi sul) criterio dell'inizio dell'esecuzione, richiami il significato “oggettivamente” (“sostanzialmente”) esecutivo degli atti, al solo fine di rimarcare la necessaria dimensione di “leggibilità sociale” del fatto incriminabile. Osservando, ad ogni buon conto, che la relazione stabilita fra i due criteri indicati, parrebbe in realtà essere ricavabile anche dal tenore letterale della disposizione stessa che incrimina, come visto, colui che «attempts to commit such a crime by taking action that commences its execution by means of a substantial step».

Ciò vuol dire riconoscere che la definizione di tentativo contenuta nello “Statuto” di Roma, presenta significative similitudini piuttosto che con quella di cui all'art. 56 c.p. 1930, con l'altra contemplata dal codice penale Zanardelli del 1889, per l'art. 61 c.p. del quale era chiamato a rispondere di delitto tentato «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».

Anche nell'ipotesi in esame, infatti, il dato saliente della figura sembra ruotare attorno al duplice perno del grado di sviluppo dell'azione criminosa e della qualità della causa determinante la mancata consumazione del crimine.

Che il c.d. “principio di esecuzione” (contro il quale il legislatore italiano del 1930 aveva indirizzato i suoi violenti strali), rappresenti – pur con tutte le incertezze delimitative di fondo – un criterio di selezione delle condotte penalmente rilevanti, possibile e serio, niente affatto vetusto ed inconcludente, lo dimostra – fra l'altro – anche l'opzione prescelta dal (penultimo) elaborato di riforma del codice penale italiano, licenziato dalla Commissione presieduta dal prof. Grosso.

Sul rilievo infatti che «la formula degli atti idonei e diretti in modo non equivoco non consente una tipizzazione adeguata alla condotta di tentativo», si è osservato che «la formula dell'inizio di esecuzione ha il pregio di mutuare, per così dire, la tipicità del tentativo da quella della fattispecie di riferimento di parte speciale. Pur non costituendo una “formula magica” utilizzando la quale ogni problema di riduzione dei margini della discrezionalità giudiziale risultano risolti, è comunque formula più garantista, e quantomeno sul terreno dei “segnali lanciati” indica la necessità di porre co-

munque una barriera ad una anticipazione indiscriminata degli atti qualificabili come penalmente rilevanti». Sottolineandosi ancora, peraltro, come «nella maggior parte dei sistemi di civil law la condotta del tentativo continu(i) ... ad essere individuata attraverso il concetto dell'inizio di esecuzione della azione tipica», e come in alcuni ordinamenti «si fa(ccia) riferimento puro e semplice a tale concetto (codice francese, codice svizzero, avamprogetto dello stesso)», mentre «in altri la formula dell'inizio dell'esecuzione (sia) arricchita dall'ulteriore riferimento ai “fatti esteriori” (codice belga, codice spagnolo) o ci si impegn(i) in una definizione analitica degli “atti di esecuzione” (codice portoghese)» (Relazione della Commissione Ministeriale istituita con d.m. 1 ottobre 1998).

3. Brevi note sulla idoneità degli atti e sul trattamento sanzionatorio

Colpisce, semmai, l'assoluta mancanza di ogni accenno, nella definizione di tentativo che ci consegna lo “Statuto”, alla “idoneità” degli atti, ovvero sia ad uno di quei due requisiti prescelti dal legislatore italiano del 1930 per caratterizzare la nozione di cui all'art. 56 c.p.

Questo silenzio potrebbe destare qualche preoccupazione, se si accede alla tesi per cui «l'idoneità degli atti è il requisito primo per la pericolosità del tentativo» e che essa va intesa «secondo una più ampia concezione prognostica, per la quale debbono intendersi come idonei tutti gli atti che si presentano adeguati alla realizzazione del delitto perfetto, perché potenzialmente capaci di causarne o favorirne la verifica»¹⁰.

In questo senso, in termini di offensività, la soluzione accolta parrebbe risultare non pienamente appagante, essendo tutt'altro che pacifica la tesi per cui la natura esecutiva degli atti incriminati implicherebbe necessariamente in essi, l'attributo di idoneità. Tanto che i principali commentatori dello “Statuto”, si sono infatti già espressi nel senso della riconducibilità all'area del penalmente illecito anche del tentativo idoneo (“untaugliche Versuch”) ¹¹, con la sola eccezione – al più – di quelle “superstitious actions which are a clearly harmless” ¹².

Così come profonde riserve suscita la circostanza di non avere previsto un'autonoma cornice edittale (più blanda) per le violazioni soltanto tentate delle fattispecie criminose di cui all'art. 5 dello “Statuto”, sostanzialmente lasciando alla discrezionalità della Corte penale internazionale la decisione di un'eventuale mitigazione di pena rispetto al singolo caso concreto, senza perciò tenere conto che invece – già su un piano astratto – il reato tentato, incarnando un'offesa meno grave rispetto al reato consumato, merita di essere sanzionato con pena obbligatoriamente più lieve.

¹⁰ F. MANTOVANI, *Diritto penale Parte generale* 2001 (IV ed.), p. 459

4. *La desistenza*

Quanto al richiamo alla qualità della causa determinante la mancata consumazione del crimine («the crime does not occur because of circumstances independent of the person's intentions»), il punto meriterebbe probabilmente una approfondita riflessione, che porti ad esaminare se davvero sia privo di ogni rilievo, come si è ormai portati a credere, la scomparsa nell'ordito della disposizione di ogni riferimento alla cause "fortuite", a fianco delle cause "indipendenti dalla volontà del colpevole".

Certo è che la Relazione finale del Ministro Zanardelli al primo codice penale dell'Italia unita, esplicitava il senso di questa soppressione, sottolineando come la locuzione "circostanze indipendenti dalla volontà del reo", rendesse «spiccata la vera caratteristica del conato incriminabile, che cessa di essere tale appunto se l'esecuzione sia interrotta per volontà dell'agente. Esigere che la causa interrottiva sia altresì fortuita, non è soltanto superfluo, ma vizioso, poiché escluderebbe dalla configurazione del conato, quella causa che fosse deliberatamente predisposta e opposta da altri». Ma è altrettanto certo che uno dei massimi pensatori dell'800 in materia, difendeva a spada tratta la diversa scelta del codice penale del Regno delle Due Sicilie – che richiedeva il mancato raggiungimento della consumazione per circostanze che fossero, assieme, "indipendenti dalla volontà dell'agente" e "fortuite" – valendo quest'ultimo attribuito ad escludere dall'area del penalmente rilevante quei casi in cui l'impossibilità della consumazione derivi «dalla maniera ordinaria, precognita e costante di agire delle leggi fisiche della natura», ed ad includervi invece solo gli altri casi in cui l'impossibilità si ricollegli al «corso tutto straordinario, non precognito, e meramente accidentale delle stesse leggi fisiche»¹³.

Peraltro, il richiamo alle «circumstances independent of the person's intentions» contenuto nell'art. 25, comma 3, lett. f) Statuto di Roma, vale non solo a plasmare la fisionomia della figura criminosa, ma costituisce altresì la premessa per affrontare il contenuto della seconda parte della disposizione, che si occupa del trattamento da riservarsi agli istituti comunemente noti per la cultura giuridica del nostro paese con i termini correnti di desistenza e recesso attivo.

Dal punto di vista del diritto positivo, in entrambi i casi segue la non punibilità delle condotte indicate, differentemente da quanto invece stabilisce il codice penale italiano vigente.

Pur prendendo atto della scelta compiuta, e sulla quale occorrerà comunque soffermarsi, deve tuttavia mettersi in evidenza come la discussione scientifica sul punto sia ben lungi dal potersi dire conclusa, come comprova la profonda differenza di vedute riscontrata in due degli ultimi progetti di riforma del codice penale italiano redatti dalle Commissioni presiedute rispettivamente dal prof. Pagliaro e dal prof. Grosso. Mentre infatti la Commissione presieduta da quest'ultimo, tenendo conto della tendenza europea «a parificare gli effetti dei due istituti sul terreno della non punibilità dell'autore», e soprattutto «considerato che fra gli obbiettivi della riforma dovrebbe collocarsi anche l'incentivazione premiale per chi si sia attivato a tutela della

¹³ S. ROBERTI, *Corso completo del diritto penale del Regno delle Due Sicilie*, vol. III, 1833, p. 102.

vittima del reato», ha suggerito di «allineare la disciplina italiana a quella testé indicata, prevedendo la non punibilità anche in caso di recesso attivo», diversamente si era invece orientata la precedente Commissione, proponendo di conservare l'attuale, diverso regime normativo (impunità nel caso di desistenza, riduzione di pena in caso di recesso). Diverso regime che affonda le sue origini nella storica e classica distinzione fra reato tentato e reato mancato, e che è autorevolmente difeso ancora oggi facendo notare il suo fondamento «sui principi di offensività e di meritevolezza, in quanto, al momento del recesso, l'agente ha già messo in moto tutti i fattori causali per il verificarsi dell'evento e, quindi, il tentativo ha raggiunto il massimo di pericolosità per il bene tutelato, essendo fra l'altro l'azione impeditiva non sempre destinata ad avere successo»¹⁴.

Si è criticata la duplicazione della «regola della desistenza contenuta nello Statuto, nel senso che è parso inutile (e spiegabile solo sulla base di un errore in sede di redazione del disposto), ribadire – dopo avere escluso la punibilità a titolo di tentativo, quando la consumazione non segue per circostanze dipendenti dal volere dell'agente – che nessuna sanzione colpisce colui che «abandons the effort to commit the crime or otherwise prevents the completion of the crime»¹⁵.

A dirla tutta, però, il secondo periodo della disposizione contiene un dato aggiuntivo, che arricchisce e connota più puntualmente il comportamento a cui consegue l'impunità. Perché segua tale effetto, invero, è necessario che «that person completely and voluntarily gave up the criminal purpose».

Segno che non basta, come nel nostro ordinamento, che il soggetto si sia determinato ad interrompere la propria condotta, in presenza di una ragionevole possibilità di scelta, occorrendo invece che abbia abbandonato completamente (cioè a dire definitivamente) il suo proposito criminoso.

Una scelta, questa, che appare senza dubbio condivisibile, se si pensa che nel caso di specie sono in gioco crimini fortemente connotati, nella loro dimensione internazionalistica, da una componente etica, essendo attinenti, le lesioni prefigurate nella maggior parte di essi, a valori fondamentali della convivenza umana.

Se fin qui, evidentemente, l'esegesi della disposizione, vale la pena però di concludere rilevando che, come si è puntualmente osservato: «allerdings bleibt abzuwarten, inwieweit Versuch und Rücktritt in der Praxis der internationalen Strafgerichtsbarkeit überhaupt eine bedeutende Rolle spielen werden. Die Konzentration auf schwerste Verbrechen, welche die Völkergemeinschaft insgesamt berühren, bringt es mit sich, dass der Schwerpunkt auch in Zukunft bei der Aburteilung vollendeter Straftaten liegen wird»¹⁶.

¹⁴ F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 475.

¹⁵ G. WERLE, *op. cit.*, p. 168.

¹⁶ G. WERLE, *op. cit.*, p. 168.