

1. L'IMPOSSIBILITÀ DI TRASGREDIRE: IL REATO IMPOSSIBILE

Sergio Seminara

1. Nella scienza penalistica europea, il problema del reato (o tentativo) impossibile fa irruzione, nel 1808, attraverso la seguente riflessione di Feuerbach:

Poiché la punibilità civile è impossibile in assenza di una condotta contrastante con il diritto esterno, una condotta è (esternamente) antiggiuridica solo quando lede o minaccia il diritto. La sola intenzione antiggiuridica non conferisce ad alcuna condotta il carattere dell'antigiuridicità. Chi parla del reato di dazione di un veleno erroneamente ritenuto tale, del tentativo di omicidio di un cadavere e così via, confonde la sfera morale con quella giuridica, i fondamenti del diritto preventivo di polizia con il diritto punitivo e deve riconoscere come colpevole di un tentativo punibile di omicidio anche quel bavarese, il quale si recò in pellegrinaggio in una chiesetta a pregare per la morte del suo vicino.¹

Questa concezione del reato come fatto lesivo, di danno o di pericolo, può qualificarsi come tipicamente illuministica. Una sua enunciazione si rinviene infatti già in Beccaria, secondo cui l'assunto che il "danno della società" costituisca la "vera misura dei delitti, [...] è una di quelle palpabili verità che, quantunque non abbian bisogno né di quadranti, né di telescopi per essere scoperte, ma sieno alla portata di ciascun mediocre intelletto, pure per una maravigliosa combinazione di circostanze non sono con decisa sicurezza conosciute che da alcuni pochi pensatori, uomini d'ogni nazione e d'ogni secolo"². E allo stesso modo, passando dal piano filosofico a uno più tecnico, il medesimo pensiero si rinviene, tra gli altri, in Romagnosi: "in que' delitti, ne' quali l'effetto ingiustamente nocivo è di un impossibile

¹ P.J.A. Feuerbach 1808, p. 43 s., nota *b*.

² C. Beccaria 1764, § VIII.

conseguimento, l'attentato deve calcolarsi per nulla. [...] Perciò ragionando dell'esecuzione del delitto, e dell'attentato, che n'è parte, noi parliamo di una esecuzione di sua natura efficace, ed atta ad ottenere il danno ingiusto altrui"³.

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

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

Sul piano legislativo trovano riscontro entrambe le confliggenti posizioni ora rappresentate. In Francia e in Austria viene accolta la teoria di Filangieri: in modo assoluto nell'art. 2 del *code pénal* del 1810, che opera una secca equiparazione sanzionatoria tra reato consumato e tentato, e in modo temperato nel § 9 dell'*Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung* del 1787 (ripreso dal § 8 del *Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizey-Uibertretung* del 1803), che per il tentativo ammette una circostanza attenuante all'interno della medesima cornice edittale di pena prevista dalla fattispecie incriminatrice. Tutti i codici italiani preu-

³ G.D. Romagnosi 1791, p. 293, § 607. Vd. anche ivi, p. 340, § 705: "se le cagioni di impotenza agiscono in una maniera conosciuta, e costante, è troppo chiaro, che l'esito nocivo dell'attentato deve sempre dal Legislatore riguardarsi come impossibile. Perciò la Società dovrà riguardarsi come affatto sicura: e sarebbe ingiusto [...] contro tali tentativi procedere con mezzi penali".

⁴ Rispettivamente, C. Beccaria 1764, § XXXVII; G. Filangieri 1796, IV (libro III, capo XXXVII), pp. 248 s.

nitari, compreso il più autoritario tra essi costituito dal Regolamento sui delitti e sulle pene emanato per lo Stato pontificio nel 1832, seguono al contrario la lezione di Beccaria, stabilendo per il tentativo una riduzione obbligatoria della pena in confronto al reato consumato; al medesimo esito pervengono i codici penali tedeschi del XIX secolo, sebbene sotto la decisiva influenza esercitata dall'art. 178 della *Constitutio Criminalis Carolina* del 1532.

3. Se la questione della penalità del tentativo può assumersi come sintomo delle divergenti strade percorse dall'illuminismo penalistico europeo, queste si manifestano in tutta la loro evidenza proprio rispetto al tema del reato o tentativo impossibile, intorno al quale prende forma e consistenza la contrapposizione fra teorie oggettive e soggettive.

In particolare, mentre la "scuola" italiana appare concordemente schierata in favore di un'accezione del tentativo come fatto pericoloso, una larga parte della "scuola" tedesca propende per una costruzione del tentativo come fatto colpevole: nella prima prospettiva, il tentativo punibile è caratterizzato dalla necessaria idoneità della condotta, nella seconda assume preminente risalto la volontà rivelata dall'azione diretta alla realizzazione del reato.

Entrambe le impostazioni – qui è possibile solo un cenno – sono andate incontro a insuperabili obiezioni nel corso della seconda metà del XIX secolo: la teoria obiettiva si è arenata sulle infinite varianti dell'idoneità in astratto e in concreto, la teoria soggettiva, posta dinanzi all'esigenza di individuare comunque un limite a una valutazione esclusivamente incentrata sulla volontà esteriorizzata nella condotta, ha finito con il negare la rilevanza penale del tentativo c.d. superstizioso o grossolano – così inserendo un parametro oggettivo estraneo ai suoi presupposti⁵.

4. Parallelamente alla difficoltosa evoluzione della teorica del reato o tentativo impossibile, proiettata sui requisiti intrinseci al tentativo punibile, soprattutto nella dottrina italiana del XIX secolo viene approfondita la nozione di reato putativo.

In un'accezione ristretta, essa designa l'errore di diritto "inverso", cioè la supposizione di violare una norma in realtà inesistente (ovvero l'ignoranza di agire in presenza di una causa oggettiva di giustificazione); qui il problema non ha ragione di porsi, poiché la volontà colpevole non trova riscontro in una norma che tipizza (o sanziona) il fatto realizzato. In un'accezione più ampia, il concetto di reato putativo riguarda invece i casi in cui taluno si rappresenta e vuole commettere un illecito effettivamente previ-

⁵ Sia qui consentito il rinvio a S. Seminara 2012, pp. 297 ss.

sto dalla legge penale, la cui configurabilità è però esclusa dall'assenza di un requisito costitutivo della relativa fattispecie.

Questa più ampia configurazione del reato putativo rinviene le proprie ascendenze già nell'elaborazione, da parte dei giuristi medievali e postmedievali, della categoria dell'*impedimentum juris*, ove confluivano i casi della sottrazione di cosa altrui avvenuta ignorando il consenso del proprietario, della congiunzione carnale con donna erroneamente ritenuta coniugata e dell'uccisione di un uomo di cui si sconosce la qualità di *exbannitus*⁶. È evidente come, attraverso queste prospettazioni, si intendesse sul piano tecnico escludere la punibilità di fatti inoffensivi, in quanto consentiti dalla legge malgrado l'intenzione criminosa dell'agente.

Il tema viene ripreso e affinato da Carmignani, il quale, all'interno della trattazione del delitto tentato, individua le cause impeditive c.d. casuali legali, che – in contrapposizione alle cause di tipo fattuale, confluenti nell'inidoneità del tentativo – escludono la sua punibilità perché “manca in quegli atti la qualità dalle leggi riprovata: nel qual caso, siccome la estrinseca moralità degli atti interamente manca, ogni ispezione obbiettiva e subbiettiva diviene affatto inutile”: gli esempi riportati in nota sono il “furto di cosa propria, ed il concubito con la propria moglie”⁷. Il problema di questa classificazione, come rilevato da Carrara, è “che le cause che altri disse legali non degradano il conato; ne distruggono la essenza: ed è repugnante il dire che ciò che distrugge un essere attribuisce una qualità all'essere stesso”⁸.

Carrara aveva indubbiamente ragione: se nella nozione di reato putativo rientrano condotte caratterizzate nel senso della loro adeguatezza e di una piena colpevolezza – al punto da giungere a consumazione, seppure solo nella rappresentazione dell'agente –, mentre non riveste alcun ruolo l'alternativa tra atti idonei e inidonei, non è corretta la collocazione di tale figura nella tematica del tentativo. Vero è pure, tuttavia, che ogni volta un elemento legale risulta in grado di convertirsi in uno fattuale (si pensi all'altruità della cosa nel furto, alla qualità di coniuge nella donna con cui si ritiene di commettere adulterio, alla condizione di essere vivente per la vittima dell'omicidio) le teoriche del tentativo e del reato putativo sono inevitabilmente destinate a sovrapporsi. Nessun criterio è riuscito infatti a districare l'intreccio tra le due prospettive: l'idea che solo nel reato putativo la condotta, anche mutando le sue caratteristiche, non è mai in grado di conseguire l'evento ovvero l'assunto che in esso fa difetto il soggetto passivo, per quanto efficaci dal punto di vista descrittivo, non sono in gra-

⁶ Ampiamente, sul tema, R. Isotton 2006, pp. 108 ss.

⁷ G. Carmignani 1863, p. 88, § 242. In precedenza, ma con insoddisfacenti esiti classificatori, il tema era stato affrontato da A. De Simoni 1783, pp. 185 s.

⁸ F. Carrara 1867, p. 227, § 387.

do di tracciare una netta linea di confine rispetto alle ipotesi del tentativo impossibile.

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

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

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

In merito allo specifico problema del tentativo impossibile, il § 23.3 cod. pen. tedesco stabilisce: "Il tribunale può astenersi dall'infliczione della pena o può ridurla discrezionalmente qualora, per grossolana incomprendimento, l'autore abbia ignorato che, per la natura dell'oggetto o del mezzo sul quale o con il quale il fatto doveva essere compiuto, il tentativo mai avrebbe potuto condurre alla consumazione". In dottrina è controverso se davvero possa essere comminata una pena per l'autore di un tentativo superstizioso, a causa dell'innocuità della condotta rivelatrice di un'assenza di pericolosità dell'agente; dinanzi al chiaro dettato normativo, risulta invece pacifica la punibilità del tentativo impossibile.

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

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

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

In Italia, mentre l’art. 56 cod. pen. lega la definizione del tentativo anche all’idoneità degli atti, l’art. 49 afferma la non punibilità di “chi commette un fatto non costituente reato, nella supposizione erronea che esso costituisca reato” (comma 1) nonché nei casi in cui, “per la inidoneità dell’azione o per la inesistenza dell’oggetto di essa, è impossibile l’evento dannoso o pericoloso” (comma 2); per quest’ultima ipotesi è affidato al giudice il potere di applicare la misura di sicurezza della libertà vigilata. La giurisprudenza adotta un’interpretazione restrittiva, intendendo l’inidoneità degli atti e dell’azione in senso assoluto e limitando l’inesistenza dell’oggetto alla radicale sua assenza, *in rerum natura*; in dottrina si rinven- gono posizioni affini alla giurisprudenza, altre attestate su una valutazione *ex ante* di prognosi postuma e altre ancora incentrate su un accertamento su base totale⁹.

Riepilogando le varie soluzioni emerse dalla ricognizione appena operata in riferimento al “classico” problema del tentativo di omicidio nei confronti di una persona già deceduta, può dunque affermarsi che esso è certamente punibile in Germania (in conformità a un orientamento affermato con la sentenza 10 giugno 1880 del *Reichsgericht*, relativa a un infanticidio su un feto nato morto) e in Francia (alla stregua dell’indirizzo inaugurato dalla citata sentenza della Cassazione del 1986); in Spagna la situazione della dottrina (più che quella della giurisprudenza) appare favorevole alla punibilità; in Austria è verosimile che la punibilità sia esclusa; in Italia, a fronte del chiaro dettato dell’art. 49, comma 2, cod. pen., il giudice può applicare solo la libertà vigilata.

6. La soluzione della punibilità del tentativo impossibile trova un’agevole spiegazione nel quadro di una concezione soggettiva del reato, fondata sulla volontà colpevole: caratterizzandosi il tentativo alla luce dell’incompletezza della condotta o della mancata verifica dell’evento, l’accento non può non gravitare sull’intenzione di compiere l’illecito. Come infatti affermato dal *Reichsgericht* tedesco nella citata sentenza del 1880, “per il tentativo, in contrapposizione alla consumazione, rileva solo la rappresentazione dell’agente che diede causa all’esecuzione, mentre è indifferente la

⁹ Un’indagine comparata sui sistemi penali qui presi in considerazione è già in S. Seminara 2012, pp. 855 ss.

possibilità o impossibilità della consumazione dovuta alla qualità dell'oggetto contro cui il reato è diretto"; d'altra parte, osserva di rincalzo la prevalente dottrina francese, "se non si può consumare l'impossibile, lo si può sempre tentare"¹⁰.

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

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

BIBLIOGRAFIA

- Beccaria, C. (1764). *Dei delitti e delle pene*, Livorno: Tipografia Coltellini.
- Cadoppi, A. - Pradel, J. (2005). *Casi di diritto penale comparato*, Milano: Giuffrè.
- Carmignani, G. (1833). *Elementa juris criminalis*. Pisa: Fratelli Nistri e soci. Traduzione italiana di G. Dingli: *Elementi di diritto criminale*, Milano: Carlo Brigola, 1863.
- Carrara, F. (1867). *Programma del corso di diritto criminale, parte generale*, Lucca: Tipografia Giusti.
- De Simoni, A. (1783). *Dei delitti di mero affetto*, Como: Scotti.
- Feuerbach, P.J.A. (1808). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland Peinlichen Rechts*, IV edizione, Giessen: Heyer.
- Filangieri, G. (1796). *La scienza della legislazione*, Venezia: Vitto.
- Fornasari, G. - Menghini, A. (2008). *Percorsi europei di diritto penale*, Padova: CEDAM.
- Isotton, R. (2006). Crimen in itinere. *Profili della disciplina del tentativo dal diritto comune alle codificazioni penali*, Napoli: Jovene.

¹⁰ Così A. Prothais 1985, p. 103.

- Palazzo, F. - Papa, M. (2005). *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino: Giappichelli.
- Prothais, A. (1985). *Tentative et attentat*, Paris: Lib. Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Romagnosi, G.D. (1791). *Genesi del diritto penale*, Pavia: Monastero di San Salvatore.
- Seminara, S. (2012). *Il delitto tentato*, Milano: Giuffrè.
- Vallini, A. (2010). Il tentativo, in E. Amati - V. Caccamo - M. Costi - E. Fronza - A. Vallini (eds.), *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano: Giuffrè.