

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 16/07/2013**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35264-il-delitto-tentato-e-le-circostanze-del-reato-una-proposta-de-iure-condendo>**

**Autore: Antonio Di Tullio D'Elisiis**

**Il delitto tentato e le circostanze del reato: una proposta de iure condendo.**

## **Il delitto tentato e le circostanze del reato: una proposta *de iure condendo*.**

**Avv. Antonio Di Tullio D'Elisiis**

Scopo del presente articolo è quello di illustrare un progetto di legge volto a regolamentare le circostanze di reato ove sia commesso un delitto tentato.

Come è noto, tale questione è stata trattata già a livello ministeriale negli anni passati ed è stata altresì oggetto di un vivace dibattito dottrinale<sup>1</sup>.

Infatti, premesso che l'art. 20, co. III, della proposta di elaborato predisposta dalla Commissione ministeriale Pagliaro “*per l'elaborazione di uno schema di delega per nuovo codice penale (8 febbraio 1988)*”, adottata il 25/10/91, prevedeva espressamente la necessità di disciplinare “*l'applicazione delle circostanze al delitto tentato*”, si procedeva di conseguenza ad ipotizzare un'apposita norma giuridica che statuisse “*espressamente il tentativo di delitto circostanziato sulla base degli artt. 61, n. 7 e 62, n. 4, c.p.*”<sup>2</sup>.

La dottrina, dal canto suo, ha coniato diverse ipotesi circostanziali in relazione al delitto tentato e, segnatamente:

- il “*delitto tentato circostanziato*” che ricorre nel caso in cui “*in cui le circostanze si perfezionano in tutto o in parte nel contesto della stessa azione tentata*”<sup>3</sup>;
- il “*tentativo di delitto circostanziato*” ossia “*il tentativo di un delitto che, se fosse giunto a consumazione, sarebbe apparso qualificato da una o più circostanze*”<sup>4</sup>;
- il “*delitto circostanziato tentato circostanziato*” che “*si ha quando, nel delitto tentato una o più circostanze abbiano trovato compiuta realizzazione (delitto tentato circostanziato), mentre altra*

---

<sup>1</sup>Tra i tanti autori intervenuti sul tema: Boscarelli, *Tentativo circostanziato e tentativo di delitto circostanziato*, in Sc. Pos. 1962, 662; M. L. De Luca, *La problematica delle circostanze nel tentativo*, in Riv. It. 1974, 569 ss.; Dassano, *In tema di circostanze e tentativo*, in Giur. It. 1977, II, 557; Gallisai Pilo, *Ancora in tema di tentativo circostanziato*, in Riv. It. 1978, 773; Calabria, *Considerazioni sul delitto “tentato circostanziato”, “circostanziato tentato”, “circostanziato tentato circostanziato”*, in Riv. It., 1990, 1354 ss. .

<sup>2</sup>Elio Morselli, “*Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*”, Riv. It. dir. e proc. pen., 1998, 01, 36.

<sup>3</sup>Eronia Odette, *Art. 56, in Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi ed E. Lupo, Milano, 2010, II, p. 982.

<sup>4</sup>Cass. pen., Sezioni Unite, 28/03/13, n. 28243, in *Diritto & Giustizia* 2013, 1 luglio (nota di: CAPITANI).

*od altre rientrino semplicemente nel delitto perfetto avuto di mira (delitto circostanziato tentato)»<sup>5</sup>.*

Ebbene, se per la prima figura, è pacifico, sia in dottrina che in giurisprudenza, che tale costruito ermeneutico possa sempre essere applicato, diversi profili di criticità applicativa, invece, sono sorti per la seconda categoria dogmatica e, come logica conseguenza, anche per la terza divenendo di entità tale da indurre chi scrive a prospettare tale tesi normativa.

Del resto, a riprova della necessità di un intervento legislativo non più procrastinabile *in subiecta materia*, si è schierata da tempo autorevole dottrina che ha sostenuto che le difficoltà, sia scientifiche che ermeneutiche, nel risolvere compiutamente il problema della rilevanza delle circostanze del reato rispetto al delitto tentato, sono dovute in principale modo “*alla mancanza di una esplicita previsione legislativa in materia*”<sup>6</sup>.

Inoltre, anche ragioni di ordine sistematico impongono una modifica del codice penale in questa direzione.

Invero, premesso che:

- “*l'art. 380 c.p.p. (arresto obbligatorio in flagranza), come è noto, fa obbligo agli ufficiali e agli agenti di polizia giudiziaria di procedere all'arresto di chiunque sia colto in flagranza di una serie di delitti non colposi - consumati o tentati - individuati in base alle pene edittali, ovvero specificamente elencati?*”;

- “*detto articolo ha subito modifica, ad opera della L. 15 luglio 2009, n. 94, nel suo comma 2, che, attualmente, recita: "anche fuori dei casi previsti dal comma 1, gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria procedono all'arresto di chiunque è colto in flagranza di uno dei seguenti delitti non colposi, consumati o tentati: (...) e) delitto di furto, quando ricorre la circostanza aggravante prevista dall'art. 4 della legge 8 agosto 1977, n. 533, o quella prevista dall'art. 625 c.p., comma 1, n. 2, prima ipotesi, salvo che, in quest'ultimo caso, ricorra la circostanza attenuante di cui all'art. 62 c.p., comma 1, n. 4; e-*

---

<sup>5</sup>Arianna Calabria la quale, nel saggio “*Considerazioni sul delitto “tentato circostanziato”, “circostanziato tentato”, “circostanziato tentato circostanziato”*” edito sulla Riv. It. dir. e proc. pen., 1990, 1354 e ss., richiama, a sua volta, Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 1988, pag. 430.

<sup>6</sup>Arianna Calabria, “*Considerazioni sul delitto “tentato circostanziato”, “circostanziato tentato”, “circostanziato tentato circostanziato”*”, Riv. It. dir. e proc. pen., 1990, 1354 e ss. .

*bis) delitti di furto previsti dall'art. 624 bis del codice penale, salvo che ricorra la circostanza attenuante di cui all'art. 62 c.p., comma 1, n. 4*”, c.p.,

si evince, dalla lettura di questo combinato disposto normativo, secondo quanto dedotto dalle Sezioni Unite, nella sentenza n. 28243 del 2/03/2013, “*che le circostanze - aggravanti o attenuanti - debbano essere valutate (quantomeno ai fini dell'arresto in flagranza), sia con riferimento ai delitti consumati, sia ai delitti tentati?*”.

Pertanto, la necessità di una riforma dell'art. 56 c.p. si appalesa tanto più urgente se si considera che, come appena esposto, il nostro ordinamento processuale già prevede esplicitamente la figura del delitto tentato circostanziato.

Ciò premesso, per dovere di chiarezza espositiva e prima di procedere alla disamina del progetto di legge che si intende illustrare in questo breve scritto, si riportano sin d'ora le disposizioni legislative oggetto del presente studio.

In sintesi, si prospetta una emenda delle seguenti norme giuridiche così concepita:

#### Articolo 56 c.p.

##### Delitto tentato

Chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto “*semplice o circostanziato*”, risponde di delitto tentato [art. 8<sup>4</sup> c.p.p.], se l'azione non si compie o l'evento non si verifica [art. 49<sup>2</sup> c.p.].

Il colpevole di delitto tentato è punito: con la reclusione da ventiquattro a trenta anni, se dalla legge è stabilita per il delitto la pena di morte; 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.

Se il colpevole volontariamente desiste dall'azione, soggiace soltanto alla pena per gli atti compiuti, qualora questi costituiscano per sè un reato diverso.

Se volontariamente impedisce l'evento, soggiace alla pena stabilita per il delitto tentato “*semplice o circostanziato*”, diminuita da un terzo alla metà [artt. 62<sup>n. 6</sup>, 289-*bis*<sup>4</sup>, 309<sup>2</sup>, 463, 630<sup>4-5</sup>, 655<sup>2</sup> c.p.].

*Ai fini della determinazione del trattamento sanzionatorio, fermo restando quanto previsto dall'art. 59 c.p., si tiene conto delle attenuanti o delle aggravanti, ivi comprese quelle speciali e/o ad effetto speciale, applicandosi, ove possibile, l'art. 63 c.p. .*

*Tra le circostanze, che possono rilevare ai sensi del comma precedente, vanno annoverate anche quelle tentate ma solo ove sono compiuti atti idonei diretti in modo non equivoco a determinarle.*

*Le disposizioni previste dai due commi precedenti non si applicano quando le circostanze sono incompatibili con il delitto tentato [artt. 61<sup>n. 3</sup>, 62<sup>n. 6</sup> c.p.] ovvero costituiscono, per se stesse, reato [art. 84<sup>1</sup> c.p.].*

*Se concorrono più circostanze, si osserva, ove possibile, quanto stabilito dall'art. 69 c.p. .*

#### Articolo 59 c.p.

##### Circostanze non conosciute o erroneamente supposte

Le circostanze che attenuano [artt. 62, 62 bis c.p.] “*la pena anche se soltanto tentate*” [art. 56<sup>6</sup>] “*e quelle che la escludono*”, sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti.

Le circostanze che aggravano la pena [art. 61 c.p.], “*anche se soltanto tentate*” [art. 56<sup>6</sup>], sono valutate a carico dell'agente soltanto se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa.

Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze aggravanti o attenuanti, queste non sono valutate contro o a favore di lui.

Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena [artt. 50-54 c.p.], queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo [art. 43 c.p.].

Ebbene, una volta evidenziate in corsivo le parti novellate, corre l'obbligo di procedere al commento di siffatto disegno legislativo.

Per quanto riguarda l'inserimento al primo comma dell'art. 56 c.p. del periodo “*semplice o circostanziato*”, tale scelta legislativa è dettata al fine di replicare a quelle tesi scientifiche che, nel negare rilevanza al “*tentativo di delitto circostanziato*”, ancorano tale considerazione

giuridica proprio perché “è lo stesso rispetto del principio di legalità ad imporre (...) che le circostanze vengano applicate soltanto in presenza di presupposti esplicitamente previsti dalla legge”<sup>7</sup>.

Ebbene, a fronte di tale censura critica, è stato ritenuto da insigne dottrina che tale argomentazione non possa condividersi sicché “il codice prevede, sia pur sempre implicitamente, anche la figura del delitto circostanziato tentato, per la già indicata ragione che la parola « delitto », di cui all'art. 56, va intesa nel senso di delitto semplice o circostanziato”<sup>8</sup>.

Gran parte della giurisprudenza di legittimità, dal canto suo, ha postulato “con nettezza che l'estensione al tentativo delle circostanze previste per il corrispondente reato consumato non contrasta con il principio di legalità”<sup>9</sup> siccome, come dedotto in particolare modo dalla Sez. 4, n. 2631 del 23/11/2006, dep. 2007, Aquino, Rv. 235937, “la disciplina del reato tentato si riferisce a tutti gli aspetti della tipicità, ivi compresi quelli inerenti alle circostanze”<sup>10</sup>.

Le Sezioni Unite, inoltre, nella decisione succitata, partendo dal presupposto secondo cui dagli “artt. 56 e 59 cod. pen. non si trae alcun argomento, diretto o indiretto, da cui possa inferirsi che la disciplina del tentativo sia inerente al solo reato base”<sup>11</sup>, sono pervenuti alla conclusione secondo la quale non vi è “ragione di non ammettere, in linea generale e salva, come si è detto, la verifica di compatibilità logico-giuridica, un doppio “meccanismo combinato”, che veda agire sulla norma incriminatrice tanto l'art. 56, quanto gli artt. 61 e/o 62 c.p.”.

Orbene, al di là di tali pregiate argomentazioni giuridiche, sarebbe opportuno, ad umile avviso di chi scrive, intervenire a livello normativo prevedendo espressamente il delitto tentato anche nella forma circostanziata.

In effetti, la tipizzazione normativa di tale figura giuridica consentirebbe la piena ed indiscussa attuazione del principio di legalità superando una volta per tutte le obiezioni scientifiche suesposte tanto più se si osserva che, sin dall'entrata in vigore del codice Rocco, insigne dottrina affermava, senza incertezza espositiva alcuna, che “il tentativo di

---

<sup>7</sup>FIANDACA MUSCO, Diritto penale Parte generale, Bologna, Zanichelli editore, quarta ed., 2004, pag. 435.

<sup>8</sup>Arianna Calabria, “Considerazioni sul delitto “tentato circostanziato”, “circostanziato tentato”, “circostanziato tentato circostanziato””, Riv. It. dir. e proc. pen., 1990, 1354 e ss. .

<sup>9</sup>Cass. pen., Sezioni Unite, 28/03/13, n. 28243, in Diritto & Giustizia 2013, 1 luglio (nota di: CAPITANI).

<sup>10</sup>Ibidem.

<sup>11</sup>Ibidem.

*circostanze aggravanti, le quali comportino concettualmente la possibilità del tentativo stesso, non essendo preveduto dalla legge, non è punibile”<sup>12</sup>.*

Dopo siffatta doverosa premessa, corre l’obbligo di esaminare tale articolato normativo trattando innanzitutto il primo comma inserito in questo progetto di legge ossia la statuizione normativa secondo la quale ai “*fini della determinazione del trattamento sanzionatorio, fermo restando quanto previsto dall’art. 59 c.p., si tiene conto delle attenuanti o delle aggravanti, ivi comprese quelle speciali e/o ad effetto speciale, applicandosi, ove possibile, l’art. 63 c.p.*”.

Una prima considerazione da svolgere è che si è voluto elaborare questa regola giuridica in siffatto modo allo scopo di circoscrivere e delimitare il margine applicativo entro cui possono essere applicate le circostanze tentate.

A tale proposito si osserva che, quanto al richiamo compiuto all’art. 59 c.p., le ragioni, che hanno indotto chi scrive a prevedere tale espresso rinvio a questa norma di legge, sono dovute per i seguenti motivi.

In primo luogo, alla luce di quanto sostenuto da parte della dottrina la quale, preso atto che le circostanze, che possono rilevare in caso di delitto tentato, sono solo quelle effettivamente compiute, è pervenuta alla conclusione secondo la quale l’art. 59 c.p. “*non consente di accordare rilevanza non solo al putativo (= a ciò che l’agente riteneva vi fosse), ma neppure all’ipotetico (= a ciò che vi sarebbe stato se vi fosse avuta la consumazione)*”<sup>13</sup>.

Quindi, alla stregua di tale approdo scientifico, va da sé che non potrebbero essere applicate le circostanze tentate.

In secondo luogo, si registra la recente posizione assunta dalle Sezioni Unite, nella pronuncia più volte citata in precedenza, con cui, una volta asserito che “*non sembra pertinente l’osservazione circa la irrilevanza delle circostanze erroneamente ritenute sussistenti (art. 59, comma terzo, cod. pen.), perchè, nel caso del tentativo di delitto circostanziato (delitto circostanziato tentato), la circostanza non è supposta, ma voluta e - per quel che si è detto - riconoscibile sulla base di quel frammento di condotta effettivamente posto in essere*”, si è soggiunti alla diversa

---

<sup>12</sup>Avv. Vincenzo Manzini, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930, volume secondo Dirimenti aggravanti e attenuanti – Tentativo – Partecipazione Concorso di reati – Recidiva*, Torino, Unione tipografica – editrice torinese, 1933, pag. 375.

<sup>13</sup>Eronia Odette, Art. 56, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi ed E. Lupo, Milano, 2010, II, p. 982. In tale senso, PADOVANI, *Diritto Penale*, Giuffrè, 1990, p. 356.

considerazione secondo la quale l'agente, così operando, non incorre *“in errore circa la sussistenza di una circostanza, ma vuole agire realizzando (anche) una determinata circostanza”*.

Tuttavia, a fronte di cotale passaggio argomentativo, si osserva che, anche per le circostanze tentate, al pari di quelle consumate, dovrebbe applicarsi l'art. 59 c.p. proprio perché ciò rappresenterebbe la via maestra per garantire, nella sua pienezza, il principio di offensività.

Invero, secondo autorevole dottrina, una volta rilevato che, con la legge, 7 febbraio 1990, n. 19, *“il legislatore ha modificato il precedente modello oggettivo di imputazione sottoponendo anche le circostanze, e più precisamente quelle”aggravanti”, ad un regime di imputazione “soggettiva”*<sup>14</sup>, è stato asserito che le circostanze aggravanti possono essere accollate solo ove vi sia *“un coefficiente soggettivo rispettivamente costituito o dalla loro effettiva conoscenza ovvero dalla loro colpevole ignoranza”*<sup>15</sup>.

A siffatto riguardo, giova far presente che anche la Corte di Cassazione, in un'altra pronuncia, partendo dal presupposto secondo cui il legislatore, con la riforma apportata all'art. 59 c.p. a seguito dell'entrata in vigore della legge, 1990, n. 3, art. 11, *“ha compiuto una scelta fondamentale, che porta ad escludere che per la operatività delle circostanze sia sufficiente la loro obiettiva esistenza, ritenendo invece necessaria l'esistenza di un coefficiente psicologico di imputazione all'autore, seppure richiedendo un legame meno intenso rispetto a quello necessario per gli elementi essenziali del reato”*<sup>16</sup>, è giunta parimenti alla conclusione secondo la quale *“per attribuire l'evento aggravato al soggetto agente debba necessariamente postularsi la sua “colpevolezza” anche in relazione alla circostanza contestata, che per essere accollata all'agente deve ancorarsi a un coefficiente di prevedibilità concreta”*<sup>17</sup>.

E' chiaro dunque che limitare l'applicabilità dell'art. 59 c.p. alle sole circostanze consumate da un lato, comporta la violazione dell'art. 3 della Cost., sotto il profilo della irragionevolezza siccome vengono disciplinate diversamente situazioni simili, dall'altro

---

<sup>14</sup>FIANDACA MUSCO, Diritto penale Parte generale, Bologna, Zanichelli editore, quarta ed., 2004, pag. 384.

<sup>15</sup>*Ibidem*, pag. 384.

<sup>16</sup>Cass. pen., sez. VI, 29/01/08, n. 20663, in CED Cass. pen. 2008.

<sup>17</sup>*Ibidem*.

lato, determina la violazione dell'art. 27, co. I, della Cost. perché si imputa la colpevolezza per le circostanze tentate anche a titolo di responsabilità oggettiva.

Da tale evidente profilo di criticità costituzionale si è ritenuto pertanto di dovere procedere alla modifica dell'art. 59 c.p. estendendone la sua portata applicativa pure alle circostanze tentate.

Inoltre, a favore della modifica di tale regola legislativa, milita anche quell'autorevole letteratura scientifica che, a fronte di tale lacuna normativa, ha postulato come sia *“necessario un intervento legislativo ad hoc”*<sup>18</sup>.

Di talchè si stima imprescindibile una modifica dell'art. 59 c.p. strutturandola, come suesposto<sup>19</sup>, nel seguente modo<sup>20</sup>:

Le circostanze che attenuano *“la pena anche se soltanto tentate”* *“e quelle che la escludono”*, sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti.

Le circostanze che aggravano la pena, *“anche se soltanto tentate”*, sono valutate a carico dell'agente soltanto se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa.

Quanto agli elementi accidentali richiamati in questo progetto di legge, sono stati annoverate le attenuanti e le aggravanti sia comuni, sia speciali, sia quelle aventi effetto speciale.

La scelta di tipizzare tutte le circostanze, senza fare nessuna eccezione, discende *“dalla comune ratio di individualizzazione dell'illecito, nonché dalla identità di natura che deve essere riconosciuta non solo alle circostanze comuni e speciali, ma anche ad efficacia comune, speciale, autonoma, in quanto, come la diversa tecnica di formulazione, così il diverso meccanismo di efficacia non possono mutare la funzione e la natura delle disposizioni circostanzianti”*<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup>Romano, *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 1987, 601 – 602; in senso analogo, G. Marini, voce *Le circostanze del reato (parte generale)*, in *Nss. D. l. appendice*, Utet, 1965, 1965, Vol. I, 153; M.L. De Luca, *La problematica*, in *Riv. It.* 1974, 587 ss.; A. Albamonte, *L'estensibilità*, cit., 241 ss.; M.G. Gallisai Pilo, *Ancora in tema di tentativo circostanziato*, cit. 776 ss.

<sup>19</sup>Cfr., *supra*, pag. 4.

<sup>20</sup>Le parti emendate sono contrassegnate in corsivo.

<sup>21</sup>Arianna Calabria, *“Considerazioni sul delitto “tentato circostanziato”, “circostanziato tentato”, “circostanziato tentato circostanziato”*”, *Riv. It. dir. e proc. pen.*, 1990, 1354 e ss. .

Per quanto riguarda le attenuanti, è evidente come debbano essere valutate anch'esse (anche nella forma tentata), visto che la finalità di questa circostanza *“impone - tanto al legislatore, quanto all'interprete - la proporzione tra la quantità e la qualità della pena e l' offensività del fatto”*<sup>22</sup>.

Per quello che concerne invece le aggravanti, l'esplicito riferimento anche a quelle speciali è dovuto in virtù delle perplessità sollevate da una parte della dottrina sul punto nel senso *“pur ammettendo in certa misura sia il delitto tentato circostanziato che il delitto circostanziato tentato, ritiene tuttavia che, rispetto al delitto tentato, possano trovare applicazione, o comunque possano in qualche nodo rilevare, le sole circostanze comuni e non anche le circostanze speciali”*<sup>23</sup> perché *“queste ultime, in quanto previste solo con riferimento alla fattispecie consumata, non potrebbero essere valutate nell'ambito di quella tentata senza incorrere nella violazione del principio di legalità”*<sup>24</sup>.

Un'apposita previsione normativa che contemplasse espressamente tale elemento accidentale, in tutte le sue forme, consentirebbe dunque di dirimere tale problematica ermeneutica.

Oltre a ciò, il contestuale riferimento alle aggravanti ad effetto speciale, in via alternativa o complementare, garantirebbe un'uniformità normativa per tutti questi elementi accidentali<sup>25</sup> a prescindere dalla loro tipologia.

---

<sup>22</sup>Cass. pen., sez. IV, 29/09/11, n. 3943, in Guida al diritto 2012, 20, 79 (s.m.). A tal proposito, secondo autorevole dottrina, tra le attenuanti che possono rilevare ai fini del giudizio *de quo*, vanno ricomprese anche quelle previste dall'art. 62 bis c.p. *“sempreché le suddette circostanze si siano realizzate nel delitto tentato”* (Arianna Calabria, *“Considerazioni sul delitto “tentato circostanziato”, “circostanziato tentato”, “circostanziato tentato circostanziato”*”, Riv. It. dir. e proc. pen., 1990, 1354 e ss.).

<sup>23</sup>Arianna Calabria la quale, nell'opera *“Considerazioni sul delitto “tentato circostanziato”, “circostanziato tentato”, “circostanziato tentato circostanziato”*” pubblicata su Riv. It. dir. e proc. pen., 1990, 1354 e ss., pur essendo di contrario avviso, cita i seguenti autori che avallano questa teoria scientifica: *Boscarelli*, Tentativo circostanziato e tentativo di delitto circostanziato, in Sc. Pos. 1962, p. 518 e, in senso conforme, *Marini*, Le circostanze del reato, Giuffrè, 1965, p. 155; *De Luca*, La problematica delle circostanze nel tentativo, in Riv. It. 1974, p. 582.

<sup>24</sup>PADOVANI, Diritto Penale, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1993; GALLISAI PILO, Ancora in tema di tentativo circostanziato, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1978, 778 ss. .

<sup>25</sup>A tal proposito si osserva che dottrina autorevole non ha dubbi nell'affermare, ai sensi della normativa vigente, *l'ammissibilità del delitto tentato circostanziato va affermata rispetto sia alle circostanze ad efficacia « comune » (...), sia alle circostanze ad efficacia « speciale »* (Arianna Calabria, *“Considerazioni sul delitto “tentato circostanziato”, “circostanziato tentato”, “circostanziato tentato circostanziato”*”, Riv. It. dir. e proc. pen., 1990, 1354 e ss.).

Tornando a riesaminare l'art. 56 c.p., per quanto attiene il rimando compiuto all'art. 63 c.p., l'uso della clausola di salvaguardia *“ove possibile”* è dovuto al fatto che quest'ultima norma giuridica non è sempre applicabile per tutte le circostanze del reato.

Infatti, sebbene sia stato affermato, per quanto attiene il computo della pena, che *“il criterio adottabile non può che essere quello imposto dall'art. 63”*<sup>26</sup> c.p., è stato tuttavia osservato che detta norma giuridica può essere utilizzata solo nei confronti delle circostanze con pena frazionaria ossia quelle *“comportanti cioè una variazione di pena in misura frazionaria e, perciò, dipendente da quella del reato semplice”*<sup>27</sup> siccome detta regola *“dispone che la variazione di pena vada operata sulla quantità di essa che il giudice applicherebbe al colpevole qualora non concorresse la circostanza che la fa aumentare o diminuire, cioè sulla pena determinata per il delitto semplice, in quanto le circostanze in esame operano sulla stabilita per tale delitto”*<sup>28</sup>.

Per converso, tale dettato codicistico non può operare per le circostanze con pena non frazionaria ovverossia quelle che prevedono, rispettivamente, *“una variazione di pena in misura variabile fra un minimo ed un massimo edittali, ma indipendente da quella del reato semplice”*<sup>29</sup> (c.d. circostanze con pena non frazionaria variabile) e *“una variazione di pena in misura fissa e, quindi, indipendente da quella del reato semplice”*<sup>30</sup> (c.d. circostanze con pena non frazionaria fissa) siccome:

- *“tali circostanze non operano sulla pena stabilita per il delitto semplice ma stabiliscono la pena in misura indipendente da quest'ultima”*<sup>31</sup>;

- *“in caso di delitto tentato, applicando le circostanze con pena fissa, si arriverebbe all'inaccettabile risultato di ottenere una sanzione identica a quella che si otterrebbe in caso di delitto perfetto”*<sup>32</sup>.

In più, nel caso di recesso, poiché la diminuzione di pena prevista per tale caso comporta una variazione di pena superiore ad un terzo, *“questa dovrà, a norma dell'art. 63 3° essere applicata prima delle circostanze con variazione non superiore ad un terzo”*<sup>33</sup>.

---

<sup>26</sup> Arianna Calabria, *“Considerazioni sul delitto “tentato circostanziato”, “circostanziato tentato”, “circostanziato tentato circostanziato”*”, Riv. It. dir. e proc. pen., 1990, 1354 e ss. .

<sup>27</sup> *Ibidem.*

<sup>28</sup> *Ibidem.*

<sup>29</sup> *Ibidem.*

<sup>30</sup> *Ibidem.*

<sup>31</sup> *Ibidem.*

<sup>32</sup> *Ibidem.*

<sup>33</sup> *Ibidem.*

Una volta precisato perché ci si è avvalsi del periodo “*ove possibile*”, è necessario analizzare, a questo punto della disamina argomentativa, l'altra proposta emendativa su emarginata ossia la seguente ipotesi normativa: “*Tra le circostanze, che possono rilevare ai sensi del comma precedente, vanno annoverate anche quelle tentate ma solo ove sono compiuti atti idonei diretti in modo non equivoco a determinarle*”.

Innanzitutto, è evidente che tale prescrizione legislativa varrebbe anche per le circostanze tentate visto che il richiamo compiuto al “*comma precedente*” che, a sua volta, come suesposto, rimanda all'art. 59 c.p., dovrebbe essere letto unitariamente alla proposta di riforma inerente quest'ultimo disposto normativo che, come suesposto, è stato modificato proprio nel senso di inserire le circostanze tentate nel novero di quelle non conosciute o erroneamente supposte.

Inoltre, l'uso di una formula prescrittiva eguale a quella menzionata nel primo comma dell'art. 56 c.p. (“*atti idonei diretti in modo non equivoco*”), è dettata per garantire un'uniformità normativa di questa disposizione legislativa e, soprattutto, per assicurare il rispetto del principio dell'offensività nella sua integralità.

Detto criterio fondamentale, invero, come è risaputo, deve riguardare non solo gli elementi costitutivi del delitto ma anche quelli accidentali posto che, secondo quanto enunciato dalla Corte Costituzionale, nella sentenza n. 249 del 2010, il principio di offensività del reato, stabilito dall'art. 25, comma 2, cost., “*è valevole anche in rapporto agli elementi accidentali del reato*”.

Venendo quindi a trattare precipuamente la questione in esame sotto il profilo eziologico, è evidente, anche alla luce del recente arresto giurisprudenziale suesposto, che l'idoneità e l'inequivocità si ergono a requisiti imprescindibili per appurare la sussistenza di una data circostanza (a prescindere se essa sia stata consumata o soltanto tentata).

In effetti, l'idoneità e l'inequivocità degli atti preparatori posti in essere dall'imputato, in funzione della specifica indagine sul proposito criminoso, sono riferibili “*anche ad un reato aggravato*”<sup>34</sup> proprio perchè “*le modalità del fatto forniscano concrete ed univoche indicazioni*

---

<sup>34</sup>Cass. pen., sez. V, 24/01/06, n. 16313, in CED Cass. pen. 2006.

sull'entità del pregiudizio che si sarebbe determinato nel caso in cui l'illecito fosse stato portato a compimento<sup>35</sup>.

Difatti, è stato affermato chiaramente in sede di legittimità che il “tentativo di reato circostanziato deve ritenersi configurabile ogni qualvolta siano stati posti in essere atti esecutivi diretti in modo non equivoco alla realizzazione della circostanza medesima”<sup>36</sup>, per un verso, giacchè l'azione diretta a perseguire uno scopo criminoso “ben può inglobare quella che l'ordinamento considera una circostanza del reato, in quanto caratterizzante, come si è premesso, le modalità della condotta, ovvero in quanto inerente all'oggetto della attività criminosa”<sup>37</sup>, per altro verso, poiché “sono compatibili - e, dunque, estensibili al tentativo - tutte le circostanze, aggravanti o attenuanti, che attengono ai fini dell'azione criminosa”<sup>38</sup>.

In sostanza, la formulazione della norma giuridica, così concepita, permetterebbe un'applicazione oculata e prudente delle circostanze tentante visto che potrà stimarsi riscontrabile una data circostanza solo ove si verifichi la compatibilità della predetta con la condotta concretamente posta in essere dall'agente<sup>39</sup>.

Proseguendo l'esame di questo progetto di riforma ed esaminando l'altro comma ipotizzato ovvero quello secondo il quale le “disposizioni previste dai due commi precedenti non si applicano quando le circostanze sono incompatibili con il delitto tentato ovvero costituiscono, per se stesse, reato”, tale precetto normativo, così ideato, limiterebbe l'applicabilità delle circostanze nell'ambito del delitto tentato solo in siffatte ipotesi.

---

<sup>35</sup>Cass. pen., sez. IV, 23/11/06, n. 2631, in Riv. pen. 2007, 5, 519.

<sup>36</sup>Cass. pen., sez. I, 3/03/86, in Cass. pen. 1987, 1104 (s.m.), Giust. pen. 1987, II, 110 (s.m.). Tra l'altro, tale approccio ermeneutico è perfettamente consono a quell'orientamento scientifico che, schierandosi a favore della configurabilità del tentativo di delitto circostanziato, ravvisa la fondatezza di tale assunto “in ragione di politica criminale volte a garantire la personalizzazione dell'illecito, sia sotto il profilo oggettivo che sotto quello soggettivo, valutando non solo l'entità dell'offesa concretamente prodotta dal delitto tentato, ma anche l'entità dell'offesa che si sarebbe verosimilmente prodotta qualora il delitto fosse giunto a consumazione, esigenza che il ricorso all'art. 133 c.p. non consentirebbe di soddisfare appieno” (Eronia Odette che, nello scritto Art. 56, in Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina, a cura di G. Lattanzi ed E. Lupo, Milano, 2010, II, p. 982, richiama a sua volta quanto sostenuto dal seguente studioso: Beltrani, *Il delitto tentato. Parte generale e parte speciale*, CEDAM, 2003, pag. 95.

<sup>37</sup>Cass. pen., Sezioni Unite, 28/03/13, n. 28243, in Diritto & Giustizia 2013, 1 luglio (nota di: CAPITANI).

<sup>38</sup>*Ibidem*.

<sup>39</sup>Ossia un vaglio critico che può stimarsi già attualmente sussistente alla stregua di quanto sancito dalla Sezioni Unite nella sentenza n. 28243 del 2013.

Per quanto riguarda l'incompatibilità ivi sancita, corre l'obbligo di rilevare che, tra quelle discordanti, vanno ricomprese le circostanze estrinseche al reato ossia quelle "*concernenti cioè fatti che rimangono « esterni » rispetto a questo ed attengono sovente alla capacità a delinquere*"<sup>40</sup> che non possono configurare il delitto circostanziato tentato proprio perchè "*riferendosi a fatti « esterni » al reato, non possono far parte della fattispecie del delitto perfetto, alla realizzazione del quale gli atti idonei erano univocamente diretti*"<sup>41</sup>.

All'opposto, potranno rilevare quelle intrinseche ovvero quelle che attengono "*alle modalità della condotta e, quindi, alla fase esecutiva del reato*"<sup>42</sup>.

Non potranno rilevare ai sensi dell'art. 56 c.p. nemmeno i casi "*in cui la singola circostanza sia strutturalmente incompatibile con il tentativo*"<sup>43</sup> quali possono essere:

- l'art. 61, co. I, n. 3, c.p. che, come è noto, si riferisce ai delitti colposi e che non è applicabile alle fattispecie in commento posto che, come è altrettanto risaputo, il tentativo, ai sensi dell'art. 56 c.p., è un reato "*ontologicamente incompatibile con la colpa*"<sup>44</sup>;
- l'art. 62, co. I, n. 6, c.p. dato che la circostanza attenuante della riparazione del danno presuppone "*la consumazione del reato e l'esistenza di un danno conseguente alla sottrazione della cosa*"<sup>45</sup>.

L'altro limite tipizzato riguarda il caso in cui le circostanze costituiscano, "*per se stesse, reato*", adottandosi una formula normativa non dissimile da quella attualmente prevista dall'art. 84, co. I, c.p. per il reato complesso.

Le ragioni, che hanno indotto lo scrivente a formulare una ipotesi normativa di questo tenore, risiedono nel fatto che se è vero, come indicato in precedenza<sup>46</sup>, che il principio dell'offensività riguarda anche le circostanze, è altrettanto vero che tale criterio può

---

<sup>40</sup>Arianna Calabria, "*Considerazioni sul delitto «tentato circostanziato», «circostanziato tentato», «circostanziato tentato circostanziato»*", Riv. It. dir. e proc. pen., 1990, 1354 e ss. .

<sup>41</sup>Arianna Calabria, "*Considerazioni sul delitto «tentato circostanziato», «circostanziato tentato», «circostanziato tentato circostanziato»*", Riv. It. dir. e proc. pen., 1990, 1354 e ss. . In senso analogo, MANTOVANI, Diritto Penale, Padova, 1972

<sup>42</sup>*Ibidem.*

<sup>43</sup>*Ibidem.*

<sup>44</sup>Cass. pen., sez. I, 4/04/07, n. 22727, in Guida al diritto 2007, 30, 67 (s.m.).

<sup>45</sup>Cass., sez. IV, 30/11/11, n. 47500, in Cass. pen. 2012, 10, 3429, CED Cass. pen. 2011. Contra, Cass. pen., sez. II, 19/03/84, in Cass. pen. 1985, 1362: "*L'attenuante della riparazione del danno è applicabile al tentato furto*".

<sup>46</sup>Cfr., *supra*, pag. 11.

stimarsi osservato solo nella misura in cui la condotta concretamente posta in essere “abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato”<sup>47</sup> anche sotto il profilo circostanziale.

Va da sé che la figura del delitto tentato circostanziato non può dunque ricorrere allorché la singola aggravante commessa (consumata o tentata che sia) sia stata finalizzata a ledere un bene giuridico distinto e diverso da quello su cui mirava il delitto tentato.

Tra l'altro, non sembra essere un caso che il Supremo Consesso, nel trattare il rapporto intercorrente tra il reato e le circostanze, sia pervenuto a conclusioni non dissimili da quelle appena esposte.

Ad esempio, in materia di danneggiamento aggravato, è stato rilevato che “qualora l'attività violenta o intimidatrice siano esercitate non già al diretto e immediato fine di danneggiare, bensì con l'intento di costringere il soggetto passivo alla consegna della cosa da lui detenuta per poterla successivamente danneggiare, la violenza o la minaccia, non essendo contestuali al danneggiamento, lungi dal rimanere assorbite nel delitto di danneggiamento quali circostanze aggravanti di quest'ultimo, integrano il più grave delitto di violenza privata”<sup>48</sup> così come, nel caso di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, è stato dedotto che, quando il soggetto agente abbia travalicato questi limiti, costui può considerarsi responsabile del diverso delitto di lesione personale ovvero di quello di sequestro di persona<sup>49</sup>.

Di talché ne discende come la circostanza non potrà rilevare ai fini della determinazione del trattamento sanzionatorio del delitto tentato in questi casi ma concorrerà con quest'ultimo eventualmente in continuazione qualora ricorrano le condizioni previste dall'art. 81, co. I, c.p. .

Per quanto infine inerisce l'ultimo comma concepito ovvero che se “concorrono più circostanze, si osserva, ove possibile, quanto stabilito dall'art. 69 c.p.”, si potrà applicare tale

---

<sup>47</sup>Corte Costituzionale, 7/07/05, n. 265, in Nuovo dir. 2005, 734 (nota di: FELICI).

<sup>48</sup>Cass. pen., sez. V, 20/01/88, in Cass. pen. 1989, 583 (s.m.), Riv. pen. 1988, 1066, Giust. pen. 1989, II, 22 (s.m.).

<sup>49</sup>In tale ottica, Cass. pen., sez. V, 20/06/80, in Cass. pen. 1981, 1989 (s.m.), Giust. pen. 1981, II, 303 (s.m.).

costrutto normativo<sup>50</sup> solo nel caso di concorso eterogeneo ossia “quando ad un medesimo fatto di reato, accedono, contemporaneamente, “circostanze “aggravanti” e “attenuanti””<sup>51</sup> mentre, viceversa, esso sarà applicabile per tutte le altre tipologie di circostanze stante il fatto che, come si evince dal comma quarto di questo articolo, il giudizio di bilanciamento, contemplato da tale prescrizione legislativa, “è stato esteso a tutte le categorie di circostanze (frazionarie, non frazionarie fisse o variabili)”<sup>52</sup>.

Inoltre, nell’ipotesi di concorso di circostanze aggravanti ad effetto speciale e di circostanze attenuanti, ci si potrà avvalere, per determinare il *quantum* sanzionatorio, a quell’orientamento nomofilattico che stabilisce come, in queste situazioni, la pena vada “determinata con riferimento alla pena prevista per il reato consumato aggravato, se il giudizio di comparazione si concluda nel senso della prevalenza delle prime ed a quella per il reato consumato semplice, ove sia ritenuta la prevalenza delle altre”<sup>53</sup>.

Nel diverso caso in cui la pena prevista per il reato consumato aggravato sia di specie diversa o sia determinata in modo autonomo rispetto a quella stabilita per la fattispecie semplice e nel corrispondente reato tentato concorrano, con una o più circostanze aggravanti ad effetto speciale, una o più circostanze attenuanti, potrà all’opposto soccorrere quell’approdo ermeneutico secondo il quale si può ricorrere, in siffatte occasioni, al “giudizio di comparazione tra tutte le circostanze concorrenti, con la conseguenza che la

---

<sup>50</sup>A tale proposito, si rinvia a quanto sostenuto da Arianna Calabria, nell’opera “Considerazioni sul delitto “tentato circostanziato”, “circostanziato tentato”, “circostanziato tentato circostanziato”” edita sulla Riv. It. dir. e proc. pen., 1990, 1354 e ss. .

<sup>51</sup>FIANDACA MUSCO, Diritto penale Parte generale, Bologna, Zanichelli editore, quarta ed., 2004, pag. 390. Secondo autorevole dottrina, tuttavia, è stato affermato che “il recesso non possa concorrere con le circostanze del delitto tentato e, in particolare, sottostare al giudizio di bilanciamento, con la possibile conseguenza di essere ritenuto equivalente o, peggio, soccombente, rispetto ad una qualunque aggravante” (Arianna Calabria, “Considerazioni sul delitto “tentato circostanziato”, “circostanziato tentato”, “circostanziato tentato circostanziato””, Riv. It. dir. e proc. pen., 1990, 1354 e ss.) ritenendo che si debba procedere, in sede di computo della pena, in tale situazione nel seguente modo: “, in caso di recesso dal delitto tentato circostanziato il computo della pena dovrà essere effettuato determinando, prima, la pena da infliggere per il delitto tentato circostanziato ed operando, poi, su tale pena, la riduzione da un terzo alla metà per il recesso (es., recesso dall’omicidio tentato posto in essere per occultare un altro reato: la pena per l’omicidio semplice, diminuita per il tentativo ed aumentata per la circostanza aggravante, va poi diminuita da un terzo alla metà per il recesso)” (Arianna Calabria, “Considerazioni sul delitto “tentato circostanziato”, “circostanziato tentato”, “circostanziato tentato circostanziato””, Riv. It. dir. e proc. pen., 1990, 1354 e ss.).

<sup>52</sup>Arianna Calabria, “Considerazioni sul delitto “tentato circostanziato”, “circostanziato tentato”, “circostanziato tentato circostanziato””, Riv. It. dir. e proc. pen., 1990, 1354 e ss. .

<sup>53</sup>Cass. pen., sez. VI, 23/06/89, in Cass. pen. 1990, I, 1724 (s.m.), Giust. pen. 1990, II, 372 (s.m.).

*pena per il reato tentato può essere determinata, in conformità ai criteri fissati dal comma 2 dell'art. 56 c.p., con riferimento alla pena prevista per il reato consumato aggravato soltanto se il detto giudizio si concluda nel senso della prevalenza delle circostanze aggravanti su quelle attenuanti, mentre, nelle altre ipotesi deve essere determinata, in conformità agli stessi criteri, con riferimento alla pena prevista per il reato consumato semplice, sulla quale, ove sia ritenuta la prevalenza delle circostanze attenuanti sulle aggravanti, vanno applicate altresì, le corrispondenti riduzioni*<sup>54</sup>.

Per di più, nel caso di “*delitto circostanziato tentato circostanziato*”, potranno trovare applicazione i criteri previsti dagli articoli 63 e 69 c.p. nei termini esposti in precedenza<sup>55</sup> fermo restando che, anche se non espressamente previsto nel progetto di riforma, opereranno i limiti agli aumenti ed alle diminuzioni di pena previsti dagli artt. 66 e 67 c.p. che, a loro volta, andranno “*calcolati sulla pena stabilita dalla legge, non per il delitto tentato, bensì per il delitto perfetto*”<sup>56</sup>.

Per di più, il delitto tentato, nelle sue diverse diramazioni circostanziali, potrà reputarsi configurabile “*anche in ipotesi di recesso*”<sup>57</sup> come si evince dall’inserimento, subito dopo la locuzione “*delitto tentato*”, menzionato nell’attuale comma quarto dell’art. 56 c.p., del periodo “*semplice o circostanziato*”.

D'altronde, a riprova della fondatezza di tale *emendatio* legislativa, milita l’argomentazione secondo la quale “*le circostanze, una volta concretamente realizzate, non sono annullate dalla controcondotta del recesso, che può rilevare solo quoad poenam*”<sup>58</sup>.

Infine, per quanto attiene la desistenza volontaria, non dovrebbero esservi particolari problemi nell’applicare le ipotesi giuridiche succitate fermo restando che, ove ricorrano le condizioni ivi stabilite per quest’ultima ipotesi, le circostanze, sia tentate che consumate, potranno essere qualificate come autonome previsioni di reato.

In conclusione, il disegno di legge suesposto, così modulato, vuole essere solo un contributo con il quale chi scrive ha provato a risolvere alcune delle problematiche interpretative che caratterizzano questo istituto.

---

<sup>54</sup>Cass. pen., sez. I, 24/11/86, in Cass. pen. 1988, 821 (s.m.).

<sup>55</sup>Cfr., *supra*, pag. 9 e ss. e pag. 14 e ss. .

<sup>56</sup>Arianna Calabria, “*Considerazioni sul delitto “tentato circostanziato”, “circostanziato tentato”, “circostanziato tentato circostanziato”*”, Riv. It. dir. e proc. pen., 1990, 1354 e ss. .

<sup>57</sup>*Ibidem*.

<sup>58</sup>*Ibidem*.

Tale apporto, quindi, vuole solo rappresentare un mero spunto di riflessione per il legislatore nell'auspicio che un intervento legislativo *in subiecta materia*, qualunque esso sia, avvenga il prima possibile.