

TENTATIVO, “MACROTENTATIVO” E
“MICROTENTATIVO” NEL DIRITTO
INTERNAZIONALE PENALE *

Criminalia
Annuario di scienze penalistiche

in disCrimen dal 19.5.2021

Antonio Vallini

SOMMARIO 1. Struttura del crimine internazionale e tentativo. — 2. Le controverse manifestazioni del tentativo nel diritto internazionale penale. — 2.1. *Il tentativo quale “general principle of law derived from national laws”*. — 2.2. *Opportunità e praticabilità*. — 2.3. *L’incerta consuetudine e le deboli manifestazioni di inchoate crimes*. — 3. Il tentativo nello Statuto di Roma. — 3.1. *Modello francese o americano?* — 3.2. *Il requisito della pericolosità*. — 3.3. *Un profilo di “univocità”*. — 3.4. *Il mental element*. — 3.5. *La giurisprudenza della Corte penale internazionale*. — 3.6. *Concorso nel tentativo e tentativo di concorso*. — 4. Macro- e micro-tentativo. Ragioni e implicazioni della distinzione. — 4.1. *Il “macro-tentativo”*. — 4.2. *Il “micro-tentativo”*. — 4.3. *Interferenze tra “micro-” e “macro-tentativo”*. — 5. Il “caso a sé” del tentativo di aggressione.

1. Struttura del crimine internazionale e tentativo

Nel diritto internazionale penale, il tentativo è forma di manifestazione di scarso rilievo pratico¹ e dal labile statuto, ma non per questo di poco interesse. Sollecitando l’interprete a scomporre idealmente il crimine internazionale nei suoi elementi costitutivi e premesse pretipiche, per comprendere quali di essi servano, e bastino, a (ri)comporre una figura criminosa “minore” di quella consumata ma sufficiente per l’imputazione di una *individual responsibility*, l’istituto dell’*attempt* offre un punto di vista proficuo per svelare la fisionomia di quel peculiare illecito; esso contribuisce a illuminare, altresì, ragioni e limiti del punire in una regione del diritto ancora, per certi aspetti, bisognosa di mappatura².

* In una versione più sintetica, il contributo è destinato agli “*Studi in onore di Antonio Fiorella*”. Si ringraziano i colleghi curatori del volume per il permesso accordato a questa pubblicazione. Si ringraziano, altresì, le dott.sse Claudia Cantisani e Laura Ricci per l’aiuto fornito nella consultazione delle fonti.

¹ K. AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 5. Aufl., München, 2018, §7 Rn. 67 (pp. 210).

² Ci avviciniamo all’analisi del crimine internazionale, almeno per come definito nello Statuto di Roma, considerandolo alla stregua di un (pur peculiare) “fatto tipico”, consapevoli della problematicità anche metodologica di questa equiparazione: si veda peraltro M. CATENACCI, “*Legalità e “tipicità del reato” nello Statuto della Corte Penale Internazionale*”, Milano, 2003, 55 ss.

Conviene fin da subito rammentare come la struttura di un *core international crime* si appoggi su di un *elemento di contesto* (*contextual element/circumstances, general requirements, Gesamttat, chapeu*) costituito da una *collective violence*, bellica o non bellica, variamente qualificata, entro il quale (e in relazione al quale) si colloca un *individual/specific act*, l'*Einzeltat*, un *fatto individuale*³. Tale dicotomia non riflette soltanto, suggestivamente, caratteristiche criminologiche ricorrenti nelle aggressioni “di massa” ai diritti umani, riconducibili alle interazioni tra un livello “macro” (sistema generale, quadro istituzionale, ambiente sociale, politico-culturale e comunicativo), un livello “meso” (gruppi e organizzazioni), e un livello “micro” (pulsioni ed azioni individuali)⁴. Indulgendo a un bisogno di razionali simmetrie – un po’ forzate, quando si tratti di rappresentare figure giuridiche che molto devono agli accidenti della prassi, a tensioni geopolitiche e a pressioni storiche – si può asserire quanto segue: il “fatto individuale” è quello che dà all’illecito internazionale sostanza di *crimine*, ripetendo i tratti di un caratteristico illecito penale di diritto interno, composto di una condotta, eventualmente tipizzata nei modi, astrattamente realizzabile da un singolo autore (pur essendo, quello internazionale, un crimine a concorso “tendenzialmente necessario”), dalla quale discende un’offesa di interessi fondamentali, sovente nelle forme di un evento dannoso per uno o più soggetti passivi; l’elemento di contesto è quel che, invece, dà al medesimo illecito valenza *internazionale*, correlandolo funzionalmente a una violenza grupale e su vasca scala (determinata dall’azione di gruppi al vertice dell’apparato di governo o, comunque, di organizzazioni dall’elevata capacità sovversiva), così da determinare il preoccupato coinvolgimento della comunità degli Stati. Il contesto costituisce, insomma, l’ambiente criminogeno che autorizza una prognosi di reiterazione, moltiplicazione ed estensione dell’offesa, la quale, perciò, trascende virtualmente le istanze delle vittime contingentemente e singolarmente coinvolte, per andare a interessare vaste frange della popolazione, gli equilibri dei rapporti internazionali nonché, simbolicamente, il concetto stesso di umanità⁵. L’entità dell’elemento di contesto, soprattutto, fa sì che il singolo Stato nazionale possa supporre o *coinvolto*

³ F. MONETA, *Gli elementi costitutivi dei crimini internazionali: uno sguardo trasversale*, in A. Casese- M. Chiavario-G. De Francesco (cur.), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Torino, 2005, 4 ss.; G. WERLE-F. JESSBERGER, *Völkerstrafrecht*, Heidelberg, 2020, 50 s., 238; A. GIL GIL-E. MACULAN, *Qué es el derecho penal internacional*, in A. Gil Gil-E. Maculan (Dir.), *Derecho Penal Internacional*, 2ª ed., Madrid, 2019, 41.

⁴ F. NEUBACHER, *Criminology of International Crimes*, in F. JESSBERGER-J. GENEUSS, *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities? Purposes of Punishment in International Criminal Law*, Cambridge, 2020, 33 ss.

⁵ A questo riguardo già M. CATENACCI, *op. cit.*, 27 s.

nelle, o *travolto* dalle, dinamiche di quella *collective violence*, tanto da non poter garantire una valida azione di contrasto né, a posteriori, un efficace giudizio di attribuzione di responsabilità penali. Per tali ragioni, la comunità internazionale è chiamata a intervenire in luogo di quello Stato, essendo oltretutto nell’interesse del consesso delle Nazioni che avvenimenti del genere, capaci di estendersi e proliferare in ogni parte del mondo, non siano favoriti da una loro quasi connaturata garanzia di impunità⁶.

Ebbene: tanto premesso, la dicotomia elemento di contesto-elemento individuale parrebbe potersi riflettere, simmetricamente, sulle possibili espressioni del tentativo; il quale potrà atteggiarsi alla stregua di un *tentativo dell’elemento di contesto* (macro-tentativo), e/o di un *tentativo del “fatto individuale”* (micro-tentativo)⁷.

La distinzione tra macro- e micro-tentativo è *ictu oculi* decisiva per quanto concerne la quantificazione della pena, posta l’incommensurabile maggior offensività della prima ipotesi (v. tuttavia *infra*, §4.3), e ci consente di offrire distinte spiegazioni circa la sinora scarsa presenza dell’istituto del tentativo nei repertori della giurisprudenza internazionale. Essa ha inoltre un importante ruolo nella definizione della giurisdizione della Corte penale internazionale e serve, infine, a “mettere in scala” il rilievo dei diversi contributi individuali, orientando lo sforzo di qualificazione del caso concreto verso esiti più coerenti e proporzionati.

Di tutto questo diremo specialmente nel paragrafo 4. Tuttavia, prima di ragionare, nel dettaglio, di micro- e macro-tentativo, è necessario puntualizzare i presupposti di tale ragionamento, definendo sinteticamente la figura dell’*attempt* nel diritto internazionale penale vigente, e in particolare nel sistema delineato dallo Statuto di Roma (ICC-St).

⁶ Molto interessante la prospettiva di L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello Statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2009, 258 ss., stando al quale la giustizia penale internazionale troverebbe il proprio senso nel fornire un giudice, chiamato a riaffermare il primato del diritto, per quei contesti statuali ormai degenerati in uno “stato di eccezione umanitaria”. Con tale concetto si contrassegnerebbero, più in particolare, «ambiti in cui i diritti umani vengono esclusi già a livello di identità sociale – quando il sistema stesso si presenta come arendtiana *böse Machine* – e/o manca una *governance* capace di garantirli» (p. 260).

Quanto a possibili, originarie logiche “imputazionali” della distinzione tra contesto e *individual act*, v. poi *infra*, §2.3 e nt. 57.

⁷ Avanzavamo questa differenziazione già in A. VALLINI, *Il tentativo*, in E. Amati-V. Caccamo-M. Costi-E. Fronza-A. Vallini, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milano, 2006, 198 ss. V. altresì G. DE FRANCESCO, *Profili critici delle interrelazioni tra tentativo, concorso di persone e criminalità organizzata*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, I, Torino, 2011, 109 ss.

2. Le controverse manifestazioni del tentativo nel diritto internazionale penale

2.1 - *Il tentativo quale “general principle of law derived from national laws”*

A uno sguardo di diritto penale comparato, la rilevanza di un mero tentativo di fatti delittuosi di rilevante gravità appare una costante, tanto da poterne assumere la corrispondenza a una fonte del diritto internazionale penale, quale quella in specie richiamata dall’art. 21 (1) (c) ICC-St⁸.

Non sembrano da sopravvalutare, a questo proposito, le diverse tecniche di tipizzazione proposte nelle varie legislazioni (nessuna delle quali, a essere onesti, si è distinta quanto a determinatezza⁹). Sia nell’interpretazione dottrinale, che nella prassi, formule che alludono a un “principio di esecuzione del reato” e che, quindi, parrebbero riferirsi alla già avvenuta realizzazione di alcuni profili tipici del crimine¹⁰ – come ad es. quella dell’art. 61 del codice penale Zanardelli – venivano e vengono in realtà intese in termini lati, così da potervi includere atti immediatamente pretipici. Spingono, in tal senso, istanze di ragionevolezza applicativa, posto che un’interpretazione letterale porterebbe a esiti esageratamente selettivi, rispetto a fattispecie a condotta vincolata, o eccessivamente lati, rispetto a figure criminose a forma libera causalmente orientate¹¹. Si addi- viene, per queste vie, a risultati nella sostanza sovrapponibili a quelli cui più direttamente si giunge in quei sistemi giuridici che esplicitamente fanno riferimento ad atti pretipici. Così nella tradizione francese, ove la formula del *commencement d’exécution*

⁸ G. WERLE-F. JESSBERGER, *op. cit.*, 351; K. AMBOS, *Internationales Strafrecht*, cit., 210.

⁹ D. GUIDI, *Contributo alla riforma del delitto tentato*, Milano, 2013, 11 ss.

¹⁰ Su tale criterio si diffonde ampiamente D. GUIDI, *op. cit.*, 42 ss.

¹¹ F. ANGIONI, *Il tentativo tra esigenze di punibilità e principio di extrema ratio*, in *Leg. pen.*, 2002, 911 ss.; e per tutti D. NOTARO, *Tentativo*, in G. De Francesco (cur.), *Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2011, 82 ss. F. PALAZZO-M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, 3ª ed., Torino, 2013, 191, evidenziano in particolar modo il rischio indicato nel testo rispetto alla formulazione dell’art. 16 del codice penale spagnolo del 1995 (*Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor*). Sulle ragioni di una teoria dell’inizio dell’esecuzione tipica v. peraltro F. MUÑOZ CONDE -M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general*, 10ª ed. (rev. P. García Álvarez), Valencia, 2019, 395 ss., a parer dei quali, anche volgendo lo sguardo a reati a forma libera causalmente orientati, un osservatore esterno imparziale saprebbe distinguere tra atti esecutivi del tipo (es. “matar”) e atti, invece, meramente preparatori.

è stata inaugurata (par. 2 del c.p. napoleonico del 1810¹², art. 121-5 del c.p. vigente¹³), si tende a leggere nella stessa un riferimento non già a un inizio di tipicità, bensì a un avvio di concretizzazione del progetto criminoso, attribuendo rilievo anche ad atti orientati alla consumazione e comunque prossimi (crono)logicamente alla realizzazione del fatto tipico¹⁴. In tal modo, nella sostanza, si determina una convergenza con quel requisito di “univocità” già elaborato da Francesco Carrara, e poi nominato dall’art. 56 del codice penale italiano¹⁵; o con quanto preteso dal §22 dello StGB tedesco, che valorizza comportamenti i quali – secondo la rappresentazione delle cose da parte del soggetto (*nach seiner Vorstellung von der Tat*), e non soltanto secondo la struttura legale del tipo – appaiono quale inizio (anche pretipico, purché senza ulteriori mediazioni: *unmittelbar*) del perfezionamento del *Tatbestand* (*Verwirklichung des Tatbestandes*)¹⁶. Sul fronte anglo-americano, la Section 5.01(1)(a) del *Model Penal Code* statunitense qualifica tra l’altro come tentativo il fatto di chi «*purposely engages in conduct that would constitute the crime if the attendant circumstances were as he believes them to be*»; tuttavia, in un altro passaggio della definizione di *attempt*, la stessa fonte qualifica come rilevanti atti ben più “retrocessi” rispetto all’inizio di realizzazione del fatto di reato, anche attraverso un’elencazione esemplificativa (Section 5.01 [2] [a-g]), riferendosi ad esempio a

¹² «*Toute tentative de crime qui aura été manifestée par des actes extérieurs, et suivie d’un commencement d’exécution, si elle n’a été suspendue ou n’a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l’auteur, est considérée comme le crime même*».

¹³ «*La tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d’exécution, elle n’a été suspendue ou n’a manqué son effet qu’en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur*».

¹⁴ Da una prospettiva storica, S. DEL CORSO, *Riflessioni sulla struttura del tentativo nella cultura giuridica italiana*, Torino, 2019, 33 ss. Sul concetto di *commencement d’exécution*, rispetto all’art. 121-5 del codice penale francese, si veda la sintetica raccolta di giurisprudenza in Y. MAYAUD-C. GAYET, *Code pénal annoté*, Paris, 2020, 188.

¹⁵ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*, Bologna, 1993, 237 s. Sulla relazione tra pensiero di Francesco Carrara, formulazione dell’art. 56 c.p. italiano, e sue successive interpretazioni – con un’inclinazione a favore del criterio dell’inizio di esecuzione del “fatto tipico” – v. S. SEMINARA, *Contro una configurabilità “causale” del tentativo*, in *Leg. pen.*, 2002, 915 ss. Una rassegna ragionata di giurisprudenza e dottrina italiane in tema di univocità del tentativo in D. NOTARO, *op. cit.*, 105 ss. In giurisprudenza, per una (discutibile) nozione di univocità si può ad es. vedere, nel solco di un più risalente orientamento, Cass., Sez. 1, 18 giugno 2019, n. 29101, in *Ced* 276401 – 02.

¹⁶ «*Das ist der Fall, wenn [die Handlung] nach der Vorstellung des Täters bei ungestörtem Fortgang ohne Zwischenakte zur Tatbestandsverwirklichung führt oder im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang in sie einmündet*» (tra le più recenti Bundesgerichtshof, 29 maggio 2018 - 1 StR 28/18). V. poi H. KUDLICH-J.C. SCHUHR, *sub* §22, Rn 36 ff., in H. Satzger-W. Schluckebier -G. Widmaier, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 4. Aufl., Köln, 2019 (p.213 ss.); H.-H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 5. Aufl., Berlin, 1996, 516.

quanto costituisca un “passo sostanziale” nella direzione della esecuzione del reato (*substantial step in a course of conduct planned to culminate in his commission of the crime* – Section 5.01 [2])¹⁷, perciò capace di rivelare un consolidato intento dell’agente di portare a termine il progetto criminoso («*purposely does or omits to do anything that, under the circumstances as he believes them to be, is an act or omission constituting a substantial step – Conduct shall not be held to constitute a substantial step [...] unless it is strongly corroborative of the actor's criminal purpose*»).

Già da queste formulazioni si nota, per altro verso, come almeno negli ordinamenti di cultura “occidentale”¹⁸ si cerchi altresì di contenere la tentazione del giudice¹⁹ di estendere il reato tentato sino a comprendere atti meramente preparatori, che lascino ampio spazio per un ripensamento del soggetto, o comunque per sviluppi degli accadimenti differenti dalla realizzazione del crimine²⁰; e/o che, esteriormente, non appaiano ancora univocamente correlati con la realizzazione di un crimine perché, da tale realizzazione, troppo distanti (in questo senso, gli atti preparatori sarebbero privi di una percettibile e obiettiva “sostanza criminosa”, perciò inadatti a suscitare quell’“allarme sociale” che sorregge una valutazione di meritevolezza di pena²¹). Nella giurisprudenza tedesca, ad es., si ritiene sussistente il tentativo quando, secondo il programma criminoso elaborato dal soggetto, si possa dire che l’azione è ormai accompagnata, da un atteggiamento soggettivo qualificabile come «*jetzt geht es los*»²² (“ci siamo!”), mentre essa, sul piano oggettivo, appare prossima a realizzare gli elementi costitutivi del reato senza ulteriori “atti intermedi”²³. Pure nel diritto inglese (del *Model Penal Code* statunitense già si è detto), l’esigenza fondamentale è distinguere il

¹⁷ Cfr. G.P. FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law*, 2, Oxford, 2020, 192 s.

¹⁸ «*The linguistic divide between preparation and attempt has held firm in Western legal systems*»: G.P. FLETCHER, *op. ult. cit.*, 193.

¹⁹ Per l’Italia si veda ad es. la rassegna teorico-pratica di D. NOTARO, *op. cit.*, 84 ss.

²⁰ In questo senso, gli atti preparatori sarebbero privi di quel requisito di “offensività” che è dato da una disposizione soggettiva ormai risolta verso la consumazione: *infra*, § 3.3.

²¹ V. nt. 28.

²² Di recente Bundesgerichtshof, 8 settembre 2020 - 4 StR 44/20.

²³ H.-H. JESCHECK- T. WEIGEND, *op. cit.*, 518 ss. Per ulteriori delucidazioni, e aggiornati riferimenti alla giurisprudenza, H. KUDLICH-J.C. SCHUHR, *sub* §22, cit., Rn 40 ff. (pp. 214 ss.). Per l’analisi della dottrina tedesca – stando alla quale è pacifico che il legislatore abbia inteso prendere in considerazione atti collocati nel “territorio immediatamente antecedente” alla realizzazione del *Tatbestand* in senso stretto – v. *ivi*, Rn. 36 ss. (pp. 213 s.). Per ricchezza di dettaglio casistico e dogmatico rimane comunque fondamentale C. ROXIN, *Strafrecht, AT, Band II, Besonderen Erscheinungsformen der Straftat*, München, 2003, 360 ss., il quale in definitiva opta per la tesi secondo la quale vi sarebbe tentativo, secondo il §22 StGB, in rapporto agli atti in “stretta relazione cronologica” con l’inizio di realizzazione del *Tatbestand*, purché essi già esercitino un’influenza nella “sfera della vittima” (pp. 374 ss.).

tentativo (*attempt*) da atti *merely preparatory*, attraverso ad es. un *test of proximity*, stando al quale si ha un tentativo quando «*the defendant [has] crossed the Rubicon, burnt his boats, or reached a point of no return*»²⁴. In effetti, il *Criminal Attempts Act 1981* (art. 1[1]) riferisce esattamente a questa esigenza la stessa definizione di “tentativo”, che risulta realizzato da chi, «*with intent to commit an offence to which this section applies, [...] does an act which is more than merely preparatory to the commission of the offence*»²⁵.

Un’ulteriore, diffusa, tendenza delle legislazioni è quella volta a combinare espressamente più criteri definitivi, non sussistendo solo il problema di differenziare gli atti pretipici da quelli meramente preparatori, ma dovendosi altresì distinguere il tentativo dal *reato impossibile* (cioè attuato con comportamenti obiettivamente incapaci di condurre alla consumazione del reato – caso classico, sparare a qualcuno da distanze proibitive, o provare ad avvelenarlo con una zolletta di zucchero di troppo nel caffè – e quindi privi di requisiti oggettivi di offensività). In quest’ottica, l’art. 56

²⁴ Così la frequentemente citata opinione di Lord DIPLOCK della House of Lords in *Director of Public Prosecutions v. Stonehouse*, 30 giugno 1977, in *app.justis.com*. Sui principi della *common law*, in questa materia, v. S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese. I principi*, 2ª ed., Padova, 2002, 444 ss. Sull’origine di una “*proximity rule*” (che ha continuato ad ispirare l’atteggiamento più “oggettivista” delle Corti, sebbene messa in discussione dall’impostazione “soggettivistica”, e dalla retrocessione della soglia del tentativo rilevante, promosse tanto dal *Criminal Attempts Act* del 1981, in Inghilterra, quanto dal *Model Penal Code* del 1962 e successive legislazioni statali, negli USA) si veda E. GRANDE, *Accordo criminoso e conspiracy: tipicità e stretta legalità nell’analisi comparata*, Padova, 1993, 215 ss., 254 ss., 266 ss., 269 ss.; cfr. altresì S. VINCIGUERRA, *op.cit.*, 440 ss. In realtà, nel tempo il diritto angloamericano ha sperimentato una pluralità di differenti “test” – negli USA, anche in ragione della definizione di tentativo di volta in volta adottata dal codice dello Stato di riferimento – destinati a condurre a esiti significativamente differenti (fino al punto di poter punire, a stretto rigore, solo il c.d. “tentativo compiuto”, quello cioè in cui il soggetto abbia ormai perso il dominio degli eventi attivando la causalità): *last-step test*, *indispensable-element test*, *test requiring probable success but-for-interruption*, *unequivocality test*, *abnormal step test*. Il *Model Penal Code* propone un *substantial step test* (v.*infra*), che apre non solo al tentativo incompiuto, ma persino a una distinzione tra “atti *meramente* preparatori” ed “atti preparatori” rilevanti come tentativo; uno schema, tuttavia, accolto da una parte minoritaria di codici statali. Cfr. G.P. FLETCHER, *op. cit.*, 192 s.; G. BINDER, *Criminal Law*, Oxford, 2016, 297 s; R.A. DUFF, *Criminal Attempts*, Oxford, 1996, 33 ss. Cfr. altresì, da una prospettiva più logico-filosofica, G. YAFFE, *Criminal Attempt*, in *Yale Law Journal*, 2014, 117.

²⁵ La definizione risulta peraltro estremamente vaga e rimessa a una troppo libera discrezionalità del giudice, tanto da domandarsi se si ponga in contrasto con l’art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (principio di legalità). Ridimensiona questo problema J. HORDER, *Criminal Attempt, the Rule of Law, and Accountability in Criminal Law*, in L. Zedner- J.V. Roberts (cur.), *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice*, Oxford, 2012, 39 ss., da un lato valorizzando il processo di definizione del tentativo compiuto dalla prassi, dall’altro asserendo che il necessario dolo di chi “tenta di commettere un crimine” non consenta di affermare che l’autore venga “colto di sorpresa” dall’ordinamento penale, quand’esso decida di punirlo per quel solo *inchoate crime*.

del c.p. italiano (da leggere nel combinato disposto con l'art. 49 c.p.) abbina, al requisito dell'univocità, quello della *idoneità (causale)* (già nominato nell'art. 61 c.p. Zanardelli, ma allora riferito, in astratto, ai "mezzi", e non, concretamente, agli "atti"). In modo analogo si esprime l'art. 22 c.p. portoghese, che cumula un requisito di idoneità rispetto all'evento ad altri fattori, alternativi, espressivi di una univocità "obiettiva" (l'integrazione di un elemento costitutivo, oppure la realizzazione di un atto che "secondo la comune esperienza e salvo circostanze imprevedibili", è di natura tale da far prevedere che ad esso seguiranno atti idonei o tipici)²⁶. Anche l'art. 16, co.1, c.p. spagnolo, quando considera tentativo un principio di esecuzione attuato con fatti esteriori, «realizzando tutti o parte degli atti che obiettivamente dovrebbero produrre il risultato», pare coniugare profili di univocità e di idoneità.

A dire il vero, tale profilo di necessaria, obiettiva pericolosità non è condiviso da tutti i sistemi giuridici. Retaggi di soggettivismo²⁷ segnano ordinamenti di particolare rilievo, come quello tedesco (ai sensi del §22 e 23, 3° co., StGb, come già rammentato, il tentativo è tale secondo la "rappresentazione" del soggetto agente, anche quando la

²⁶ M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, I, A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, 4° ed., Lisboa/São Paulo, 1992, 405 ss.

²⁷ Nel diritto comune, ancora ben lontano dal distinguere nettamente il "reato" dal "peccato", la *ratio puniendi* del tentativo veniva ricondotta alla "volontà cattiva" dell'agente, quale rilevata dall'intento di consumare un crimine. "*In maleficiis spectatur voluntas, non exitus*", si affermava, col supporto di Digesto, 48.8.14; l'esteriorità dell'atto veniva insomma apprezzata in quanto sintomo di una *voluntas prava*, e costituiva giusto il punto di partenza di quella "equivoca discesa nella psiche" cui si dedicava il processo inquisitorio (F. CORDERO, *Criminalia*, Bari, 1985, 265). Sul tentativo nella storia del diritto penale italiano (con interessanti incursioni persino nel diritto penale germanico), v. S. DEL CORSO, *op. cit.*, 19 ss. Nel diritto inglese, si pone alle origini dell'istituto dell'*attempt* il *Treason Statute of Edward III* (1351), che sostanzialmente incriminava il fatto di aver "pensato la morte del Re", e richiedeva giusto un comportamento di *compassing*, inteso come la minima esteriorizzazione sufficiente a distinguere quel pensiero da un vago desiderio (G.P. FLETCHER, *op. cit.*, 187). In tempi più recenti, ad un'analogia, sostanziale equiparazione del delitto tentato e consumato, in ragione dell'eguale "soggettività" in entrambi espressa, si perveniva individuando nella pericolosità dell'agente la ragione della sua esposizione alla reazione penale (così per gli adepti della c.d. "Scuola Positiva" italiana), oppure valorizzando il tipo di autore (come nel diritto penale nazista): le "interferenze" e mediazioni tra simili concezioni oggettive e soggettive, da una prospettiva storica e comparata, e il rilievo dell'ulteriore criterio della pericolosità sono ampiamente tematizzati da S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2012, 311 ss., 823 ss. Su tale contrapposizione – e su ragioni e sviluppi logici dell'approccio oggettivistico – già si pronunciava nondimeno, in nitide pagine, F. CARRARA, *op. cit.*, 231 ss. Venendo all'oggi, in chiave comparatistica più generale, G.P. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, Bologna, 2004, 272 ss.; si vedano, poi, G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018, 611 ss.; e, con dovizia di riferimenti alla dottrina italiana, D. NOTARO, *op. cit.*, 4 ss. Nella dottrina spagnola, F. MUÑOZ CONDE-M. GARCÍA ARÁN, *op. cit.*, 393 ss. Di grande spessore, infine, in tema di "*Strafgrund des Versuchs*", C. ROXIN, *op. cit.*, 335 ss.

consumazione risulti obiettivamente impossibile)²⁸ – o quelli angloamericani, che egualmente tendono a rigettare la c.d. *impossibility defense*²⁹ (nella definizione del

²⁸ C. ROXIN, *op. cit.*, 333 ss. Peraltro, questa formulazione, in certe situazioni, può sortire addirittura esiti di limitazione del tentativo penalmente rilevante (ad es. in rapporto a quella che, secondo la rappresentazione dell'autore, costituisca una mera “prova di delitto”). In ogni caso, in Germania, anche in ragione della formulazione delle disposizioni citate, si ritiene non valida una *rein subjektive Theorie*: cfr. H.-H. JESCHECK-T. WEIGEND, *op. cit.*, 512 ss. L'opzione per una visione soggettiva “moderata” viene talora argomentata considerando come il “tentativo impossibile” (che si ritiene in certi casi comprensivo persino del tentativo “superstizioso”: *contra* C. ROXIN, *op. cit.*, 334 s.) comunque potrebbe generare una diffusa impressione di sconvolgimento degli assetti dell'ordinamento giuridico (*Eindruckstheorie*: cfr. C. ROXIN, *op. cit.*, 346 ss.; H. KUDLICH-J.C. SCHUHR, *sub* §22, cit., Rn.3 ff. - pp. 209 ss.). Una motivazione ai nostri occhi suggestivamente evocativa di un'idea carrariana di “danno mediato”, quale motivo (non sufficiente) della “imputabilità del conato” (F. CARRARA, *op. cit.*, 232), e che sembra altresì sorreggere quella giurisprudenza inglese e americana stando alla quale sarebbero «punibili gli accusati in quanto “apparentemente” (cioè *ex ante*, in concreto ed in base alle conoscenze del *reasonable man* al corrente delle maggiori informazioni possedute dall'agente) la loro attività si presentava idonea alla realizzazione del reato avuto di mira» (E. GRANDE, *op. cit.*, 246 ss., 252 ss.; v. poi nt. seguenti). Impostazioni almeno negli esiti non lontane da quelle, tipiche di buona parte della nostra dottrina e giurisprudenza, secondo le quali il requisito dell'idoneità, preteso dall'art. 56 c.p., dovrebbe essere valutato secondo un giudizio *ex ante a base parziale*, con possibilità di affermare il tentativo anche in caso di inesistenza relativa dell'oggetto non “immaginabile” ponendosi dal punto di vista dell'agente, al momento dell'azione (v. di recente Cass., Sez. 1, 30 settembre 2019, n. 12407, in *Ced* 278902 - 01; per un caso di impossibilità giuridica “oggettiva”: Cass., Sez. 2, 6 dicembre 2019, n. 50733, in *Ced* 277718 - 01). Nondimeno, simili letture vengono solitamente integrate dall'affermazione secondo la quale, *ex art.* 49, 2° co., c.p., resterebbe comunque non punibile il tentativo assolutamente inidoneo, ad es. per inesistenza dell'oggetto *in rerum natura*, tanto che si afferma talora la loro corrispondenza a logiche comunque di pericolosità, sia pure “astratta” (con diversità di accenti: G. DE VERO, *Corso di diritto penale, parte generale*, Torino, 2020, 658; T. PADOVANI, *Diritto penale*, 12ª ed., Milano, 2019, 328 s.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, 9ª edizione riveduta e aggiornata da V. Militello, M. Parodi Giusino, A. Spena, Milano, 2020, 599. In prospettiva storica: S. SEMINARA, *Contro una configurabilità «causale»*, cit., 918 ss.). Qualcosa di analogo si rinviene nella distinzione, in uso nella dottrina spagnola, tra “*tentativa irreal o supersticiosa*”, “*tentativa assolutamente inidónea*” e “*tentativa reattivamente inidónea*”, quest'ultimo punibile secondo logiche, in definitiva, di pericolosità astratta: F. MUÑOZ CONDE-M. GARCÍA ARÁN, *op. cit.*, 399 s. (con echi, peraltro, dell'ampia tematizzazione di C. ROXIN, *op. cit.*, 335 ss.). Diversamente pretendono un giudizio “a base totale”, così da affermare pienamente le ragioni della pericolosità oggettiva, G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 9ª ed., Milano, 2020, 529 s. e G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 624 ss., il quale contempera l'eccessiva selettività di tale criterio ritenendo per altro verso “idonea” anche l'azione che renda meramente “possibile” la consumazione (v. anche *infra*, §3.2). Sulla sufficienza della mera “possibilità”, ai fini dell'idoneità, sembra attestarsi la giurisprudenza: tra le ultime Cass., Sez. 2, n. 50733/2019, cit.

²⁹ R.A. DUFF, *op. cit.*, 76 ss. (si v. altresì pp.348 ss., per la proposta di una *objectivist law of attempts*); E. GRANDE, *op. cit.*, 226 ss., 266 ss., 276 ss., a parer della quale la “deriva soggettivistica”, propria soprattutto del *Criminal Attempts Act* inglese e del *Model Penal Code* nordamericano, non avrebbe significativamente segnato l'atteggiamento delle Corti, in buona misura rimaste fedeli a logiche più “oggettivistiche” tratte dal *common law* (v. anche *supra*, nt. 24). Egualmente sottolinea come nella storia recente del diritto inglese vi siano evidenze di entrambi gli approcci: J. HOLDER, *Ashworth's Principles of Criminal*

Model Penal Code, più sopra riportata, se molto si insiste sulla dimensione dell'intenzionalità, nessun cenno vien fatto alla obiettiva possibilità/pericolosità di consumare il reato,³⁰; mentre l'art. 1 [2] del *Criminal Attempts Act* 1981 chiaramente stabilisce che «*a person may be guilty of attempting to commit an offence [...] even though the facts are such that the commission of the offence is impossible*»³¹).

Adottando, però, un *content-dependent approach*³², che cioè selezioni i risultati della comparazione solo nella misura in cui risultino adeguati all'assetto valoriale fondamentale del diritto internazionale penale (tanto sembra prescrivere, per quanto concerne la Corte penale internazionale, l'ultima parte dell'art. 21 [1] [c] ICC – St), si può ritenere maggiormente meritevole di considerazione una visione oggettivistica del tentativo. Se indubbiamente, sin dalle sue origini in quel di Norimberga, questa branca del diritto è sensibilmente intrisa di istanze retributive, attente a restituire giustizia alle vittime, detta retribuzione appare da sempre commisurata alla speciale gravità dei crimini giudicati³³, non tanto ai profili di colpevolezza, presi in considerazione come criteri di allocazione della responsabilità e, sovente, persino mortificati da accertamenti per presunzioni³⁴. Un

Law, 9th ed., Oxford, 2019, 506 s. Si considera però normalmente preclusiva di una condanna per tentativo la c.d. *legal impossibility*, che altro non rappresenta se non una particolare ipotesi di “crimine immaginario” per erronea supposizione di un precetto (v. il nostro art. 49, 1° co., c.p.). Nondimeno, «*There is perhaps no area of criminal law in which there is more confusion, on the parts of both courts and commentators, than in the adjudication of so-called "impossible" attempt*» (G. YAFFE, *op. cit.*, 132 ss.).

³⁰ Nel diritto penale statunitense ancora si riscontrano equiparazioni (quanto a “grado” di responsabilità) tra il tentativo di certi crimini “minori” (come il *manslaughter*) e il corrispondente crimine consumato, sempre sul presupposto che da un punto di vista tanto retributivo, quanto preventivo – nonché per l'identico “antagonismo” dimostrato, verso la vittima, da chi comunque “intendeva” offenderla – ciò a cui debba commisurarsi la reazione penale sia la “colpevolezza”. V., problematicamente, G. BINDER, *op. cit.*, 288 s., 298 ss. G. FLETCHER, *op. ult. cit.*, spec. 278 ss. D'altronde, il senso del criterio *substantial step test* sarebbe quello di consentire di incapacitare con la sanzione penale chi sia *soggettivamente* pericoloso: G. BINDER, *op. cit.*, 293.

³¹ Si veda altresì J. HOLDER, *Ashworth's Principles* cit., 493 s.: «*A person who tries to cause a prohibited harm and fails is, in terms of moral culpability, not materially different from the person who tries and succeeds: the difference in outcome is determined by chance rather than by choice, and a censuring institution such as the criminal law should not subordinate itself to the vagaries of fortune by focusing on results rather than on culpability*».

³² E. FRONZA, *Le fonti*, in E. Amati-M. Costi-E. Fronza-P. Lobba-E. Maculan-A. Vallini, *Introduzione al diritto penale internazionale*, 4ª ed., Torino, 2020, 71.

³³ Sulla finalità della pena nella giurisprudenza internazionale e nello ICC – St, v. L. CORNACCHIA, *op. cit.*, 72 ss.; G. FIANDACA, *I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione*, in G. Fian-daca-C. Visconti (cur.), *Punire mediare riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Torino, 2009, 15 ss.; R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza nel sistema dello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, 2008, 61 ss., nonché, di recente, l'ampia raccolta di saggi curata da F. JESSBERGER-J. GENEUSS, *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities?*, cit.

³⁴ A. VALLINI, *La mens rea*, in E. Amati e altri, *Introduzione*, 4ª ed., cit., 143 ss.

orientamento destinato a contrastare anticipazioni della tutela in ragione di un mero “disvalore di azione”: già a Norimberga, nel trattare di una rara imputazione per tentato saccheggio, nei confronti di chi aveva vanamente provato ad appropriarsi di fabbriche nei territori occupati, un giudice ebbe modo di scrivere, icasticamente, che «*[t]o covet is a sin under the Decalogue but not a violation of the Hague Regulations nor a war crime*» (bramare [la cosa altrui] è un peccato ai sensi dei biblici dieci comandamenti, non una trasgressione delle convenzioni dell’Aia, né un crimine di guerra)³⁵.

Nello Statuto di Roma, il tema dell’offensività si risolve anche in criterio di giurisdizione, per cui, ai sensi dall’art. 5, comma 1, ICC-St, «*The jurisdiction of the Court shall be limited to the most serious crimes of concern to the international community as a whole*». Significativa, altresì, la “clausola di non procedibilità” di cui all’art. 17(1)(d) ICC - St («*the Court shall determine that a case is inadmissible where [...] [t]he case is not of sufficient gravity to justify further action by the Court*»), mentre, ancora, la gravità del crimine e l’interesse delle vittime operano quali criteri selettivi ai sensi degli artt. 53(1)(c) e 53 (2)(c). Sembra pretendersi, dunque, un qualcosa connotato non (soltanto) dall’entità della colpevolezza, ma (soprattutto) da una materiale, macroscopica offensività³⁶, misurata sugli interessi dei soggetti passivi³⁷. Pretesa che non può non riverberarsi anche sulla giurisdizione per un crimine soltanto tentato; e in nient’altro può consistere, l’offensività del tentativo, che nella sua *pericolosità rispetto alla sfera giuridica della vittima predestinata*.

2.2 - Opportunità e praticabilità

Anche ragionando in termini di legittimazione e opportunità politica, o soltanto con realismo, se senz’altro può ritenersi proporzionato e appropriato anticipare al tentativo l’intervento penale con riguardo a crimini connotati da enormi ripercussioni offensive³⁸, appare però improbabile, e disfunzionale, un processo penale internazionale

³⁵ US Military Tribunal Nuremberg, *Flick et al., Judgment*, 22 December 1947, p. 1210.

³⁶ Diffusi argomenti, a favore del recepimento, nello Statuto di Roma, di un principio di offensività, in V. MILITELLO, *Crimini internazionali e principi del diritto penale*, in *Ars Interpretandi*, 2011, 199 ss.

³⁷ Sull’emergere di istanze vittimologiche nel diritto internazionale penale, specialmente per il contributo dato, al riguardo, dallo Statuto di Roma, si può vedere P. LOBBA, *Le vittime nel sistema penale internazionale*, in E. Amati e altri, *Introduzione*, 4^a ed., cit., 299 ss.

³⁸ Da ultimo J. DE HEMPTINNE, *Attempt*, in J. De Hemptinne-E. Van Sliedregt-R. Roth-M. Cupido-M.J. Ventura-L. Yanev (cur.), *Modes of Liability in International Criminal Law*, Cambridge, 2019, 340. Vi è da considerare anche un’esigenza di proporzione tra anticipazione della tutela e livello di offensi-

magari nei confronti di capi di Stato o soggetti ai vertici di rilevanti strutture politiche e militari, avente ad oggetto azioni ispirate da intenti aggressivi ma alle quali non abbia (ancora) corrisposto alcun reale pericolo per la pace o per diritti umani fondamentali. Non è invero consigliabile reagire con lo strumento ingombrante di una giustizia criminale sovranazionale contro l'inoffensiva esternazione di progetti politici, fossero pure disdicevoli. Invero, tali propositi meriterebbero di essere trattati, al più, con azioni di tipo diplomatico e di *moral suasion*, nell'interesse stesso della pace e degli equilibri nelle relazioni internazionali. Sembra perciò rispondere anche a una ragionevolezza pragmatica l'irrelevanza, in sede di diritto penale internazionale, di atti inidonei, o magari idonei e però collocati in un momento in cui non si riscontri ancora alcuna azione immediatamente orientata alla messa in opera di un progetto criminoso su larga scala.

Non sembra d'altronde peregrino sostenere che, se il tentativo di crimini internazionali ha avuto ben scarse occasioni di concreta emersione – anche nella forma del tentativo idoneo, figuriamoci, dunque, in quella del tentativo impossibile o di atti meramente preparatori –, è probabilmente a causa della vocazione del diritto penale internazionale a esprimersi “a cose fatte”; a recuperare, cioè, effettività solo quando il peggio si sia pienamente manifestato, traumatizzando a dovere la comunità internazionale. Con una sorta di slittamento tra l'essere e il dover essere, questa proprietà, storicamente condizionata, emerge persino sotto forma di *scopo* della giustizia penale internazionale, dichiarato con splendida retorica fin dall'*opening statement* di Robert H. Jackson di fronte ai giudici del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga³⁹, e da ultimo nel Preambolo dello Statuto di Roma⁴⁰: detto sistema di giustizia è senz'altro volto, prima di tutto, a far venir meno l'impunità per orrendi crimini già commessi,

vità del delitto scopo. Sul piano comparatistico, in taluni ordinamenti la selezione dei reati che ammettono la forma tentata viene operata con clausole espresse di estensione della punibilità inserite nelle singole norme incriminatrici (così, ad es., nel c.p. portoghese); in altri ambiti si sancisce invece, con norma generale, il rilievo del tentativo soltanto rispetto a una certa categoria di reati particolarmente gravi (ad es. i “delitti” nell'art. 56 c.p. italiano). Taluni sistemi combinano le due tecniche: così, nel § 23, co. 1, dello StGB tedesco, si afferma sempre punibile il tentativo di un *Verbrechen*, mentre il tentativo di un *Vergehen* lo è solo quando espressamente stabilito dalla legge. Nel sistema inglese, il tentativo delle *summary offences* non è normalmente rilevante, salvo diversa indicazione negli *statutes* (S.VINCIGUERRA, *op.cit.*, 437 ss.)

³⁹ «*The wrongs which we seek to condemn and punish have been so calculated, so malignant, and so devastating, that civilization cannot tolerate their being ignored, because it cannot survive their being repeated*»: R.H. JACKSON, *Opening Statement before the International Military Tribunal*, 21 novembre 1945, in www.roberthjackson.org.

⁴⁰ V. in specie il 2° 4° e 5° cpv. di detto Preambolo.

così da fornire un risarcimento etico-collettivo alle vittime. Ebbene, anche in quest’ottica non avrebbe senso punire un pensiero o poco più, o comunque azioni che non abbiano intercettato alcuna vittima concreta, neppure esponendola a un pericolo⁴¹.

Oggi disponiamo, è vero, di una Corte penale internazionale permanente e a vocazione tendenzialmente universale, dotata di una legittimazione *a priori*, ispirata altresì a logiche di prevenzione generale internazionale (anch’esse evocate nel Preambolo allo Statuto, come già in quegli stessi passaggi dello *statement* di Jackson). Essa, dunque, potrebbe teoricamente considerare forme anticipate di manifestazione di un progetto criminoso; non a caso, come presto andremo a riscontrare, è con lo Statuto istitutivo di tale Corte che la figura del tentativo di un crimine internazionale viene ad essere per la prima volta definita e pienamente “convalidata”. Egualmente azzardato appare tuttavia immaginare un intervento di questo Giudice rispetto ad atti inidonei o del tutto anticipati, e non solo perché la stessa prevenzione può operare esclusivamente riguardo ad azioni che abbiano esteriormente manifestato una sostanza criminosa: continuano a valere, per vero, le ragioni di opportunità cui più sopra si è fatto cenno, le quali oltretutto sembrano tacitamente codificate nei già citati artt. 17(1)(d), 53(1)(c) e 53 (2)(c) ICC - St.

Un po’ meno difficile concepire una reazione penale internazionale a “micro-tentativi” (ad es. tentati omicidi, tentati stupri), attuati da singoli o da gruppi di soggetti, anche afferenti a ruoli subordinati, in un contesto già dispiegato di violenza massiva. In effetti, sono casi di micro-tentativo i pochi sin qui emersi all’attenzione della Corte penale internazionale, quali quelli di cui si tratta nelle pronunzie interlocutorie relative agli imputati Katanga⁴², Banda e Jerbo⁴³, Gbagbo e Blé Goudé⁴⁴. Vale lo stesso

⁴¹ G.P. FLETCHER, *The Grammar*, cit., 185 s.

⁴² International Criminal Court – Pre-Trial Chamber, *the Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges*, 14 ottobre 2008, ICC-01/04-01/07-717, parr. 456 ss. Il caso, ambientato nella Repubblica Democratica del Congo, concerneva un attacco indiscriminato a colpi di arma da fuoco e di machete, attuato contro alcuni abitanti del villaggio di Bogoro da parte di miliziani del *Patriotic Resistance Front of Ituri*, congiuntamente ad altri del *Nationalist and Integrationist Front*. Alcune vittime sopravvivevano e venivano poi presentate come testimoni di fronte alla ICC. La Pre-Trial Chamber non ha confermato l’accusa di *inhumane acts*, elevata dal *prosecutor*, assumendo che le contestate condotte avrebbero dovuto essere inquadrate come tentativo di *murder*.

⁴³ International Criminal Court – Pre-Trial Chamber, *the Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus, Corrigendum of the "Decision on the Confirmation of Charges"*, 13 marzo, ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red. Gli imputati – ancora latitanti e su cui pende un mandato di arresto – erano chiamati a rispondere, tra l’altro, di alcuni tentativi di omicidio commessi nell’aggredire le forze di *peace-keeping* dell’*African Union Mission in Sudan*.

⁴⁴ Il caso concerne violenze post-elettorali perpetrate dalle forze a sostegno di mr. Gbagbo in Costa d’Avorio, alcune delle quali, nella prospettiva del *prosecutor*, avrebbero potuto qualificarsi come “*other*

procedendo a ritroso nel tempo: la giurisprudenza post-bellica citata, ad es., da Antonio Cassese⁴⁵, è tutta riferita a puntuali episodi di tentato omicidio (quale crimine di guerra) di prigionieri, internati in campi di concentramento o civili⁴⁶.

Può dunque capitare, eccezionalmente, che il micro-tentativo risulti accessorio ad altri gravi crimini consumati, ovvero caratterizzato dall'elevato numero di vittime potenziali, o dalle modalità particolarmente cruenta dell'azione, così da guadagnare l'attenzione delle magistrature internazionali. Si tratta comunque di una casistica molto limitata, forse, in questo caso, per la necessaria selettività di una giurisdizione internazionale e dell'azione del relativo *prosecutor*. Non potendo simili organismi occuparsi della miriade di aggressioni e offese che proliferano entro contesti di *collective violence* bellica o contro la popolazione civile, è normale che esse si concentrino su fatti di preminente gravità, o autori di primo piano: una tipologia di fattispecie, e di autori, cui per lo più non corrispondono micro-tentativi, per definizione privi di un'offesa consumata, e normalmente perpetrati da figure minori. Ancor meno immaginabile è che simili istituzioni spendano le loro energie nell'occuparsi di reati impossibili o atti meramente preparatori.

In questa loro opera selettiva, gli organismi penali internazionali possono altresì auspicare che, di eventuali casi di microtentativo, si occupino semmai gli ordinamenti

inhumane acts under article 7(1)(k) of the Statute", o, altrimenti, come "*attempted murder under articles 7(1)(a) and 25(3)(f)*". La Pre-Trial Chamber ha ritenuto sussistenti gli elementi per poter "rinviare a giudizio" sulla base di questa imputazione alternativa (International Criminal Court – Pre-Trial Chamber, *Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo*, 12 giugno 2014, ICC-02/11-01/11-656-Red, parr. 197 ss.; International Criminal Court – Pre-Trial Chamber, *Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé*, 12 dicembre 2014, ICC-02/11-02/11-186, parr. 119 ss.). Da segnalare che i due imputati, con decisione orale del 15 gennaio 2019, sono stati infine prosciolti da ogni addebito per mancato assolvimento dell'onere della prova da parte dell'accusa: v. International Criminal Court – Trial Chamber, *Reasons for oral decision of 15 January 2019 on the Requête de la Défense de Laurent Gbagbo afin qu'un jugement d'acquiescement portant sur toutes les charges soit prononcé en faveur de Laurent Gbagbo et que sa mise en liberté immédiate soit ordonnée, and on the Blé Goudé Defence no case to answer motion*, 16 July 2019 (il Procuratore ha promosso ricorso in appello).

⁴⁵ A. CASSESE, *Cassese's International Criminal Law*, 3rd ed., rev. A. Cassese-P. Gaeta-L. Baig-M. Fan-C. Gosnell-A. Whiting, Oxford, 2013, 200.

⁴⁶ Ulteriori ipotesi di tentato omicidio sono state oggetto di un interesse "periferico" da parte della giurisprudenza (non propriamente di rilievo internazionale) delle Corti speciali – poi della Cassazione – pronunziatasi sulle atrocità commessi in occasione della guerra civile italiana. V. ad es., Cass. Milano, 9 agosto 1945, n.121, Arrivabene, in *Riv. pen.*, 1946, 216; Cass., Sez. 2, 4 dicembre 1946, Caselli e Bortoletti, in *Riv. pen.*, 1947, 63; Cass., Sez. 2, 5 marzo 1947, Wochievich e altri, in *Riv. pen.*, 1947, 629; Cass., Sez. 1, 28 ottobre 1953, Cambagiani e altri, in *Riv. pen.*, 1954, II, 547. Di un tentato stupro ai danni di una sospetta favoreggiatrice di partigiani si occupa invece Cass., Sez. 2, 20 novembre 1947, Manlini, in *Riv. pen.*, 1948, 197.

statali, secondo logiche di complementarità quali quelle formalizzate nello Statuto di Roma. In effetti, un micro-tentativo può apparire più proporzionato alla scala di una giurisdizione nazionale, che comunque contribuisce, anch'essa, alla formazione del diritto penale internazionale⁴⁷.

2.3 - *L'incerta consuetudine e le deboli manifestazioni di inchoate crimes*

Se il metodo comparato sembra offrire prestazioni interessanti, da mediare con istanze specifiche del diritto internazionale penale, il difetto di un'adeguata casistica penale internazionale lascia intendere come non sia invece agevole, né scontato, trarre dalle consuetudini un profilo sicuro dell'*attempt*⁴⁸.

Forme almeno apparenti di *inchoate crime*⁴⁹ comparvero già nella *Charter of the International Militar Tribunal* per i *major war criminals of the European axis* (il Tribunale Militare di Norimberga). In specie, l'art. 6 (a) criminalizzava la partecipazione a un piano concertato, la preparazione e pianificazione di crimini contro la pace. Si evocava alla lettera la *conspiracy*: un istituto tipicamente anglo-americano, che consente di sanzionare penalmente meri accordi volti intenzionalmente alla realizzazione di un *common plan* delittuoso (nei fini, o nei mezzi), il quale, tuttavia, non è necessario si concretizzi neppure nelle forme del tentativo (sebbene qualche primo atto, almeno di carattere preparatorio, debba essere realizzato)⁵⁰. Una fattispecie, insomma,

⁴⁷ Sulle norme dello Statuto di Roma in tema di complementarità, finalizzate ad articolare un sistema di reciproca integrazione tra giurisdizione internazionale e nazionale, v. da ultimo E. FRONZA, *Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno*, in E. Amati e altri, *Introduzione*, 4^a ed., cit., 29 ss.

⁴⁸ Una qualche casistica di rilievo internazionale penale sembra però essere recuperata da A. CASSESE, *Cassese's International Criminal Law*, cit., 200.

⁴⁹ Nella tradizione di matrice anglo-americana, certi crimini si definiscono *inchoate offences/offenses* quando «(1) they all have one or more inchoate elements, subjective elements without a corresponding objective element; and (2) the occurrence of the “missing” objective element would transform these offenses into another offense – a “completed” offense» (G. BINDER, *op. cit.*, 285 ss.). V. anche J. HOLDER, *Ashworth's Principles* cit., 492 ss..

⁵⁰ Nel diritto inglese, secondo l'art. 1 (1) del *Criminal Law Act 1977*, come modificato dal cit. *Criminal Attempts Act 1981*, «if a person agrees with any other person or persons that a course of conduct shall be pursued which, if the agreement is carried out in accordance with their intentions, either – (a) will necessarily amount to or involve the commission of any offence or offences by one or more of the parties to the agreement, or (b) would do so but for the existence of facts which render the commission of the offence or any of the offences impossible, he is guilty of conspiracy to commit the offence or offences in question». Su tale peculiare fattispecie J. HOLDER, *Ashworth's Principles* cit., 507 ss.;

capace di intercettare quel che, in sistemi di *civil law*, potrebbe essere al più un “tentativo di concorso” mediante accordo, penalmente irrilevante in ragione della sua “lontananza” logica e cronologica, e in termini di offensività, dalla effettiva consumazione di una fattispecie criminosa (si veda l’art. 115 c.p. italiano⁵¹).

Simile funzione di estrema anticipazione della tutela, tuttavia, operò solo virtualmente, in quelle contingenze in cui si assisteva alla traumatica nascita del diritto internazionale penale, posto che quella ed altre condotte all’apparenza anticipate – quali il *planning*, o il *preparing* – erano di fatto intese come tipiche in relazione a un *crime against peace* storicamente realizzatosi⁵².

Di conseguenza, nella specifica vicenda di Norimberga la figura della *conspiracy* sembrava piuttosto destinata a operare quale diafana ed estensiva fattispecie concorsuale, cioè in modo strumentale a un ampliamento plurisoggettivo dell’imputazione (con correlata semplificazione probatoria)⁵³. In effetti, anche nel diritto anglo-americano questa categoria serve altresì ad attribuire a ogni “congiurato” qualsiasi reato, da chiunque eseguito e in vario modo “prevedibile”, inscrivibile a posteriori nel programma criminoso, in ragione di uno *shared intent* concretizzato in atti di prima esecuzione del programma⁵⁴.

Questa *ratio* di estensione delle responsabilità era ancor più esplicita in rapporto ad altre fattispecie oggetto dell’atto di accusa di fronte al Tribunale Militare di Norimberga: l’ultima parte dell’art. 6 dello Statuto istitutivo, relativamente ai *war crimes* e ai *crimes against humanity*, stabiliva in effetti che «[l]eaders, organizers, instigators, and accomplices participating in the formulation or execution of a Common Plan or

quanto al diritto nordamericano v. invece G. BINDER, *op. cit.*, 305 ss. (ove si propone anche un’interessante ricostruzione storica della nascita e della diffusione dell’istituto negli ordinamenti di derivazione inglese). Nella dottrina italiana: M. PAPA, *Conspiracy*, in *Digesto delle Discipline Penali*, III, Torino, 1989, 95 ss.; E. GRANDE, *op. cit.*, 1993, spec. 71 ss.; S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, 465 ss. In tema di diritto internazionale penale: W.A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, 2020, 216 s. Sulla *conspiracy* nella giurisprudenza del *International Military Tribunal* di Norimberga, in particolare, di recente A. LIÑAN LAFUENTE, *El iter criminis: tentativa y actos preparatorios punibles*, in A. Gil Gil-E. Maculan (cur.), *Derecho Penal Internacional*, Madrid, 2019, 332 ss.

⁵¹ Riguardo al quale, di recente, A. MARTUFI, *Nulla periculositas sine actione? Pericolosità sociale e materialità del fatto alla prova delle fattispecie di quasi reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 842 ss.

⁵² Alla stregua di ipotesi *lato sensu* concorsuali: da ultimo, J. DE HEMPTINNE, *op. cit.*, 342.

⁵³ Sui vantaggi processuali della *conspiracy charge* v. E. GRANDE, *op. cit.*, 77 ss.; M. PAPA, *op. cit.*, *passim*.

⁵⁴ Ampiamente E. GRANDE, *op. cit.*, 131 ss.; sulla *mens rea* della *conspiracy*, dettagliatamente, S. VINCIGUERRA, *op. cit.*, 480 ss. In realtà ancor più numerose, volendo, e vaghe, le funzioni fondative o estensive della responsabilità (anche in sede processuale) cui corrisponde la *conspiracy*: M. PAPA, *op. cit.*, 95 ss.; spec. 97 ss.

Conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan». I giudici, in sentenza, precisarono come la *conspiracy* venisse qui richiamata non quale titolo autonomo di reato, bensì come criterio per l'imputazione dei delitti elencati nei passaggi precedenti della stessa disposizione⁵⁵. Invero, se la scelta di incriminare le organizzazioni naziste “in quanto tali” (art. 9 della *Charter*) servì a “sintetizzare” una strategia accusatoria che, altrimenti, avrebbe dovuto interessare migliaia di persone per condotte tenute in tutta Europa⁵⁶, allo stesso modo porre l'accento sulla *conspiracy* valse a semplificare le logiche di ascrizione di tali crimini ai vertici. Per inciso, è interessante come, in questa elaborazione, già si intuisse una duplice dimensione dell'illecito penale internazionale: quella di un contesto di orchestrate violenze, attribuibile alla responsabilità dei soggetti in posizione apicale; quella, invece, dei tanti singoli *individual acts*. Peraltro, allora, questa duplice dimensione assunse appunto un significato “imputazionale”, in quanto strumentale ad attribuire, a chi era responsabile del contesto, la responsabilità anche dei fatti di dettaglio, al contesto ascrivibili⁵⁷.

In definitiva, la *conspiracy*, intesa quale canone di anticipazione della tutela ad-

⁵⁵ *International Military Tribunal, Trial of the Major War Criminals (Nuremberg 14 November 1945 - 1 October 1946)*, I, Nuremberg, 1947, 226.

⁵⁶ Sulle problematiche correlate alla responsabilità penale internazionale di gruppi od organizzazioni in quanto tali si può vedere M. CHERIF BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition*, Leiden-Boston 2014, 96 ss.

⁵⁷ V. T. TAYLOR, *The Anatomy of the Nuremberg Trials. A Personal Memoir*, New York, 1993, 35 ss. Si percepisce, dunque, già a Norimberga – nel giudizio ai “principali criminali di guerra”, così come nei *Nachfolgeprozesse* – la versatilità della *conspiracy* in rapporto alla fenomenologia del crimine internazionale, non in quanto fondativa di un'autonoma figura di *inchoate crime*, bensì in funzione ascrivitiva. Specialmente ricorrendo a quella peculiare espressione della *conspiracy* che sarà la *enterprise liability* (seme da cui gemmerà il paradigma della *joint criminal enterprise*, una volta impiantato nella giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*: cfr. K.L. HELLER, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, Oxford, 2011, 281 ss.; J. OHLIN, *Conspiracy*, in A. Cassese [Editor-in-chief], *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, 2009, 280) si riesce, invero, a ricondurre il singolo episodio criminoso alla responsabilità di chiunque si ponga al “vertice” di macrostrutture politiche o militari, sol perché egli abbia contribuito a deliberare, orchestrare o implementare un più generale “piano” di violenza, aggressione e discriminazione, entro il quale possa iscriversi quell'episodio, magari compiuto dall'ultimo degli aguzzini in luoghi remoti. Un meccanismo particolarmente duttile rispetto all'oggetto primario del processo di Norimberga (e di quelli successivi che si fondarono, comunque, sul diritto di Norimberga), vale a dire una moltitudine pulviscolare di *war crimes* e *crimes against humanity*, realizzati da migliaia e migliaia di distinti e talora occasionali esecutori, ai danni di milioni di vittime, in ogni parte d'Europa; e specialmente utile nelle logiche di processi programmaticamente dedicati a soggetti di spicco delle strutture politiche, militari, amministrative ed economiche del regime, che ben raramente si era sporcati le mani perpetrando “di persona” certe efferatezze.

dirittura a stadi precedenti al tentativo “idoneo e univoco”, a dispetto delle sue (apparenti e disomogenee) evocazioni non pare aver messo radici nel diritto internazionale penale (né, a dirla tutta, a Norimberga era germogliata su radici preesistenti⁵⁸). Essa ha incontrato, d'altronde, una significativa resistenza culturale: autorevoli studiosi⁵⁹ ribadivano come una supposta rilevanza consuetudinaria della *conspiracy* quale “tentativo di concorso” stridesse con principi fondamentali dei paesi di *civil law*⁶⁰, e in effetti a tale figura si era sin dall'inizio opposta la delegazione francese alla Conferenza di Londra⁶¹

Così, già nel testo della *Control Council law no. 10*, il paradigma della *conspiracy* scomparve⁶². Nella giurisprudenza dei Tribunali per il Ruanda e per l'ex Jugoslavia, che pure si trovava ad applicare Statuti ove la “congiura” era espressamente evocata soltanto in relazione al crimine di genocidio (art. 4 [3] [b] ICTY- St; art. 2 [3] [b] ICTR – St) – secondo il modello della Convenzione sul Genocidio (New York, 1948: v. art. III [b]) – si discusse se detta figura, ove applicabile, rappresentasse una modalità alternativa di partecipazione, piuttosto che una figura sussidiaria e autonoma di responsabilità, eventualmente cumulabile a quella per concorso⁶³. Lo Statuto di Roma pare echeggiare la *conspiracy* quando codifica quella ipotesi di *individual responsibility* costituita dal *contributing* “to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose” (ICC-St 25[3][d]); anche questa fattispecie, nondimeno, assume tratti concorsuali, attribuendo rilievo a un apporto latamente accessorio alla realizzazione come minimo di un tentativo da parte di altri⁶⁴.

D'altronde, anche ammesso, e non concesso, che almeno alcune manifestazioni del crimine di *conspiracy* corrispondano a una consuetudine (e in specie quelle relative all'aggressione, o al genocidio)⁶⁵, sarebbe operazione se non altro affrettata trarne

⁵⁸ V. T. TAYLOR, *op. cit.*, 36.

⁵⁹ A. CASSESE, *Cassese's International Criminal Law*, cit., 201 s.; ritiene irrilevante la *conspiracy* di *war crimes*, in quanto non generalmente accettata da tutte le nazioni, la Suprema Corte degli Stati Uniti nel caso *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S.Ct. 2749, 29 giugno 2006, in *The American Journal of International Law*, 2006, 888 ss.

⁶⁰ Sulla inconciliabilità del paradigma della *conspiracy* con i principi fondamentali del nostro sistema penale, cfr. G. DE FRANCESCO, *Nuove frontiere negli studi di diritto comparato*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1994, 10. Diversamente E. GRANDE, *op. cit.*, 105 ss. (e 285 ss. in tema di criminalità organizzata), alla luce di un'analisi integrata del diritto *in action* nei diversi ordinamenti.

⁶¹ J. OHLIN, *Conspiracy*, cit., 279.

⁶² K.L. HELLER, *op. cit.*, 275 ss. Le “logiche” ascrivite della *conspiracy*, tuttavia, continuarono a operare nella giurisprudenza: v. *supra*, nt. 57.

⁶³ G. WERLE-F. JESSBERGER, *op. cit.*, 352.

⁶⁴ G. WERLE-F. JESSBERGER, *op. cit.*, 353; cfr. peraltro A. DI MARTINO, *La disciplina del concorso di persone*, in A. Cassese e altri, *Problemi attuali*, cit., 207 ss.

⁶⁵ Autorevole dottrina, argomentando dalle citt. norme contenute nella Convenzione sul Genocidio

argomenti a sostegno di un’eguale rilevanza consuetudinaria, oltretutto generalizzata, del *tentativo* di crimine internazionale, trattandosi di figure differenti (si potrebbe al più impostare un ragionamento *a fortiori*, che tuttavia richiederebbe più di una cautela). La *conspiracy* (anche negli ordinamenti angloamericani) si riferisce infatti a un mero accordo finalizzato a delinquere, che dunque – nell’*iter criminis* – si colloca in una fase antecedente rispetto a quella in cui si coglie un “pericolo di consumazione”, ed è virtualmente compatibile tanto con il non perfezionamento, quanto con il perfezionamento del reato scopo (in tale ultimo caso, secondo certe ricostruzioni, possono persino concorrere le responsabilità per *conspiracy* e per il reato consumato)⁶⁶. La *ratio* dell’incriminazione si può sbrigativamente individuare nella pericolosità, in sé, di un contributo plurisoggettivo a un progetto delittuoso o comunque illecito. Il tentativo è, invece, per definizione, incompatibile con una responsabilità per il reato consumato, e tende a correlare la propria *ratio puniendi* a un pericolo concreto di consumazione⁶⁷.

Non a caso, la rilevanza dell’*attempt* in quanto tale venne raramente discussa nei processi di Norimberga, già abbastanza impegnati nel giudicare la piena perpetrazione di una molteplicità di gravissime offese. Quando poi l’accusa, eccezionalmente, propose una responsabilità per tentativo, asserendo una corrispondenza con norme implicite del diritto internazionale penale, ben scarso fu il riscontro dei giudicanti⁶⁸. Come pure si accennava, è, casomai, in una non ridotta giurisprudenza nazionale con elementi di collegamento al diritto internazionale che la figura del tentativo è stata presa in considerazione⁶⁹. Tuttavia, l’implementazione di profili di parte generale del diritto penale umanitario per mezzo di tribunali statali è sempre accidentata e ambigua, poiché costoro applicano le cangianti categorie e i criteri generali di imputazione del proprio diritto penale interno, non così agevolmente riconducibili a un archetipo comune, mutuabile in una dimensione sovranazionale.

e negli Statuti dei Tribunali *ad hoc*, nonché dall’esperienza di Norimberga, ritiene in definitiva consuetudinaria (soltanto) la rilevanza, come *inchoate crime*, di un accordo volto alla realizzazione non di un crimine di guerra o contro l’umanità, bensì di un genocidio o di un crimine di aggressione, anche se poi l’illecito programmato non viene realizzato: G. WERLE-F. JESSBERGER, *op. cit.*, 352 e ss. V. tuttavia J. OHLIN, *Conspiracy*, cit., 279, che evidenzia come anche la cospirazione volta alla commissione di un genocidio già non sia stata più presa in considerazione dallo Statuto di Roma.

⁶⁶ Sul punto cfr. G. BINDER, *op. cit.*, 307; E. GRANDE, *op. cit.*, 87 ss.; M. PAPA, *op. cit.*, 97.

⁶⁷ J. DE HEMPTINNE, *op. cit.*, 353.

⁶⁸ K.L. HELLER, *op. cit.*, 272. Si esclude la rilevanza penale di un mero tentativo di esproprio di un’industria francese contrario alle leggi internazionali in US Military Tribunal Nuremberg, *The United States of America vs. Carl Krauch et al. (c.d. IG Farben Trial)*, Judgment, 30 luglio 1948, p. 1146.

⁶⁹ A. CASSESE, *International Criminal Law*, 2th ed., Oxford, 2008, 222 s. e relative note, cui si rinvia per l’analitica descrizione dei casi.

Negli Statuti dei Tribunali *ad hoc* per la ex Jugoslavia e per il Ruanda il tentativo come figura generale non viene nominato, salvo quello relativo al genocidio (rispettivamente artt. 4[3][d] e 2[3][d]). Più volte questi giudici ebbero modo di ribadire come, salva detta eccezione, la responsabilità fosse correlata alla consumazione⁷⁰, anche quella espressa nelle forme di una “pianificazione”, “ordine”, “istigazione”, o nell’aver “comunque contribuito” a tale pianificazione o preparazione (forme, dunque, che assumono ancora una volta coloriture concorsuali⁷¹). In alcune sentenze si è espressamente asserita l’inesistenza di una categoria generale di tentativo quale presupposto di giurisdizione del Tribunale e istituto del diritto internazionale penale consuetudinario⁷². Nondimeno, concrete condotte di omicidio tentato vennero giudicate quali crimini contro l’umanità alla stregua di *other inhumane acts*, riconoscendo in esse i tratti di un’offesa dolosa, consumata, alla dignità della vittima, produttiva di sofferenze⁷³. Antonio Cassese sembra quasi trarre da questa giurisprudenza, qualificata “erronea”, il segno di una certa inclinazione ad attribuire significato al tentativo⁷⁴. Sorge qualche perplessità al proposito: se condotte che avrebbero fornito l’occasione, volendo, per asserire la rilevanza autonoma dell’*attempt*, furono considerate punibili solo nella misura in cui corrispondessero a un reato consumato, l’*opinio iuris* sottostante parrebbe

⁷⁰ International Criminal Tribunal for Rwanda – Trial Chamber, *the Prosecutor v. G.A.N. Rutaganda, Judgment*, 6 dicembre 1999, 96-3-T, par. 34; International Criminal Tribunal for Rwanda – Trial Chamber, *the Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Judgment*, 2 settembre 1998, 96-4-T, par. 473; International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia – Trial Chamber, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Judgment*, 15 marzo 2002, IT-97-25-T, par. 432, nt. 1292.

⁷¹ Cfr. G. WERLE-F. JESSBERGER, *op. cit.*, 269, 291 ss.; J. DE HEMPTINNE, *op. cit.*, 342. In realtà, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia – Trial Chamber, *Prosecutor v. Dario Kordić & Mario Čerkez, Judgment*, 26 febbraio 2001, IT-95-14/2T, par. 386 sembra ammettere la rilevanza di una “preparazione” in quanto tale; pretendono, invece, che successivamente sia avvenuta la consumazione: International Criminal Tribunal for Rwanda – Trial Chamber, *Rutaganda, Judgment*, cit., par. 34; International Criminal Tribunal for Rwanda – Trial Chamber, *the Prosecutor v. Alfred Musema, Judgment*, 27 gennaio 2000, 96-13-T, par. 115. Coglie, dunque, una disparità di vedute tra i due Tribunali *ad hoc*: A. LIÑAN LAFUENTE, *op. cit.*, 335.

⁷² International Criminal Tribunal for Rwanda – Trial Chamber, *Akayesu, Judgment*, cit., par. 473; International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia – Trial Chamber, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Judgment*, 15 marzo 2002, IT-97-25-T, par. 432, nt. 1292.

⁷³ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia – Trial Chamber, *Prosecutor v. Mitar Vasiljević, Judgment*, 29 novembre 2002, IT-98-32-T, par. 239: «*the attempted murder of VG-32 and VG-14 constitutes a serious attack on their human dignity, and that it caused VG-32 and VG-14 immeasurable mental suffering, and that the Accused, by his acts, intended to seriously attack the human dignity of VG-32 and VG-14 and to inflict serious physical and mental suffering upon them. The Trial Chamber is thus satisfied that the Accused incurred individual criminal responsibility for the attempted murder of these two Muslim men as inhumane acts [...]*».

⁷⁴ A. CASSESE, *op. ult. cit.*, 221 s.

semmai restia ad attribuire una consistenza consuetudinaria al tentativo.

Quanto alle altre Convenzioni, se i *Draft Codes* del 1954 (art. [2] [13] [iv]) e del 1996 (art. 2 [3] [g])⁷⁵ della *International Law Commission* proponevano la punibilità del tentativo di crimini internazionali (il primo, però, senza darne una definizione), con esclusione del crimine di aggressione (v. *infra*, §5), è la citata Convenzione sul genocidio che per la prima volta espressamente propone una “tutela anticipata” rispetto al (solo) crimine dei crimini, implicante la rilevanza anche del mero tentativo (evidentemente in ragione della speciale gravità di tale fattispecie: v. art. III [d]). Cosa, nondimeno, debba intendersi per “tentativo”, neppure questa fonte pattizia si premura di precisarlo.

Dunque, anche a voler convenire con chi sostiene che, nel tempo, si sia formata una sufficiente prassi (sia pure prevalentemente nazionale), accompagnata da un’adeguata *opinio iuris*, confermativa di un’avvertita rilevanza dell’istituto in esame, il tentativo ha solo sporadicamente, e settorialmente, goduto di visibili concretizzazioni, e soprattutto non è mai stato oggetto di una chiara e condivisa definizione.

In conclusione, sembra corretto affermare che unicamente con l’art. 25(3)(f) ICC - St abbia preso vigore un concetto sufficientemente definito e “adeguatamente generalizzato” di tentativo, come categoria autonoma della responsabilità penale internazionale⁷⁶, in rapporto alla quale i rammentati “*general principles of law derived from national laws*”(supra, §2.1) – ma non le consuetudini – possono offrire un utile e ulteriore contributo ermeneutico.

3. Il tentativo nello Statuto di Roma

3.1 - *Modello francese o americano?*

L’art. 25 (3) (f) ICC - St colloca il tentativo tra le forme di *Individual criminal responsibility*, assumendo che una persona possa essere punita per un crimine di competenza della Corte quando «*attempts to commit such a crime by taking action that*

⁷⁵ «*Attempts to commit such a crime by taking action commencing the execution of a crime which does not in fact occur because of circumstances independent of his intentions*».

⁷⁶ A. ESER, *Individual Criminal Responsibility*, in A. Cassese-P. Gaeta-J.R.W.D. Jones (cur.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, I, Oxford, 2002, 807 ss.; K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford, 2013, 234, 238 s.; R. O’KEEFE, *International Criminal Law*, Oxford, 2015, 200.

*commences its execution by means of a substantial step, but the crime does not occur because of circumstances independent of the person's intentions. 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*⁷⁷. Quanto alla pena, sembra naturale ritenere che la differenza tra questa forma di *individual liability*, e altre invece correlate al perfezionamento di un reato, debba cogliersi anche e soprattutto nella fase del *sentencing*⁷⁸.

La definizione genera, a prima vista, un ibrido tra il criterio del *substantial step* propugnato dal *Model Penal Code* statunitense, e quello dell'“inizio di esecuzione”, di matrice francese (tuttavia, come si è visto, non ignoto al *Model Penal Code*)⁷⁹. Si potrebbe avvertire un'incongruenza, tra una formula che allude già a una fase di esecuzione del fatto tipico di reato, ed altra che, invece, richiama atti soltanto orientati verso quella esecuzione, anche preliminari. La questione è tuttavia più complessa, e però, in fondo, meno problematica.

Innanzitutto – con un accorgimento metodologico necessario – è bene non limitarsi all'analisi della sola versione inglese dello Statuto. Ora, se anche la versione francese, mutuando formule nazionali, allude chiaramente a un “inizio di esecuzione” (*actes qui constituent un commencement d'exécution*), attuato attraverso un “passo importante” o di natura sostanziale (*caractère substantiel*), il testo ufficiale spagnolo parla piuttosto di un *paso importante para ejecución*, come se bastassero atti soltanto orientati verso l'esecuzione del fatto tipico; in procinto, dunque, di realizzare un reato, tuttavia non ancora necessariamente integrato in alcuno dei suoi estremi tipici. Un'interpretazione restrittiva e formalistica dell'espressione “inizio di esecuzione” non trova insomma riscontro nel tenore letterale “multilingue” della disposizione.

Se ancora si nutrissero dubbi al riguardo, si può e si deve allora far ricorso alle indicazioni delle fonti subordinate, tornando in questo caso particolarmente utili, lo si è detto, i “principi generali di diritto ricavabili in base alla normativa interna dei

⁷⁷ La formula del ICC St è stata poi testualmente ripresa dall'art. 15(2)f del *Iraqi Special Tribunal Statute* e nella *section 14.3(f)* del *UNTAET Regulation No. 2000/15* (sull'istituzione di uno *Special Panels for Serious Crimes in the District Court of Dili – East Timor*).

⁷⁸ Sul problema della sanzione per il reato tentato si veda J. OHLIN, *Inchoate Crimes*, in *The Oxford Companion*, cit., 372 ss. Nel sistema inglese (ove però, lo si rammenti, ancora la distinzione tra tentativo e consumazione è “offuscata” da considerazioni attinenti all'eguale disvalore soggettivo), le problematiche del *sentencing* in relazione all'*attempted murder*, rispetto al *murder*, sono sinteticamente ricordate in A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, 6th ed., Cambridge, 2015, 127 s.

⁷⁹ Cfr. G.P. FLETCHER, *op. ult. cit.*, 190 ss.

sistemi giuridici del mondo” (art. 21 (1)(c) ICC – St). In effetti, dalla comparazione si è indotto (*supra*, §2.1) come praticamente in ogni sistema penale acquisiscano rilevanza atti pretipici⁸⁰: così pure in quello francese, affezionato alla formula dell’“inizio di esecuzione”. Sulla base di questa indicazione, la definizione proposta dal ICC-St, nel suo complesso, può intendersi riferita a un primo atto di concreta esecuzione (non già necessariamente del crimine, bensì anche soltanto) del progetto criminoso, che sia però orientato in modo significativo (“passo importante”) verso la consumazione⁸¹.

Giova rammentare che nell’art. 2 (3) (g) del *Draft Code* 1996 della *International Law Commission* il tentativo veniva definito quale “inizio di esecuzione”, mentre nel *commentary* a detta disposizione si riferiva quella locuzione a chi avesse compiuto un “passo sostanziale” verso la consumazione. In altri termini, l’un criterio veniva letto quasi fosse una parafrasi dell’altro. Ulteriore conferma di come il modello di matrice “francese” non sia significativamente distinto da quello delineato nel *Model Penal Code*: tutto il contrario.

3.2 - Il requisito della pericolosità

Se è lecito risalire a ritroso oltre la linea logica a partir dalla quale gli atti cominciano a farsi tipici, vi è nondimeno da comprendere entro quale altro confine ci si debba fermare; fino a che punto si possano, insomma, abbracciare atti pretipici. Dalla lettera, l’unico dato certo che si può trarre è la necessità di un comportamento *estere*, dolosamente orientato alla consumazione, non potendo certo un mero pensiero

⁸⁰ Così anche F. MANTOVANI, *The General Principles of International Criminal Law: the Viewpoint of a National Criminal Lawyer*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, 34; K. AMBOS, ‘Article 25: Individual criminal responsibility’, in O. Triffterer-K. Ambos (cur.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, München, 2016, 1020. V. poi per tutti D. GUIDI, *op. cit.*, 63 ss.

⁸¹ K. AMBOS, *Treatise*, cit., 236 s., 252 sulla scorta di una disamina delle nozioni di tentativo maggiormente diffuse nei sistemi giuridici d’origine inglese, in Germania, in Francia, in Spagna; ID., *Internationales Strafrecht*, cit., 211. Da ultimo, anche J. DE HEMPTINNE, *op. cit.*, 350. Cfr. altresì A. ESER, *op. cit.*, 812, il quale ritiene realizzato un tentativo punibile nel momento in cui l’agente, in relazione al suo programma criminoso, sia prossimo ad aggredire l’interesse o l’oggetto tutelati, pur non avendo ancora posto in essere alcun elemento costitutivo del reato (si pensi a uno stupratore nel momento in cui cerca di afferrare la vittima designata). A. CASSESE, *op. ult. cit.*, 220 s., 224, ricorre a un criterio di “inizio significativo dell’azione criminosa”, individuando ad es. un tentativo rilevante nel comportamento di un guardiano di un campo di prigionia il quale, con intento omicida, cominci a percuotere selvaggiamente un prigioniero di guerra (non sarebbe invece tentato omicidio il semplice fatto di aver portato il prigioniero fuori dalla cella ed averlo sottoposto a minacce e maltrattamenti). Cfr. anche G. WERLE-F. JESSBERGER, *op. cit.*, 356; A. LIÑAN LAFUENTE, *op. cit.*, 339.

considerarsi un inizio di *esecuzione*, esprimibile con la metafora di un *passo*, oltretutto di valenza *sostanziale*. Fin dai processi di Norimberga, d'altronde, lo si è già rammentato, agli sporadici tentativi di attribuire rilevanza ad atti non sfociati nella consumazione venne opposto senza indugio il limite del *cogitationis poenam nemo patitur*: un principio che potremmo definire accreditato anche su scala internazionale, e perciò, come tale, rilevante come fonte "secondaria" per la Corte penale internazionale.

Meno evidente se la figura di tentativo inerente alla giurisdizione della Corte penale internazionale sia connotata da idoneità/pericolosità, e univocità, rispetto al reato fine.

Riguardo al primo requisito, una risposta positiva – già suggerita da norme di principio dello Statuto, come si è avuto modo di evidenziare *supra*, §2.1 – può darsi con maggior sicurezza⁸², sia pure per gradi.

Di certo, la formula prescelta dai redattori dello Statuto richiede come minimo una *possibilità* di consumazione. Fintantoché il crimine rimane impossibile, in assoluto o relativamente (si pensi a un militare attivo in uno scenario bellico, che con intento omicida spari a un civile di fatto già morto, o dia fuoco a una casa da cui sono appena fuggiti tutti), è arduo sostenere che il soggetto abbia compiuto un passo in avanti "sostanziale" (o "importante") verso l'esecuzione del crimine ambito⁸³. Da notare come la formula statutaria non riprenda definizioni di sistemi nazionali, quale quello tedesco, o dello stesso *Model Penal Code*, che esplicitamente commisurano la tipicità del tentativo a una corrispondenza tra quanto concretamente eseguito e quanto soggettivamente l'agente si rappresentasse. Ci sembrano in definitiva poco compatibili con la lettera dell'art. 25 (3) (f) ICC - St, e troppo debitorie di specifiche tematizzazioni di diritto penale interno (tedesco, statunitense in genere), impostazioni che, fosse pure in modo compromissorio, attribuiscono rilievo a espressioni di reato impossibile⁸⁴. Così quella che riconduce alla fattispecie di *attempt* atti oggettivamente inidonei ma capaci, comunque, di turbare la fiducia collettiva nella stabilità dell'ordine legale, o la cui idoneità

⁸² V. MILITELLO, *Crimini internazionali*, cit., 200, con un ragionamento opposto ma complementare a quello che qui si propone, significativamente trae dalla definizione di tentativo proposta dallo Statuto una conferma di come il relativo sistema sia ispirato anche da un principio di offensività.

⁸³ Analogamente A. LIÑAN LAFUENTE, *op. cit.*, 340 ss. Cfr. il caso *Charles W. Keenan*, deciso da una Corte Militare d'Appello statunitense, citato da A. CASSESE, *Cassese's International Criminal Law*, cit., 199, nt. 21; *amplius* G.D. SOLIS, *Keenan*, in *The Oxford Companion*, cit., 756 s. Nel processo si discusse anche dell'ipotesi che l'autore avesse sparato alla vittima civile ancora viva, ma credendola già morta. Secondo questa diversa ricostruzione sarebbe mancato, dunque, il dolo.

⁸⁴ Cfr. K. AMBOS, *Internationales Strafrecht*, cit., 211.

ingannevolmente appaia agli occhi a un ipotetico osservatore esterno; mentre non costituirebbe tentativo rilevante uno sforzo palesemente inconcludente di consumare il reato, come ad esempio quello attuato mediante riti magici⁸⁵.

Volendo essere ancor più precisi, la figura del “passo verso la consumazione”, tratteggiata sia nella versione inglese che in quella spagnola, connota l’*attempt* di una portata progressiva e dinamica, che impone un confronto tra la situazione precedente, e quella successiva, al compiuto “passo”. Ebbene, soltanto atti che *abbiano reso possibile la realizzazione di un crimine prima impossibile*, o che abbiano reso *più probabile*, o *più imminente*, detta realizzazione, rispetto a quanto non fosse in precedenza, si possono qualificare nei termini di un *passo importante verso l’esecuzione*. Imbracciare il fucile, caricarlo e mirare a un civile finalmente a portata di tiro, rende possibile un omicidio prima di questo atto, invece, obiettivamente impraticabile, e quindi può costituire tentativo (sussistendo ogni altro requisito). Si immagini, poi, una cittadina isolata di una nazione in guerra, nel quale cominci a patirsi una penuria di viveri: il furto di una gallina compiuto da milizie nemiche infiltrare in una fattoria del luogo non sembra significativamente aumentare, di per sé, la probabilità di perfezionare il crimine di guerra di “affamare intenzionalmente civili” (art. 8[2][b][xxv] ICC-St), e dunque non potrà ritenersi tentativo, come, invece, il saccheggio dell’unico negozio di alimentari (se soggettivamente inteso come “passo” funzionale alla realizzazione, appunto, di quella figura criminosa).

Non si ignorano le critiche cui in Italia è stato sottoposto il criterio della “probabilità di consumazione”⁸⁶. Si è in particolare sottolineata l’indeterminatezza di tale attributo, non potendosi stabilire a priori quale livello di probabilità sia sufficiente e necessario, né potendosi misurare detta probabilità in rapporto al tentativo incompiuto o al tentativo di reati di mera condotta: in questi ultimi casi, l’eventualità di una consumazione non dipende da un’eziologia naturalistica, stimabile alla stregua di leggi scientifiche, bensì da prognosi postume secondo massime d’esperienza, restie a una quantificazione, su come avrebbero potuto continuare a concretizzarsi certe scelte d’azione qualora l’*iter criminis* non si fosse interrotto⁸⁷.

Ora, dette obiezioni, condivisibili in rapporto alla lettura del requisito di idoneità di cui all’art. 56 del codice penale italiano, se non si addicono all’interpretazione

⁸⁵ A. ESER, *op. cit.*, 813. Cfr. altresì, in una prospettiva non strettamente esegetica, e problematica, G.P. FLETCHER, *op. ult. cit.*, 196 ss.

⁸⁶ Criterio invece particolarmente tematizzato in I. GIACONA, *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, Torino, 2000, 113-126, 136-196.

⁸⁷ G. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sulla riforma del tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 719 ss.

che qui stiamo proponendo circa l'*attempt* nel sistema dello Statuto di Roma, ciò non-dimeno utilmente sollecitano ulteriori chiarimenti. Invero, quel che qui riteniamo rilevante non è una certa misura di probabilità, esattamente quantificabile, ma soltanto la constatazione di un *incremento relativo di detta probabilità*, in dipendenza degli atti tenuti, e rispetto al momento antecedente a detti atti. Così, più nel dettaglio, un tentativo di crimini di guerra di mera condotta (quali quelli incentrati sull'uso di armi vietate, a prescindere dal verificarsi di *consequences*: art. 8[2][b] – [xvii], [xviii], o [xix], ICC- St) richiederà che il soggetto, agendo, abbia reso fattibile, quando non lo era, o comunque obiettivamente *più semplice* l'esecuzione del fatto tipico, senza necessità di esprimere numericamente questa accresciuta probabilità di esecuzione. Per intendersi, rappresenterà senz'altro un "passo sostanziale verso l'esecuzione" di uno dei reati appena richiamati vuoi l'approvvigionamento di un arsenale di armi vietate di cui prima non si disponeva, vuoi, in una fase più avanzata, un intervento di carattere logistico che renda più facile l'utilizzazione di quell'armamentario, e ciò a prescindere da una quantificazione in termini percentuali (peraltro impossibile) dell'incrementata fattibilità.

3.3 - Un profilo di "univocità"

Quanto sin qui rilevato offre, tuttavia, ancora scarse prestazioni selettive. Anche atti molto antecedenti alla consumazione del crimine, dal punto di vista logico e cronologico, possono costituire un "passo essenziale verso la consumazione". Così, per intendersi, un primo incontro interlocutorio tra un capo di stato e il corrispondente capo dell'esercito o della polizia, al fine di ponderare la praticabilità di un progetto di sterminio di un gruppo etnico ritenuto ostile, rappresenta un passaggio imprescindibile ai fini della concreta consumazione di un genocidio. Fondare, dunque, soltanto su un tale requisito la struttura dell'*attempt*, comporterebbe un'anticipazione eccessiva e potenzialmente senza limiti della soglia del penalmente rilevante.

A fronte del dubbio interpretativo, ancora una volta può soccorrere, quella fonte subordinata che deriva dall'analisi comparata degli ordinamenti nazionali. Si è già ricordato come nei diversi sistemi giuridici ci si affidi, in varia guisa, a un criterio genericamente definibile come di "univocità", al fine di distinguere tra atti meramente preparatori e, invece, pretipici; quindi, fondamentalmente, per contribuire alla determinatezza del tentativo stesso, costruendo un nesso più solido ed evidente tra la tipi-

cità del reato tentato e di quello, corrispondente, consumato⁸⁸. Si potrebbe perciò probabilmente ascrivere anche l'univocità a principio generale del diritto, condiviso dagli ordinamenti; forse ancor più che non il profilo dell'idoneità, considerata invece l'esistenza di importanti sistemi che puniscono il tentativo impossibile (*supra*, §2.1).

Un'eguale esigenza di demarcazione tra pretipico e meramente preparatorio si pone, evidentemente, in sede di diritto internazionale penale, ove si aggiunge un'ulteriore istanza, non dissociata dalle logiche originarie del requisito dell'univocità⁸⁹: soltanto la chiara percezione, agli occhi della comunità internazionale, dell'imminente sviluppo di certi atti in una violenza qualificabile alla stregua di un crimine internazionale suscita diffuso allarme e lascia comprendere le ragioni di una repressione penale, riducendo il rischio che questa venga intesa alla stregua di un'indebita ingerenza della Corte penale internazionale, o del *prosecutor*, in atti politici interni di uno Stato sovrano (v. *supra*, § 2.2.). Peraltro, si noti, la correlazione tra la qualifica di “crimine internazionale”, e la capacità di allarmare la comunità internazionale, è espressa nell'art. 5 ICC - St.

Merita finalmente rilevare come quelle medesime ragioni che sorreggono la pretesa di un profilo di pericolosità, allo stesso modo avallano la richiesta di un profilo di univocità. Si vuol dire che la pericolosità nel tentativo non è data solo da idoneità causale (se non rispetto al tentativo “compiuto”, quando ormai ogni condotta praticabile dall'agente si è esaurita e il processo eziologico orientato verso l'evento è stato attivato). Essa è anche costituita dalla risolutezza del soggetto attivo nel portare a termine l'*iter criminis*, per tutti quei passaggi che siano ancora sotto il governo della sua volontà. Così, per intendersi, l'arma sollevata determina un pericolo significativo per la vita altrui soltanto quando il soggetto, animato da un ormai sicuro intento omicida, dopo aver caricato il colpo prenda la mira contro una precisa persona. Ebbene: detta risolutezza può darsi per certa soltanto nell'imminenza della consumazione, in ragione

⁸⁸ Quanto alla proposta, da parte di alcuni autori inglesi, di una *unequivocality theory* quale criterio per dare contenuto alla già ricordata *proximity rule*, v. E. GRANDE, *op. cit.*, 169 ss., 219 ss. (che ispira a tale teoria la sua lettura dell'art. 56 c.p.). V. poi J. HOLDER, *Ashworth's Principles* cit., 502: «*to safeguard the liberty of citizens and to assure people that justice is being fairly administered, the law should require proof of an unambiguous act close to the commission of the crime before conviction of an attempt. Otherwise, we would be risking a world of thought crimes and thought police*».

⁸⁹ Da ultimo, sulle origini e sul significato del requisito della univocità, in una prospettiva di storia del diritto penale italiano, v. S. DEL CORSO, *op. cit.*, spec. 94 ss., e 208 ss. V poi ID., *La disciplina del tentativo*, in A. Cassese e altri, *Problemi attuali*, cit., 184, che legge nell'aggettivo “sostanziale”, utilizzato nella definizione dello Statuto di Roma, un riferimento ad atti *oggettivamente* esecutivi del programma criminoso, ovvero *socialmente percepibili* come tali.

della massima di esperienza in virtù della quale, se la probabilità di un risultato aumenta proporzionalmente al numero delle condizioni indispensabili (idonee), la probabilità che un soggetto desista da un proposito diminuisce proporzionalmente all'avvicinarsi della realizzazione di quel proposito⁹⁰.

Tutti questi dati spingono a intendere quale “passo sostanziale *nell’iniziare l’esecuzione*” di uno specifico crimine soltanto atti osservando i quali si possa percepire come l’agente (o i più agenti/coautori: *infra*, § 3.6) sia(no) ormai effettivamente *in procinto* di consumare quel crimine rivelato dal dolo, manifestando una volontà presumibilmente non più soggetta a ripensamenti. Un “passo sostanziale verso la consumazione”, dunque, nel senso di un passo là puntualmente orientato da una determinazione che non ammette più un arretramento, o una sosta (*jetzt geht es los!*); ed “inizio di esecuzione” come imminenza, almeno, di consumazione, mutuando le letture che anche gli interpreti francesi danno di quel medesimo requisito.

Non sembra però si debba, né si possa, pretendere una “unidirezionalità” esteriormente percettibile degli atti compiuti rispetto a uno *specifico crimine*. Sarà perciò qualificabile come *attempt* quella condotta collegata da un nesso finalistico anche con una pluralità di crimini internazionali (pluralità comunque ragionevolmente circoscritta, dovendosi altrimenti constatare l’equivocità di quanto compiuto); il soggetto risponderà, poi, soltanto di quel reato di cui abbia anche il corrispondente dolo *ex art.* 30 ICC - St⁹¹. Nessuna norma, principio o logica suggerisce una differente soluzione, e per vero una “unidirezionalità” è in pratica assai difficile da riscontrare, prima di un vero e proprio inizio di realizzazione del fatto tipico, talvolta neppure in questa fase. Specialmente nel diritto internazionale penale, un medesimo nucleo di atti può contribuire alla realizzazione di una pluralità di crimini: così, ad es., l’inizio di una violenza nei confronti di una donna appartenente alla popolazione civile, e finita nelle mani di un gruppo di soldati “nemici”, può apparire allo stesso tempo orientato a un omicidio, a uno stupro, alla tortura, quali crimini di guerra; mentre il tentativo non

⁹⁰ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 11ª ed., Padova, 2020, 486 ss. In relazione a un caso, recente, di “anticipazione” giurisprudenziale del requisito della univocità, trattando di un tentativo di atti sessuali con minorenne (art.609-*quater* c.p.), cfr. F. PALAZZO, *Sui confini del tentativo punibile di atti sessuali con minorenne*, in *Giur.it.*, 2021, 197 s.

⁹¹ Si mutua una soluzione proposta, per il diritto interno, da G. DE FRANCESCO, *Sul tentativo punibile*, in *Studium Iuris*, 1999, 256; ID., *Diritto penale*, cit., 619. Sulla funzione tipizzante del dolo, nel tentativo, si veda già J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, *Questões fundamentais a doutrina geral do crime*, Coimbra, 2004, 256.

riuscito di uccidere può risultare finalizzato alla realizzazione di un crimine, o di diversi crimini, contro l'umanità, di un genocidio, di un crimine di guerra. In molti di questi casi, decisivo per attribuire la corretta qualificazione all'accaduto non sarà soltanto il dolo, bensì, prima ancora, l'elemento di contesto.

3.4 - *Il mental element*

Il dolo del reato tentato è, ovunque, lo stesso del corrispondente reato consumato: non v'è dubbio che tale regola costituisca un “minimo comun denominatore” agevolmente rilevabile dalla comparazione degli ordinamenti nazionali (art. 21 [1] [c] ICC St)⁹². L'origine storica del tentativo come categoria penalistica, che ancora in buona misura ne connota la *ratio*, è invero correlata alla constatazione di come vi sia un medesimo dolo, dunque un medesimo bisogno soggettivo di pena, in chi riesce a consumare un delitto, e in chi tenta senza riuscirci. Infine – lo si è appena osservato discutendo di univocità – il dolo di consumazione contribuisce al requisito di necessaria pericolosità del tentativo, la quale in buona parte dei casi sta e cade con la presenza, o la mancanza, di un fermo proposito dell'agente di portare a conclusione l'*iter criminis*. Il requisito è, in realtà, quasi “ontologico”: la stessa nozione di “tentare” qualcosa postula una finalizzazione della volontà verso quel qualcosa⁹³.

Nel sistema dello Statuto di Roma, l'*attempt* è qualificato come ipotesi di *individual responsibility* cui dunque si riferisce l'art. 30 StICC, disposizione che individua nella *knowledge* e nell'*intent* i requisiti psichici minimi per l'imputazione di un crimine internazionale⁹⁴. Inoltre l'art. 25(3)(f) ICC St si riferisce a una consumazione mancata per “cause *indipendenti dalla volontà*” del *perpetrator*: esula quindi dall'ambito applicativo della fattispecie la condotta di colui che sin dall'inizio intendesse solo “provare” il delitto, e volontariamente non lo abbia perfezionato (ad es. un agente infiltrato in un corpo di polizia per documentare pratiche di tortura quale contributo a

⁹² J. DE HEMPTINNE, *op. cit.*, 347 s. Per gli ordinamenti angloamericani: G. BINDER, *op. cit.*, 290 ss.; per la Germania, v. C. ROXIN, *op. cit.*, 350 ss., nonché, per tutti, H. KUDLICH-J.C. SCHUHR, *sub* §22, cit., Rn. 17, p.208; per la Spagna, F. MUÑOZ CONDE -M. GARCÍA ARÁN, *op. cit.*, 400 ss.; per l'Italia la sostanzialmente concorde manualistica già citata *supra*, nt. 28.

⁹³ «Le verbe “tenter” impliquant en lui-même la volonté de commettre l'acte incriminé» (Chambre criminelle de la Cour de Cassation, 22 giugno 1988, n°87-91.235, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1989, 318). V. poi J. HOLDER, *Ashworth's Principles* cit., 496 ss. Da una prospettiva teorica più generale: G. YAFFE, *op. cit.*, 103 ss., 115 ss.

⁹⁴ Sia consentito rinviare ad A. VALLINI, *La mens rea*, cit., spec. 156 ss.

un attacco esteso e sistematico alla popolazione civile, che quindi finga una disposizione a torturare, con riserva, però, di non farlo realmente e fino in fondo). Più avanti, lo stesso articolo evoca il necessario proposito criminoso dell'agente (*criminal purpose; dessein criminel; propósito delictivo*) al momento di definire e disciplinare le figure della "desistenza" e del "recesso".

Nella dimensione normativa in cui si muove la Corte penale internazionale, ha minor significato il problema che, invece, affatica dottrina e giurisprudenza "interne", concernente la adeguatezza del solo dolo eventuale (o della *recklessness*⁹⁵) a sostenere un tentativo penalmente rilevante. In generale, infatti, il dolo eventuale è inadatto all'imputazione di qualsiasi crimine rientrante nella giurisdizione della Corte, già ai sensi dell'art. 30 StICC⁹⁶. Per quel che riguarda, poi, le fattispecie che richiedono un *dolus specialis* – a partire dal genocidio – non si dubita che questo particolare elemento soggettivo debba sussistere anche in capo all'autore di un tentativo⁹⁷; è bene peraltro rammentare come quell'orientamento finalistico abbia in realtà molto a che fare con un (discusso) implicito elemento di contesto specifico del genocidio, costituito da un *pattern* di condotte similari a quella dell'imputato⁹⁸. In caso di tentato crimine contro l'umanità, sarà egualmente necessaria la consapevolezza di contribuire a un attacco esteso o sistematico alla popolazione civile (art. 7(1) ICC St)⁹⁹, così come, ai fini di un tentativo di crimine di guerra, la percezione di agire nel contesto di un conflitto armato¹⁰⁰.

3.5 - La giurisprudenza della Corte penale internazionale

La pur sporadica giurisprudenza della Corte penale internazionale in materia di *attempt* sembra confortare l'interpretazione sin qui condotta, arricchendola di ulteriori spunti.

⁹⁵ S. VINCIGUERRA, *op.cit.*, 454 ss.

⁹⁶ A. ESER, *op. cit.*, 811; v. più problematicamente K. AMBOS, *Treatise*, I, cit., 243 s. La questione potrebbe però recuperare importanza rispetto a quei crimini che nel sistema dello Statuto di Roma costituiscono un'eccezione quanto a *mental element* (A. VALLINI, *op.ult.cit.*, 192 ss.), ammettendo requisiti psicologici qualificabili alla stregua di una *recklessness* o di un *dolus eventualis*. In questa sede, a questo proposito, ci limitiamo a un rinvio: E. VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford, 2012, 149, 152.

⁹⁷ J. DE HEMPTINNE, *op. cit.*, 348.

⁹⁸ Per tutti, sul punto, E. FRONZA, *Il crimine di genocidio*, in E. Amati e altri, *Introduzione*, 4^a ed., cit., 343 ss.

⁹⁹ K. AMBOS, *Treatise*, I, cit., 259.

¹⁰⁰ K. AMBOS, *Treatise*, I, cit. 262.

In un passaggio della decisione sul caso Katanga si definisce il tentativo come “inizio di esecuzione”, accompagnato dall’*intent* del relativo crimine consumato¹⁰¹. Di fatto, una mera riproposizione testuale dello Statuto. Poco se ne può dedurre riguardo a come la Corte abbia, in tale occasione, inteso quel criterio. Nel caso concreto, d’altronde, scarsi apparivano i problemi esegetici e applicativi, trattandosi della forma più auto-evidente di tentativo, cioè il tentativo “compiuto”. Oggetto del giudizio erano, per lo più, aggressioni contro civili che già avevano prodotto lesioni, non sviluppatesi sino alla morte per l’intervento di fattori indipendenti dalla volontà degli autori.

La Corte si è poi occupata di un attacco a sorpresa, nella situazione di crisi del Darfur, finalizzato ad uccidere *peacekeepers* dell’*African Union Mission in Sudan*, alcuni dei quali sopravvivevano grazie a una pronta ed efficace assistenza medica. Si contestava, perciò, la violazione degli artt. 8(2)(c)(i), 25 (3)e e 25 (3)(f) ICC - St¹⁰².

La decisione è, questa volta, estremamente interessante per l’intelligente lettura combinata delle disposizioni in tema di *attempt* e di *mental element* (art. 30 ICC - St). Questa seconda, ai fini dell’imputazione delle *consequences*, pretende la necessaria consapevolezza, da parte del soggetto agente, che esse «*will occur in the ordinary course of events*». I giudici ne desumono come un decorso degli eventi non eccezionale né imprevedibile, secondo una prognosi postuma ispirata all’*id quod plerumque accidit*, costituisca, prima di tutto, requisito dell’*actus reus*, destinato come tale a connotare anche la portata obiettiva dell’*attempt*. Su questo presupposto si stabilisce che il tentativo possa sussistere solo quando, «nell’ordinario corso degli eventi, la condotta del soggetto agente avrebbe portato alla consumazione del reato se solo non fossero intervenute circostanze [impeditive] estranee al controllo dell’agente medesimo».

In questa affermazione evidentemente si attesta, prima di tutto, un requisito di idoneità. La Pre-Trial Chamber lo afferma con chiarezza in altro passaggio, ritenendo decisivo stabilire «*whether the perpetrator’s conduct was adequate to bring about as a consequence the crime in question*». La pretesa di un nesso di consequenzialità rispondente all’*id quod plerumque accidit* tra atti effettivamente realizzati, da un lato, e prospettiva della consumazione del crimine, dall’altro lato, pare evocare, altresì, un orientamento della condotta verso l’esito criminoso tipico che sia esteriormente percepi-

¹⁰¹ International Criminal Court – Pre-Trial Chamber, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges*, cit., parr. 458 ss.

¹⁰² 02/05-03/09-121-Corr.Red, *Corrigendum of the Decision on the Confirmation of Charges*, PTC, 7 marzo 2011, par. 96.

bile, cioè ponderato secondo un parametro di normalità statistica e prevedibilità “oggettiva”; un parametro, in definitiva, di univocità. La misura dell’“ordinario corso degli eventi” può essere d’altronde data anche da massime di esperienza circa dinamiche psicologiche, come quelle che, lo si è osservato, connotano il senso della univocità nel tentativo, intesa quale requisito di pericolosità “soggettiva”, propensione ormai irremovibile alla consumazione del crimine (*supra*, §3.3). In effetti, la Pre-Trial Chamber ha premura di precisare come il termine *substantial step* rimandi a condotte di significato essenziale nello sviluppo dell’*iter criminis*, non potendo ritenersi tali quelle meramente preparatorie.

Di nuovo considerando il caso Katanga, la Corte ha poi confermato come il tentativo di un crimine internazionale rientrante nella sua giurisdizione debba strutturarsi nelle forme di un dolo di consumazione, corrispondente, in linea di principio, a quello qualificato come *mental element* dall’art. 30 ICC - St¹⁰³. Interessanti anche le prescrizioni di carattere processuale circa la prova di questo “dolo”, proposte nelle decisioni di conferma delle accuse nei confronti di Gbagbo e Blé Goudé¹⁰⁴. Non potendo essere ricavato dalle dinamiche di consumazione del reato, per definizione non sussistenti quando si tratti di tentativo, l’elemento psicologico potrà essere intuito dalle modalità della condotta (ad es., l’orientamento dell’arma verso parti vitali del soggetto passivo), dagli strumenti cui si è fatto ricorso (ad es. armi letali), dalle testimonianze circa l’atteggiamento dell’autore del reato, *in primis* quelle delle vittime.

Sempre sul piano processuale, bene emerge, nella casistica, anche la funzione di supporto all’impostazione accusatoria che il tentativo può svolgere, aiutando a contenere il rischio di spreco di energie inquisitorie. Una risorsa strategicamente preziosa, insomma, considerata la frequente difficoltà di decifrare il minuto dettaglio “fattuale” di crimini internazionali, usualmente plurisoggettivi, diffusi nel tempo e nello spazio, e rivolti contro una pluralità di vittime. Invero, il *prosecutor*, quando voglia dimostrare oltre ogni ragionevole dubbio le dinamiche di realizzazione di certi eventi tipici (ad es., che la morte della vittima sia davvero derivata da quella certa aggressione, imputabile a quel certo *defendant*), ma tema di non riuscirvi, può pararsi le spalle

¹⁰³ International Criminal Court – Pre-Trial Chamber, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, cit., par. 460; v. anche International Criminal Court – Trial Chamber, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Judgment*, 8 luglio 2019, 01/04-02/06, par. 861.

¹⁰⁴ International Criminal Court – Pre-Trial Chamber, *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo, Decision on the confirmation of charges*, 12 giugno 2014, 02/11-01/11-656-Red, par. 201; International Criminal Court – Pre-Trial Chamber, *The Prosecutor v. Charles Blé Goudé, Decision on Confirmation of Charges*, 11 dicembre 2014, 02/11-02/11, par. 121.

proponendo in subordine un’incriminazione per il medesimo crimine ma soltanto tentato (ad es., omicidio o tentato omicidio quale crimine contro l’umanità)¹⁰⁵. Quando la scommessa probatoria riguarda, invece, il dolo di consumazione di un reato grave non perfezionatosi, che virtualmente rappresenti la “progressione criminosa” di altro, meno grave, invece realizzato, in rapporto al primo l’accusa potrà avanzare un’imputazione per *attempt*, e in via subordinata dedicarsi alla più scontata dimostrazione del secondo. Un’imputazione alternativa per tentato omicidio quale crimine contro l’umanità, subordinata alla prova del dolo di omicidio, oppure – ove tale prova non fosse raggiunta – per “altri atti inumani”, è stata confermata dalla Pre-Trial Chamber in rapporto alle violenze post-elettorali che si assumevano perpetrate tra il 2010 e il 2011 in Costa d’Avorio, da parte dei citati Laurent Gbagbo (presidente uscente della Repubblica Ivoiriana) e del suo sodale Charles Blé Goudé¹⁰⁶.

3.6 - Concorso nel tentativo e tentativo di concorso

Già alla luce dei principi di diritto condivisi dagli ordinamenti, e dello Statuto di Roma, non vi è motivo di dubitare della punibilità di un concorso in un crimine internazionale rimasto alla fase del tentativo: l’istigazione, l’agevolazione, la partecipazione relative a un’attività criminosa soltanto tentata sono espressamente prese in considerazione dalle lett. b), c), d), dell’art. 25 (3) ICC - St¹⁰⁷. Osservato come il crimine internazionale si caratterizzi per una plurisoggettività tendenzialmente (fenomenologicamente) necessaria, un tentativo inteso come unicamente monosoggettivo sarebbe, d’altronde, privo di rilevanza pratica.

Si può invece a ragione negare significato a un mero tentativo di concorso in un crimine internazionale. Si è detto della ben dubbia affermazione, nel diritto penale internazionale, di paradigmi di responsabilità quali la *conspiracy* (*supra*, §2.3). Per quanto concerne, poi, lo Statuto di Roma, nell’art. 25(3)(f) ICC St l’*attempt* viene indicato come ipotesi di responsabilità individuale *alternativa, non cumulativa*, rispetto alle forme di partecipazione contemplate nelle precedenti lettere. La definizione di *attempt*

¹⁰⁵ J. DE HEMPTINNE, *op. cit.*, 340.

¹⁰⁶ International Criminal Court – Pre-Trial Chamber, *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, cit., par. 201; International Criminal Court – Pre-Trial Chamber, *The Prosecutor v. Charles Blé Goudé*, cit., par. 121.

¹⁰⁷ In questo senso anche G. WERLE, *Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2007, 973.

si fonda, inoltre, sulla tentata realizzazione di un “crimine di competenza della Corte” (v. la prima parte del comma 3 del cit. art. 25), e “crimini di competenza della Corte” sono quelli di cui si dà conto negli artt. da 6 a 8-*bis* ICC St, non già le ipotesi di responsabilità individuale rappresentate nelle lettere b), c), d) dell’art. 25(3) ICC - St.

La denegata rilevanza del tentativo di concorso – ma non del concorso in un tentativo – trova la sua *ratio* nel seguente argomento: essendo già prive di dettaglio le figure di partecipazione, peraltro solo indirettamente correlate con il disvalore del crimine da altri eseguito, un loro ulteriore ampliamento applicativo colliderebbe con quei principi di legalità/tipicità, ed offensività, cui ormai anche il diritto penale internazionale si ispira¹⁰⁸. Ciò a maggior ragione se tale ampliamento servisse a dar rilevanza a fasi del tutto remote dell’*iter criminis*, in virtù del combinato disposto con una clausola, quella dell’art.25(3)(f) dello Statuto, anch’essa generale e generica.

Merita segnalare, per un ultimo scrupolo, che l’*attempt* è più precisamente definito come tentativo di commissione, cioè di *autoria* (*attempts to commit*, rispetto al *commits ...a crime* di cui alla lett. a) dell’art. 25, [3] ICC-St); e che detta *autoria* comprende, nelle logiche dello Statuto, anche condotte di “coautoria” e di “autoria mediata” (*commits...jointly with another or through another person*), che in sistemi quale quello italiano, promotori di un modello monistico di concorso, varrebbero piuttosto come contributo ad una fattispecie plurisoggettiva eventuale¹⁰⁹. Non sembra tuttavia derivarne la possibilità di punire quella che, dalla visuale di un ordinamento come il nostro, potrebbe dirsi una partecipazione meramente tentata. Coordinando le anzidette indicazioni normative, la soglia di rilevanza viene infatti a coincidere con il caso di chi “*attempts to commit a crime jointly with another person*”, e di chi “*attempts to commit a crime through another person*”. In entrambe le ipotesi, dunque, si pretende l’effettiva realizzazione di un *attempt of commission*, e se ne estende l’imputazione a coautori o autori mediati. Si tratta di figure di *individual responsibility* ancora pienamente riconducibili alle logiche di un “concorso nel tentativo”¹¹⁰.

¹⁰⁸ *Ex plurimis* V. MILITELLO, *op. cit.*, 195 ss.; G. WERLE-F. JESSBERGER, *op. cit.*, 58 ss.

¹⁰⁹ Cfr. M. COSTI, *Autoria e forme di partecipazione criminosa*, in E. Amati e altri, *Introduzione*, 4^a ed., cit., 84 ss.

¹¹⁰ Una tematizzazione di questi profili non è possibile in questa sede; essa, comunque, dovrebbe di necessità muovere dalla complessa argomentazione di C. ROXIN circa il “*Versuch des mittelbaren Täters*” e il “*Versuch des Mittäters*” (*op. cit.*, 406 ss., 429 ss.).

4. Macro- e micro-tentativo. Ragioni e implicazioni della distinzione

Precisati i tratti generali del crimine internazionale tentato, può adesso tornarsi a ragionare con maggior cognizione di causa della dicotomia tra macro- e micro-tentativo, sperando di farne meglio apprezzare la funzione euristica.

4.1 - Il “macro-tentativo”

Per macro-tentativo deve quindi intendersi un’attività orientata, senza esito, a concretizzare una *collective violence* corrispondente a uno degli *chapeaux* tipici dei crimini internazionali, prima ancora del singolo atto individuale. Si può prendere a modello un tentativo di quell’attacco esteso o sistematico contro le popolazioni civili che qualifica i crimini contro l’umanità, o di quel conflitto armato in cui si contestualizzano i crimini di guerra, o, ancora, il tentativo di concretizzare quel *pattern* massivo di azioni orientate alla distruzione del gruppo che connota il crimine di genocidio, almeno secondo alcune letture supportate dagli *Elements of Crimes*¹¹¹ (la fattispecie di aggressione merita una considerazione a parte: *infra*, §5).

Il macro-tentativo potrà riconoscersi solo ove le conflittualità che si è contribuito a scatenare e/o implementare, pur rivelando un orientamento oggettivo e soggettivo verso la realizzazione del *contextual element*, ancora risulti frammentaria e ridotta, non avendo guadagnato quelle connotazioni, né raggiunto quel livello di estensione, intensità e sistematicità, che consentano di ritenere perfezionato detto requisito. L’importante è che quanto compiuto renda l’elemento contestuale di più probabile verifica, e sia esteriormente – obiettivamente, inequivocabilmente – apprezzabile come finalizzato a quello scopo, evidenziando un intento di consumazione ormai plausibilmente sottratto a ripensamenti. Requisiti di idoneità e univocità che non appare semplicissimo declinare in rapporto a vicende massive e complesse, per loro natura diffuse nel tempo e nello spazio, come quelle che connotano il *Gesamttat* del crimine internazionale¹¹². Di sicuro, il “macro tentativo” ha come *perpetrator* elettivo soggetti al vertice di strutture politiche, amministrative, militari, che godano di consistenti mezzi, di adeguato potere, e della capacità di governare – con le modalità di un’autoria, o coautoria, mediata¹¹³ – le scelte di azione di quella molteplicità di persone che serve per mettere in atto una *collective violence* criminosa, o comunque una

¹¹¹ V. *supra*, nt. 95.

¹¹² Cfr. però, *mutatis mutandis*, G. DE FRANCESCO, *Profili critici*, cit., 111 s.

¹¹³ Riguardo alle figure della autoria, coautoria e autoria mediata (*committing*) nel diritto internazionale penale e nello ICC - St in particolare, e alla loro distinzione rispetto alle varie ipotesi di carattere

violenza bellica, che aspiri a essere organizzata, estesa e sistematica.

Si consideri, a mo' di esempio, l'articolata progettazione, da parte dei membri di un esecutivo, di un *widespread or systematic attack directed against any civilian population*. Fintantoché tale ideazione dovesse rimanere nei verbali di qualche riunione di governo, in termini molto generici, essa non potrebbe ritenersi un "passo importante" verso la consumazione, per difetto di idoneità. Detto "passo importante" potrebbe reputarsi compiuto, però, per la sopravvenuta collaborazione di chi abbia il controllo dei mezzi materiali e degli uomini utili al fine (ad es. i vertici dell'esercito). Qualora questa collaborazione non dovesse attuarsi, si configurerebbe un mero "tentativo di concorso" (tentativo di ottenere una collaborazione esecutiva), come tale irrilevante. Se, invece, la collaborazione dell'esercito intervenisse, e però l'attacco venisse sventato, ipotizziamo, dall'intervento militare di uno Stato limitrofo, potremmo ritenere i membri del governo responsabili per coautoria, e autoria mediata – ovvero, in subordine, per ordine o istigazione – di un (macro) tentativo di perpetrazione di crimini contro l'umanità.

Tale imputazione dovrebbe però riferirsi, più precisamente, a quelle azioni individuali (normalmente più di una) che costituiscano diretta espressione e conseguenza del piano di realizzazione dell'elemento di contesto attribuibile a quei soggetti. Se, in effetti, l'*individual element* è un profilo imprescindibile per una qualificazione criminosa dell'illecito internazionale, il macro-tentativo non potrà assumere rilievo ove non implichi la realizzazione (anch'essa tentata, oppure consumata) di singole condotte tipiche. Torna in quest'ottica utile quella implicita funzione "imputazionale" della relazione tra contesto, di cui i vertici sono direttamente promotori, e atto individuale, da chiunque commesso ma "funzionale" al contesto, che come si è visto venne ampiamente sperimentata nei giudizi di Norimberga (*supra*, §2.3): con la differenza che, oggi, bisognerebbe guardarsi da quegli automatismi nell'allocazione delle responsabilità allora in parte consentiti dall'istituto della *conspiracy*. Almeno per quanto concerne i crimini contro l'umanità, v'è peraltro da immaginare che l'implementazione di un attacco esteso e sistematico contro la popolazione civile implichi di per sé stessa la realizzazione (almeno tentata) di singole violenze riconducibili a uno dei "fatti individuali" tipizzati nell'art. 7 StICC (se non altro *sub specie* di "altri atti inumani": art. 7 [1] [k]); analoga valutazione si può compiere riguardo al (controverso)

più prettamente "concorsuale" (*ordering, soliciting, inducing, aiding, abetting, otherwise assisting*), rinviamo, per tutti, a M. COSTI, *op. ult. cit.*, 84 ss.

elemento di contesto del genocidio, che di per sé sottende la realizzazione di una pluralità di *individual acts* criminosi.

Meno scontata la questione riguardo alle figure delittuose delineate nell’art. 8 ICC-St. Invero, non necessariamente un “tentativo di conflitto armato” comporta trasgressioni dello *ius in bello* penalmente significative. Si potrebbe obiettare come l’art. 8 (1) ICC - St sembri pretendere che tali trasgressioni, oltre a inserirsi funzionalmente in un conflitto nazionale o internazionale, costituiscano parte di un *plan or policy*, o, ancora, di una commissione su larga scala di simili crimini. Se anche quest’ultimo elemento dovesse intendersi come “di contesto” in senso stretto, esso per definizione presupporrebbe la realizzazione di atti individuali criminosi. Secondo una diffusa lettura, tuttavia, il *plan or policy element* svolge piuttosto la funzione di un criterio giurisdizionale, strumentale all’attivazione della competenza specifica della Corte penale internazionale su fatti che si qualificano come crimine internazionale di guerra anche a prescindere da un loro inquadramento entro una realizzazione massiva di altri comportamenti analoghi¹¹⁴.

4.2 - Il “micro-tentativo”

Con il termine “micro-tentativo” suggeriamo invece di etichettare atti volti alla realizzazione di una di quelle singole condotte criminosi che, se relazionate al contesto, attribuiscono valenza penalistica al crimine internazionale, rappresentandone elemento essenziale. Il contesto dovrà nondimeno sussistere – e gli atti dovranno ad esso tipicamente correlarsi, dal punto di vista oggettivo e soggettivo – altrimenti quell’atto criminoso sarà privo di una valenza internazionale.

Si può far riferimento, per intendersi, a un tentato omicidio, un tentato stupro, una tentata tortura, inquadrati in un più ampio attacco esteso e sistematico alla popolazione civile.

Salvo quando si tratti di *individual acts* che, per la loro portata tipica, pretendono una realizzazione multisoggettiva con il contributo di figure di vertice (si pensi allo “sterminio”, alla “deportazione”, all’“apartheid”), il “micro-tentativo” sarà normalmente realizzabile da “pesci piccoli”, esecutori collocati alla base di quella piramide

¹¹⁴ F. MONETA, *op.cit.*, 21; G. WERLE -F. JESSBERGER, *op. cit.*, 255; R. SICURELLA, *op. cit.*, 195.

gerarchica che rappresenta una caratteristica fenomenologicamente ricorrente del crimine internazionale¹¹⁵. È improbabile che il capo politico o militare aggredisca con le sue stesse mani le vittime del suo progetto criminoso su ampia scala, per consumare o tentare fattispecie offensive della vita o di altri beni di singoli individui. Più realistico congetturare un concorso a vario titolo (istigazione e ordine *in primis*) della figura di vertice nel microtentativo di crimine internazionale di un subordinato, quando non ipotesi di autoria o coautoria mediate (*supra*, § 3.6).

4.3 - Interferenze tra “micro-” e “macro-tentativo”

La proposta distinzione tra “macro-” e “micro-tentativo” mira, altresì, a scongiurare possibili errori di prospettiva. Non è infatti detto che, quando ancora non sia pienamente realizzato l’elemento di contesto, l’atto aggressivo perpetrato dal singolo esecutore possa rilevare soltanto come crimine “comune”, di diritto interno; né è vero che il “tentativo” di omicidio, o di stupro, o di altro singolare *Einzeltat*, rappresenti sempre e necessariamente, tutt’al più, un “micro-tentativo”.

Nella misura in cui si ritenga configurabile un concorso nel tentativo di crimine internazionale (v. *supra* § 3.6), anche il singolo autore privo d’ogni ruolo apicale, e sprovvisto di speciali mezzi e potere, potrà rispondere quale *partecipe nel macro-tentativo altrui*, qualora con i suoi pur circoscritti atti di violenza contribuisca dinamicamente all’auspicata realizzazione del contesto. Tanto potrà asserirsi, ovviamente, solo nel caso in cui il progetto generale di sopraffazione, al quale si offre supporto, superi la soglia di rilevanza desumibile dall’art. 25 (3) (f) ICC.

In altri termini – ammesso e non concesso che, in quel tempo, potesse dirsi già criminoso un tentativo di crimine internazionale – nell’ipotesi in cui la programmata aggressione genocida in Ruanda si fosse arrestata in una fase molto anticipata, quando non ancora sufficientemente diffusa e connotata (magari per quell’intervento salvifico delle Nazioni Unite che, purtroppo, non ci fu), avrebbero potuto rispondere di (macro-) tentativo gli organizzatori apicali del mancato massacro, e di concorso (*aiding or abetting*) nello stesso (macro)tentativo coloro che, accogliendo le sollecitazioni superiori, avessero già iniziato a dar sfogo ai *machete*. La responsabilità di questi ultimi, dunque, avrebbe potuto esser messa a fuoco anche da una giurisdizione internazionale,

¹¹⁵ A. CERETTI, *Collective Violence and International Crimes*, in *The Oxford Companion*, cit., 11; F. NEUBACHER, *op. cit.*, 33 ss.

contrariamente a quanto si sarebbe potuto superficialmente dedurre in ragione della non piena integrazione di un contesto genocidario. Per la stessa ragione, anche ove costoro avessero aggredito violentemente un concittadino Tutsi provando ad ucciderlo, senza però riuscirci, non avrebbero dovuto rispondere soltanto di tentato omicidio “comune”, tantomeno di (micro)tentativo di crimine internazionale (difettando, in quel momento, l’integrazione del contesto), bensì di concorso nel macrotentativo altrui, purché simile aggressione apparisse *ex ante* funzionale allo strutturarsi del contesto tipico del genocidio poi, invece, non perfezionatosi. Quel che si è appena asserito serve insomma, principalmente, a far guadagnare rilievo internazionale a ciò che, altrimenti, potrebbe apparire dotato di un significato soltanto alla stregua del diritto penale interno.

Quanto alle ricadute sulla fase del *sentencing*, bisogna tuttavia fare attenzione a possibili sperequazioni. Quando l’azione delittuosa (consumata o solo tentata) di una singola persona si correli a un contesto già pienamente integrato (si pensi a un agente di polizia che uccida, o tenti di uccidere, un comune cittadino, contribuendo così a ulteriormente implementare l’attacco esteso e sistematico alla popolazione civile), apparirebbe a dir poco barocco qualificarla alla stregua di un “concorso” nel crimine internazionale dei soggetti di vertice (comandanti supremi delle forze di polizia, ad es.) dotati della capacità di governo dell’elemento di contesto. Una simile condotta rappresenta, piuttosto, la forma ordinaria, paradigmatica, di “autoria” di un crimine internazionale consumato.

Ebbene, simile condotta – quantunque sussumibile nell’*Einzeltat* e non nell’elemento di contesto, che ne costituisce soltanto una preconditione – valendo come attuazione in prima persona di un crimine internazionale “perfezionato” in ogni suo estremo oggettivo e soggettivo, andrà tendenzialmente considerata più grave della condotta di chi, col proprio atto violento, individualmente “partecipi” all’implementazione poi mancata dell’elemento di contesto, trattandosi pur sempre, quest’ultimo caso, di una mera *partecipazione* (non di un’autoria) in un crimine *altrui*, oltretutto meramente *tentato*, per quanto nelle forme di un “macro-tentativo”.

5. Il “caso a sé” del tentativo di aggressione

La struttura della fattispecie di aggressione (art. 8-*bis* ICC - St) non è del tutto comparabile a quella degli altri *core crimes*, in ragione di peculiarità che si riverberano, a ritroso, sulla eventuale configurazione del relativo *attempt*. In effetti, sebbene

questo crimine più di recente attribuito alla giurisdizione della Corte penale internazionale abbia una duplice dimensione, componendosi di un comportamento individuale strumentale a una più ampia violazione dello *ius ad bellum*¹¹⁶, il rapporto tra i due termini non è esattamente lo stesso che intercorre, altrove, tra un elemento di contesto e un *Einzeltat*, cioè una condotta virtualmente monosoggettiva e realizzabile in ambiti relazionali limitati. Anche l'atto individuale tipico ai sensi dell'art. 8-*bis* (1) ICC - St assume, infatti, una portata necessariamente "macroscopica", in quanto causalmente orientato a (e non soltanto contestualizzato entro) la realizzazione dell'attacco militare da parte dello Stato.

Tanto premesso, si potrebbe semplicemente ritenere che, in quest'ambito, il tentativo assuma sempre e necessariamente fattezze "macro-", a partire dal soggetto attivo: è lo stesso art. 25 (3-*bis*) ICC St a individuare come autore del crimine di aggressione soltanto chi operi «...*in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State*» (c.d. "clausola di *leadership*"¹¹⁷).

Problematica, tuttavia, è la stessa configurabilità/punibilità di un tentativo di aggressione. È vero che l'art. 25(3 *bis*) si correla a ogni possibile forma di realizzazione riconducibile a una *individual responsibility*, dunque, sembrerebbe, anche al tentativo, in effetti contemplato nel comma immediatamente precedente. A più attenta lettura, simile disposizione potrebbe però ritenersi riferita implicitamente soltanto ai casi di autoria, o alle forme della responsabilità concorsuale. Invero, l'art. 8 *bis* ICC-St, nel combinato disposto con il corrispondente *element* (3) degli *Elements of Crimes*, quando definisce condotte che per loro stessa natura si collocano in una fase preliminare all'aggressione (*planning, preparation, initiation*), lascia intendere che esse si fanno tipiche a condizione che si attui, poi, quell'aggressione verso la quale tendevano (anche in questo, echi di Norimberga: v. *supra*; § 2.3). Ebbene, questa clausola potrebbe intendersi come derogatoria rispetto a quella in tema di *attempt*, e di valenza generale; quasi che, nell'occuparsi di ipotesi che potrebbero altrimenti considerarsi *inchoate crimes* paragonabili a un tentativo, lo Statuto avesse premura di precisare come, *in ogni caso*, la punibilità di condotte preparatorie debba intendersi subordinata all'effettiva consumazione dell'aggressione, da quelle condotte dipendenti¹¹⁸.

¹¹⁶ A. DI MARTINO, *Il crimine ottativo. Per un'esegesi penalistica del crimine internazionale di aggressione*, in *Criminalia*, 2012, 567.

¹¹⁷ E. MACULAN, *Il crimine di aggressione*, in E. Amati e altri, *Introduzione*, 4^a ed., cit., 448 s.

¹¹⁸ Lo sostenevamo già in A. VALLINI, *Il tentativo*, in E. Amati-M. Costi-E. Fronza-P. Lobba-E. Maculan, *Introduzione al diritto penale internazionale*, 3^a ed., Torino, 2016, 210. Lo propone, oggi, J. DE

Una simile interpretazione sistematica potrebbe trovare un sostegno, ancora una volta, nel principio di offensività, che sta alla base dell'istituto stesso del tentativo, e a cui si ispira lo Statuto di Roma. Invero, ritenere rilevante un mero *attempt* di condotte come quelle di “pianificazione”, “organizzazione” e “inizio dell'atto”, che già di per sé intercettano comportamenti molto anticipati, significherebbe in definitiva attingere contegni collocati nell'area dei meri atti preparatori, rispetto al momento in cui si realizzano l'aggressione e il suo disvalore meritevole di reazione penale internazionale¹¹⁹. In questo senso si comprende la scelta del *Draft Code* del 1996 della *International Law Commission* di negare esplicitamente l'estensione dell'*attempt* (artt. 2[3] [g]) al crimine di aggressione (cfr. l'art. 2 [2], in rapporto all'art. 16, e 2 [3], in rapporto agli artt. 17, 18, 19, 20).

Da non trascurare, poi, le esigenze di plausibilità e opportunità di cui si è più volte detto (*supra*, § 2.2.), le quali vivamente sconsigliano di scomodare lo strumento in sé problematico della giustizia penale sovranazionale, per stigmatizzare atti politici molto lontani dal determinare un pericolo per la pace, sebbene nelle intenzioni indirizzati verso quell'esito¹²⁰.

HEMPTINNE, *op. cit.*, 344 s., chiamando a sostegno i lavori della Conferenza di Kampala. L'autore, peraltro, ritiene possibile che taluno risponda a livello individuale di “tentata commissione” dell'aggressione, laddove il suo contributo, pur avendo *ex ante* i requisiti dell'*attempt*, si sia rivelato *ex post* irrilevante, ma detta aggressione sia stata comunque perpetrata dallo Stato di riferimento. Afferma, altresì, l'irrelevanza di un atto di aggressione tentato da parte di uno stato: C. KRESS, *The State Conduct Element*, in C. Kress-S. Barriga (cur.), *The Crime of Aggression – A Commentary*, Cambridge, 2017, 538 ss. Ritene invece punibile il tentativo di aggressione, sul presupposto che la previsione di cui all'art. 8 *bis* (la quale, in combinato con gli *Elements of Crimes*, impone che l'atto di aggressione debba necessariamente verificarsi per punirne anche solo la pianificazione) non interferisca con quella di cui all'art. 25(3) *bis*. R.S. CLARK, *General Principles of International Criminal Law*, in C. Kress-S. Barriga (cur.), *The Crime of Aggression*, cit., 618.

¹¹⁹ K. AMBOS, *Treatise*, I, cit., 263 s. Muovendo da una diversa impostazione, v. altresì A. LIÑAN LA-FUENTE, *op. cit.*, 345 s.

¹²⁰ V. A. DI MARTINO, *op. ult. cit.*, 570 s. a parer del quale il delicatissimo confine tra atti di rilievo penale e atti politici verrebbe tracciato (anzi, rimesso alla discrezionalità giudiziaria), prima ancora che dalla descrizione del crimine di aggressione, dalle “ampie virtualità applicative” della disposizione dell'art. 25(3) *bis* ICC - St. Osserva J. DE HEMPTINNE, *op. cit.*, 352, che se non vi è prova dell'esistenza di una consuetudine internazionale sul tentativo di aggressione, niente esclude che una simile consuetudine possa affermarsi in seguito all'approvazione del cd. emendamento di Kampala.