

L'ISTIGAZIONE INEFFICACE TRA IRRILEVANZA PENALE E PERICOLOSITÀ SOCIALE

di Adriano Martufi

Nota a [Trib. Milano, Uff. Indagini preliminari, 25 ottobre 2012, giudice Bertoja](#)

SOMMARIO: 1. Riepilogo della vicenda processuale. – 2. L'elemento soggettivo nella fattispecie di istigazione inefficace e i presupposti per l'accertamento della pericolosità sociale. – 3. Gli elementi essenziali della condotta di istigazione inefficace. – 4. L'istigazione accolta e il problematico accertamento del nesso causale. – 5. L'istigazione non accolta e i requisiti di idoneità e univocità della condotta. – 6. L'irrilevanza delle condotte prodromiche alla conclusione dell'accordo e la soluzione di taluni ulteriori casi problematici.

1. Riepilogo della vicenda processuale

I fatti da cui trae origine la sentenza in commento¹ risalgono al settembre 2010 e si svolgono nel contesto del procedimento di separazione instaurato da un noto imprenditore del settore alimentare in seguito alla scoperta delle relazioni extraconiugali intrattenute dalla moglie. Pochi giorni dopo il deposito del ricorso, infatti, l'uomo veniva a sapere da una giovane amica che l'ormai ex-consorte, per il tramite di un legale, si era a lei rivolta per sondarne la disponibilità a deporre il falso nel giudizio di separazione. Più in particolare, la donna prometteva alla giovane una somma non inferiore a 500.000 euro qualora quest'ultima avesse falsamente dichiarato, una volta citata quale testimone, di essere stata l'amante del marito. La ragazza aveva tuttavia rifiutato la proposta, rispondendo di non essere mai stata l'amante dell'uomo e di non volere dichiarare il falso neppure dietro un così lauto compenso. La ritenuta gravità dei fatti convinceva perciò l'imprenditore a presentare querela nei confronti della moglie e dell'avvocato che l'aveva coadiuvata nell'istigazione della giovane. Sulla base degli elementi di prova raccolti, il Pubblico Ministero chiedeva il rinvio a giudizio dei due indagati in relazione al quasi reato di cui all'art. 115 c. 4 c.p., costituito, in ipotesi accusatoria, dall'istigazione non accolta alla falsa testimonianza. Come noto, infatti, nel caso in cui il reato oggetto di istigazione non sia commesso e l'incitazione a commetterlo non venga accolta, l'istigatore può essere sottoposto a misura di sicurezza ove se ne evidenzia la pericolosità sociale².

¹ Trib. Milano, Uff. ind. prel., 25 ottobre 2012, in *Corr. merito.*, 2013, p. 173 ss. con osservazioni di G.L. GATTA.

² Come noto, infatti, il codice vigente prevede la possibilità di applicare la misura di sicurezza a soggetti classificati come socialmente pericolosi non solo laddove costoro abbiano commesso un reato, ma altresì nei casi in cui venga posta in essere una condotta che appaia come «un sicuro indizio di pericolosità

In sede di udienza preliminare, tuttavia, emergevano circostanze tali da far dubitare della reale volontà istigatrice della donna, all'apparenza del tutto persuasa dell'esistenza di una relazione sentimentale tra il coniuge e la giovane. Dalle dichiarazioni rese al giudice dalla moglie e dalla stessa ragazza emergeva, infatti, come tra quest'ultima e l'uomo fossero in corso da mesi contatti strettissimi, tali da indurre l'imprenditore all'esborso di cospicue somme di denaro a titolo di liberalità in favore della giovane. In base a questi elementi appariva dunque plausibile ritenere che la moglie del facoltoso imprenditore nutrisse il sospetto che tra il coniuge e la ragazza esistesse, o fosse esistita, una relazione sentimentale. Sospetti confermati dalla scoperta di messaggi di testo dal tono apertamente affettuoso con cui la giovane manifestava la propria riconoscenza per i doni e i favori ricevuti dall'anziano uomo d'affari. Tale ricostruzione trovava ulteriore riprova nelle dichiarazioni rese al giudice dell'udienza preliminare dalla giovane donna, la quale asseriva come, nell'ambito della proposta ricevuta, non si fosse mai accennato all'eventuale falsità delle dichiarazioni da rendere in qualità di testimone. Gli elementi di prova raccolti nel corso delle indagini e le prove acquisite in udienza preliminare inducevano quindi il giudice a ritenere che gli imputati non fossero consapevoli della falsità delle dichiarazioni richieste con conseguente assenza del dolo di istigazione³.

criminale». Queste ultime fattispecie, tradizionalmente denominate di «quasi reato», sono il reato impossibile (art. 49 c. 2 c.p.), l'accordo per commettere un delitto (art. 115 c. 1 c.p.), l'istigazione accolta a commettere un reato (art. 115 c. 3 c.p.) e l'istigazione non accolta a commettere un delitto (art. 115 c. 4 c.p.). Nel caso di accordo per commettere un delitto, il giudice, valutata la pericolosità sociale dei partecipi, può irrogare la misura di sicurezza nei confronti di tutti o di alcuni di questi. Quanto all'istigazione, è necessario distinguere a seconda che essa venga o meno accolta. Nel primo caso, infatti, la misura di sicurezza potrà applicarsi sia all'istigatore che all'istigato mentre l'oggetto dell'istigazione potrà consistere tanto in un delitto quanto in una contravvenzione. Nel secondo caso, invece, la misura si applica al solo istigatore e l'oggetto dell'istigazione deve necessariamente essere costituito da un delitto. In questo senso depone la diversa formulazione dei commi 3 e 4 dell'art. 115: mentre quest'ultima disposizione fa riferimento ai soli delitti, la prima parla esplicitamente di «istigazione a commettere un reato». Così, da ultimo, B. ROMANO, *Le apparenti deroghe all'art. 115 c.p. alla luce del principio di specialità*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3393. Un orientamento dottrinale minoritario ritiene invece che, anche laddove l'istigazione venga accolta, essa assuma rilievo soltanto se rivolta alla commissione di un delitto; G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1988, p. 753 ss.; P. TONINI, *Istigazione, tentativo, partecipazione*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Vol. III, Milano, 1984, p. 1593. Quanto alla misura di sicurezza applicabile alle ipotesi di quasi reato essa è costituita - in forza del combinato disposto degli artt. 215 e 229 c.p. - dalla libertà vigilata. Non sono mancate, tuttavia, soluzioni eterodosse (e non sempre in linea con il principio di legalità) tese ad ammettere il ricorso alla confisca anche per le fattispecie di quasi reato, cfr. Trib. Foggia, 4 marzo 2004, in *Giur. mer.*, 2004, p. 1417 con nota di E. INFANTE, *La diversa graduazione del principio di legalità in materia penale in ordine ai beni della libertà personale e del patrimonio in un'originale decisione del Tribunale di Foggia sul tentativo di contraffazione di monete*, p. 1418 ss.

³ Malgrado l'art. 115 c.p. escluda in linea di massima la punibilità delle condotte di istigazione e accordo rimaste sterili, è fatta salva la possibilità per il legislatore di elevare l'istigazione a fattispecie autonoma di reato. Come noto, i reati di «istigazione autonoma» previsti dalla parte speciale del codice e dalla legislazione complementare, possono suddividersi a seconda che si tratti di istigazione a commettere delitti ovvero di istigazione a tenere particolari attività illegittime ma non costituenti reato. Sotto questo profilo, il giudice esclude correttamente che i fatti esposti potessero integrare il delitto di intralcio alla giustizia di cui all'art. 377 c.p. - consistente nell'induzione a commettere i reati previsti dagli articoli 371-bis, 371-ter, 372 e 373 - dato che la giovane non risultava ancora essere stata citata quale testimone nel giudizio di separazione tra i coniugi. In base a una costante giurisprudenza richiamata dalla pronuncia in

Nei paragrafi che seguono si esamineranno criticamente le argomentazioni del giudice di merito circa l'insussistenza del dolo di istigazione (*infra* par. 2), per poi procedere a una più dettagliata analisi delle ipotesi di quasi reato di cui all'art. 115 c.p. In particolare, sembra utile chiarire quali siano i confini che separano l'istigazione di cui all'art. 115 c.p. da quelle forme di interazione psichica che, per il loro particolare grado di sviluppo, risultano invece del tutto irrilevanti per il diritto penale, non potendo essere assunte neppure quali indici di pericolosità sociale⁴. Come si tenterà di dimostrare nel prosieguo, infatti, le condotte di accordo e istigazione rimaste sterili presuppongono sempre una serie di atti preparatori che ne costituiscono il logico antecedente. Sennonché, come pure si dirà in seguito, tali ultime condotte non sembrano poter venire in rilievo quale presupposto per l'applicazione della misura di sicurezza, in ragione della considerevole distanza che le separa dalla commissione del reato. A questo fine si cercherà di precisare quali siano gli elementi costitutivi della condotta istigatoria (*infra* par. 3), soffermandosi in particolare sulle differenze che intercorrono tra istigazione accolta e non accolta nonché, più in generale, sulla distinzione tra istigazione e accordo per commettere un reato (*infra* par. 4-5). Una volta esaurita tale disamina sarà possibile affrontare alcune ipotesi tradizionalmente dibattute di atti prodromici all'istigazione e all'accordo, per stabilire se ad esse possano applicarsi le disposizioni dell'art. 115 c.p. (*infra* par. 6).

2. L'elemento soggettivo nella fattispecie di istigazione inefficace e i presupposti per l'accertamento della pericolosità sociale

La pronuncia in commento, nell'escludere la sussistenza del quasi reato di cui all'art. 115 c. 4 c.p., si sofferma in particolare sulla configurabilità del dolo di istigazione. Si osserva infatti come «l'elemento soggettivo del reato istigato non può che costituire l'aspetto soggettivo dell'istigazione». Ciò equivale a dire che chi istiga alla commissione di un fatto deve rappresentarsi altresì che quest'ultimo integri una fattispecie di reato⁵. L'istigazione alla falsa testimonianza richiede dunque, insieme alla

commento, infatti, «non integra il delitto in esame colui che induce a rendere falsa testimonianza chi sia stato solo indicato come testimone, ma non ne sia ancora stata autorizzata la citazione in tale veste». Sul punto, per tutti, Cass. sez. un., 30 ottobre 2002, n. 37503, *Vanone*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 43 ss. In particolare, nel processo civile, «non integra il delitto di subornazione la condotta di colui che induce a rendere falsa testimonianza chi sia stato solo indicato come testimone nel ricorso [...] atteso che in tale momento questi non ha ancora assunto formalmente la qualifica di teste», Cass. sez. IV, 26 giugno 2009, n. 35150, *Manto*, in *Ced*, rv. 244699.

⁴ Trattasi dunque di condotte sottratte non soltanto all'irrogazione di una sanzione penale, ma persino all'ambito di applicazione delle «fattispecie di sicurezza» di cui agli artt. 49 e 115 c.p. con conseguente inapplicabilità della misura. Al riguardo, sarebbe dunque più corretto parlare di «irrilevanza criminale» delle condotte medesime. Nel medesimo senso, G. VASSALLI, voce *Quasi reato*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 36.

⁵ Tale soluzione, come ovvio, non vale per le fattispecie autonome di istigazione in cui il fatto istigato presenta rilevanza penale. Si pensi, per tutti, al delitto istigazione e aiuto al suicidio di cui all'art. 580 c.p., dove la condotta oggetto di istigazione è rappresentata da un «atto giuridicamente tollerato» e non penalmente illecito; sul punto F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, Padova, 2008, p. 120-121.

volontà di determinare un soggetto a compiere la deposizione, la piena consapevolezza della non veridicità delle dichiarazioni che la persona viene incitata a rendere. Il fatto di indurre taluno a deporre il vero – ovvero a deporre ciò che si ritiene essere vero – non può perciò dare luogo all’applicazione di una misura di sicurezza, facendo difetto quel grado minimo di colpevolezza necessario a imputare all’autore un determinato comportamento. Si tratta di una soluzione coerente con il principio secondo il quale la fattispecie di istigazione si caratterizzerebbe sempre per la presenza di un doppio dolo (*Doppelvorsatz*)⁶. L’istigatore, infatti, oltre a voler determinare o rafforzare il proposito criminoso dell’esecutore, deve altresì volere cagionare la commissione del fatto istigato. Va da sé, quindi, che non potrà aversi dolo qualora il partecipe non si rappresenti l’illiceità penale della condotta oggetto di istigazione.

La pronuncia in epigrafe manca tuttavia di precisare se la condotta istigatoria – ove rilevi quale fattispecie di quasi reato – debba necessariamente essere sorretta dal dolo intenzionale o possa invece ammettersi anche in presenza del solo dolo eventuale. Si tratta di una lacuna che non desta certo stupore se riguardata alla luce dell’assai ridotta elaborazione giurisprudenziale e dottrinale in tema di istigazione inefficace. E del resto, anche in materia di concorso di persone, appare del tutto prevalente l’impostazione volta a privilegiare un’analisi delle note oggettive del concorso morale, a detrimento dell’individuazione dei profili soggettivi dell’istigazione. Sennonché, può notarsi come proprio in tema di concorso di persone sia venuto delineandosi un orientamento teso a riconoscere la configurabilità della partecipazione morale in presenza del dolo eventuale⁷. Nell’ambito dell’istigazione inefficace, tuttavia, l’accadimento che il soggetto si rappresenta come conseguenza puramente eventuale della propria condotta non è costituito dalla commissione del reato istigato, ma dal rafforzamento della determinazione criminosa del potenziale esecutore⁸. Basti pensare al caso del soggetto che, manifestando a taluno la propria inclinazione a delinquere, si rappresenti come possibile o probabile l’effetto di rafforzare l’altrui determinazione a commettere un reato, accettandone il rischio.

⁶ Secondo questa impostazione, particolarmente diffusa nella dottrina tedesca, l’istigatore deve volere determinare l’istigato alla commissione del reato e deve altresì volere causare la commissione del fatto principale. Sul punto, cfr., da ultimo, K. KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 2005, p. 661. In Italia, F. ARGIRÒ, *Le fattispecie tipiche di partecipazione*, Napoli, 2012, p. 249; P. COCO, *L’imputazione del contributo concorsuale atipico*, Napoli, 2008, p. 296-297.

⁷ Per primo, H. WELZEL, *Das Deutsche strafrecht*, Berlin, 1965, p. 105. In Italia la dottrina prevalente è attestata, con diversità di accenti, nel senso di ritenere che i principi generali in tema di rapporti tra dolo e fatto tipico valgono anche con riguardo al dolo dell’istigatore, cfr., per tutti, M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, p. 99. Resta fermo, inoltre, come, proprio in tema di concorso morale, sia venuto delineandosi un orientamento dottrinale che, avuto riguardo alla particolare natura della condotta istigatoria, intende il dolo di istigazione in senso «necessariamente ampio». Sul punto, cfr. S. SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1123 ss; C. DE MAGLIE, *Teoria e prassi dei rapporti tra reati associativi e concorso di persone nei reati-fine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 953.

⁸ Per definizione, infatti, ai fini della configurabilità della fattispecie di quasi reato non è richiesta la lesione del bene giuridico tutelato, sicché l’accertamento del dolo non potrà in alcun modo riguardare la circostanza che il soggetto si sia rappresentato o meno la verifica dell’evento tipico del reato istigato.

Alla luce di quanto appena esposto, non paiono dunque condivisibili quelle sporadiche pronunce di merito in cui si è affermata la strutturale incompatibilità tra istigazione e dolo eventuale sul solo presupposto che la prima costituirebbe un'attività di collegamento motivazionale inconciliabile con il paradigma dell'accettazione del rischio⁹. Piuttosto, sembra legittimo chiedersi se il dolo eventuale sia compatibile con una fattispecie come quella descritta dall'art. 115 cc. 3 e 4 c.p., i cui elementi oggettivi risultano – come meglio vedremo in seguito – ricavabili dalla disciplina del tentativo. È noto infatti come parte autorevole della dottrina ritenga non configurabile¹⁰ (o quanto meno non ammissibile¹¹) il dolo eventuale nel delitto tentato, stante l'inconciliabilità del dolo indiretto con il requisito dell'univocità degli atti¹². Non potendo in questa sede affrontare diffusamente tale impegnativo quesito teorico, ci si limiterà ad osservare che, se si ritiene il requisito dell'univocità inconciliabile con la struttura del dolo eventuale, si dovrebbe altresì negare che tale particolare forma del dolo possa configurarsi in relazione alle condotte istigatorie, dal momento che queste, per essere tali, debbono risultare idonee ed univoche rispetto all'insorgenza o al rafforzamento del proposito criminoso (*infra* par. 5)¹³.

Un'ultima interessante questione – lasciata necessariamente inevasa dalla pronuncia in commento¹⁴ – riguarda l'eventualità che il dolo del partecipe abbracci unicamente il tentativo del reato istigato. Come la dottrina più risalente non ha mancato di evidenziare, infatti, il dolo di istigazione deve necessariamente avere ad oggetto la commissione del reato in forma consumata. In altri termini, non potrà aversi

⁹ Da ultimo Trib. Bari, sez. riesame, sent. 8 aprile 2010 in *DeJure*; ma vedi altresì Ass. Roma, sent. 5 marzo 1981 in *Giur. it.*, 1981, f. 11, con nota di A. NAPPI, *Pubblicazione di documenti a scopo informativo e istigazione a delinquere: limiti di punibilità*.

¹⁰ Esclude la configurabilità del dolo eventuale nel tentativo M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959, p. 207 ss. Nella manualistica si veda T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2006, p. 73 il quale nota che «se la direzione non equivoca degli atti postula sempre [...] la precisazione del delitto secondo il piano criminoso dell'agente, il nodo problematico consiste nello stabilire se l'evento delittuoso di cui l'agente si rappresenta la possibilità, possa costituire il punto di riferimento finalistico della direzione non equivoca degli atti». Nello stesso senso, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2009, p. 434 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 468 ss.

¹¹ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008, p. 482 ss. il quale, pur negando l'incompatibilità strutturale abitualmente rilevata dai fautori dell'orientamento in discorso, reputa condivisibile l'opzione di politica criminale che esclude la punibilità del tentativo a titolo di dolo eventuale perché «nell'ipotesi in cui l'evento non si sia verificato, punire il tentativo per il solo fatto che il soggetto si è rappresentato ed ha accettato le ulteriori - ma non attualizzate - potenzialità offensive della sua condotta, significherebbe estendere il tentativo fino a farlo coincidere con la semplice possibilità obiettiva di verificazione dell'evento indipendentemente dalla direzione finalistica della volontà verso il risultato non prodotto».

¹² Sul punto si vedano però i recenti studi di S. BELTRANI, *La compatibilità del dolo eventuale con il delitto tentato tra orientamenti e disorientamenti*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1724 ss.; A. CANEPA, *Dolo eventuale e tentativo: possibilità e limiti di una compatibilità*, in *Ind. pen.*, 2009, p. 492 ss.

¹³ In dottrina questa problematica è stata solo marginalmente evocata da R. PALMIERI, *Osservazioni in tema di istigazione a delinquere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 1038.

¹⁴ Il problema della ammissibilità del dolo di tentativo nel reato istigato non poteva infatti venire in rilievo nell'ipotesi *de qua*, dal momento che per il delitto oggetto di istigazione – la falsa testimonianza – è unanimemente esclusa la configurabilità del tentativo. Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, Bologna, 2008, p. 373 ss.

istigazione laddove il partecipe agisca con il solo dolo di tentativo. In assenza della rappresentazione e della volontà dell'evento tipico, infatti, non può prefigurarsi «una partecipazione dolosa a delitto altrui e tanto meno una partecipazione dolosa a delitto tentato»¹⁵. Il tema si lega inestricabilmente a quello della responsabilità dell'agente provocatore, cioè colui che, istigando ovvero offrendone l'occasione, provoca la commissione di reati onde farne punire i responsabili¹⁶. A giudizio di alcuni autori, in effetti, l'agente andrebbe in tali casi esente da pena dal momento che la condotta di partecipazione sarebbe commessa in assenza di dolo¹⁷. A tale conclusione si giunge se si tiene conto della complessa struttura che caratterizza il dolo di istigazione (vedi *supra*)¹⁸: il provocatore, infatti, vuole determinare l'istigato alla commissione del fatto ma non vuole che il reato si consumi, con il conseguente venir meno del secondo collegamento di volontà necessario a imputare il fatto all'agente provocatore.

3. Gli elementi essenziali della condotta di istigazione inefficace

Come già si è anticipato, il giudice di merito, ritenendo risolutiva l'insussistenza dell'elemento soggettivo, non si è preoccupato di appurare l'eventuale assenza – nella fattispecie concreta – degli elementi costitutivi della condotta istigatoria. In questa sede, tuttavia, può essere utile procedere a una più accurata analisi della condotta tipica, stanti le incertezze che da sempre accompagnano la ricostruzione delle note oggettive della fattispecie di istigazione inefficace. L'elaborazione teorica dedicata alla disciplina dell'art. 115 c.p. sembra infatti, nel complesso, avere lasciato in ombra il problema dei limiti alla punibilità dell'istigazione quale fattispecie di quasi reato. Una scelta questa, sia detto per inciso, del tutto comprensibile e verosimilmente dovuta alla maggior attenzione dedicata al tema dell'istigazione in materia di tentativo e di concorso di persone¹⁹. Dall'assenza di una

¹⁵ G. BETTIOL, *Sul tentativo di partecipazione delittuosa*, in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, p. 90.

¹⁶ Si veda, nell'ambito di una vasta letteratura, R. DELL'ANDRO, voce *Agente provocatore*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 864 ss.; E. CALIFANO, *Agente provocatore*, Milano, 1964; C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., *passim*; M. NUNZIATA, *La punibilità del c.d. agente provocatore*, in *Ind. pen.*, 1991, p. 639 ss.

¹⁷ Sul punto C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore*, cit., p. 359-360 cui si rinvia per un'accurata ricostruzione degli ulteriori modelli di soluzione al problema della responsabilità dell'agente provocatore (p. 325 ss.).

¹⁸ Come si è ricordato, infatti, l'istigatore, oltre a voler determinare o rafforzare il proposito criminoso dell'esecutore, deve altresì volere cagionare la commissione del fatto istigato; cfr. *supra* in questo paragrafo.

¹⁹ Denuncia la minor attenzione rivolta all'istigazione quale fattispecie di quasi reato, V. MORMANDO, *L'istigazione. I problemi generali della fattispecie e i rapporti con il tentativo*, Padova, 1995, p. 60. La disciplina codicistica dell'accordo e dell'istigazione inefficaci è stata infatti tematizzata dapprima nell'ambito del tentativo, e in seguito – prevalentemente – nel quadro dell'elaborazione relativa al concorso di persone. Sul punto, si rinvia all'esposizione degli orientamenti di pensiero di B. Petrocelli e R. Latagliata, ampiamente richiamati anche dalla manualistica successiva (cfr. *infra* nota 23). Da ultimo, merita attenzione l'originale posizione di L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo a uno studio delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001 e S. CAMAIONI, *Riflessioni su «tentativo di concorso nel reato» e «tentativo di reato in concorso»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1069 ss. i quali ritengono che l'art. 115 c.p. operi – almeno per quanto riguarda i primi tre commi – quale limite generale alla punibilità del concorso nel delitto tentato.

precisa delimitazione formale della fattispecie di istigazione sterile, tuttavia, discende il rischio di una tendenziale smaterializzazione della condotta tipica. Un'eventualità, questa, quanto mai esiziale, se si considera che il quasi reato, oltre a costituire un indice di pericolosità sociale, è in quanto tale un fatto da cui derivano conseguenze sanzionatorie limitative della libertà personale²⁰. Appare quindi corretto ritenere che per applicare la misura non sia sufficiente la prova di un mero atteggiamento interiore, ma occorra altresì verificare l'esistenza di una condotta che costituisca l'estrinsecazione lesiva della pericolosità sociale del soggetto²¹.

Se questo è vero, sembra dunque opportuno stabilire con esattezza oltre quale soglia l'attività di induzione psichica acquisti rilievo quale indice di pericolosità sociale. In altri termini, per evitare che possa irrogarsi una misura di sicurezza in assenza di un qualsivoglia sostrato di fatto, vanno individuati dei criteri utili a distinguere l'accordo e l'istigazione rimasti sterili da quelle forme di interazione psicologica che, pur costituendo il logico presupposto di questi ultimi, non sono sufficienti a fondare un giudizio sulla pericolosità del loro autore. Siffatta operazione interpretativa si rivela tuttavia poco agevole dal momento che i concetti di accordo e istigazione – come da tempo evidenziato in dottrina – si caratterizzano per una connaturale capacità di espansione logica, prestandosi a ricomprendere una lunga serie di atti ad essi logicamente sottesi e che possono rilevare autonomamente anche al di fuori del concorso di persone nel reato²². Tale intuizione pare confermata da quella

²⁰ R. PALMIERI, *Profili essenziali della condotta istigatoria*, Milano, 1968, p. 130. Del resto, se l'istigazione potesse accertarsi in presenza di una semplice volontà colpevole, verrebbe meno il principale elemento differenziale tra tale fattispecie e quella del reato putativo, rappresentato appunto dall'inidoneità di quest'ultimo a costituire un indice di pericolosità del suo autore. Per considerazioni in questo senso, si veda V. MORMANDO, *L'istigazione. I problemi generali della fattispecie e i rapporti con il tentativo*, cit., p. 62 ss.

²¹ Così, in particolare, R. PALMIERI, *Profili essenziali della condotta istigatoria*, cit., p. 130 il quale osserva come l'applicazione della misura potrebbe giustificarsi non già in base a una condotta che si limiti a offrire la prova di un mero atteggiamento psicologico, ma solo a fronte di un comportamento che di «quell'atteggiamento [...] fornisca una prova per così dire qualificata proprio dalla circostanza di esserne l'esteriore estrinsecazione, cioè il complesso fenomenologico più immediatamente e inequivocabilmente riconducibile a quell'atteggiamento medesimo, alla scelta dell'agente». A questa stessa conclusione, del resto, altri autori pervengono valorizzando un'interpretazione sistematica degli artt. 199, 202 e 203 c.p., a mente dei quali il giudice, per apprezzare la pericolosità sociale del soggetto e irrogare la misura, dovrebbe sempre fare riferimento a un «fatto» di quasi reato valutato alla stregua dei criteri di cui all'art. 133 c.p., cfr. V. MORMANDO, *L'istigazione. I problemi generali della fattispecie e i rapporti con il tentativo*, cit., p. 63. Sul punto vedi però le precisazioni di I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, cit., pp. 304-305. Quanto ai risvolti processuali di questa impostazione si veda Cass. sez. I, 28 dicembre 1994, n. 6234, in *Ced*, rv. 200536 ove si afferma che, in presenza di un "quasi reato", «essendo necessario accertare la responsabilità del prevenuto in ordine al fatto contestato e la sua pericolosità sociale, il relativo procedimento deve concludersi con l'emanazione di una sentenza [di proscioglimento] (art. 205 cod. pen.), emessa a seguito di contraddittorio fra le parti ed assistita dagli ordinari mezzi di impugnazione». Questa giurisprudenza è opportunamente richiamata dalla pronuncia in commento la quale, però, evidenzia come il passaggio alla fase dibattimentale – oggi previsto all'art. 422 c. 4 c.p.p. – debba intervenire solo laddove il giudice «si convinca che la formula dell'eventuale sentenza di non luogo a procedere sarebbe "il fatto non è previsto dalla legge quale reato", mentre in ogni caso di proscioglimento con formula più favorevole la sentenza di non luogo a procedere deve considerarsi del tutto legittima».

²² Per un tale rilievo, da ultimo, S. CAMAIONI, *Riflessioni su «tentativo di concorso nel reato» e «tentativo di reato in concorso»*, cit., p. 1086.

nota impostazione dottrinale a mente della quale l'art. 115 c.p. sancirebbe un generale principio di irrilevanza penale degli atti preparatori, integrando la disciplina sul tentativo dettata all'art. 56 c.p.²³ A giudizio della tesi richiamata i concetti di istigazione e accordo non potrebbero infatti ridursi a significare delle categorie chiuse, ma costituirebbero «la sintesi e il punto di arrivo di tutti quegli atti intermedi che ne rendono possibile la formazione e l'accoglimento»²⁴.

L'orientamento di pensiero prevalente reputa tuttavia che dalla previsione di cui all'art. 115 c.p. non possa farsi discendere alcun principio di portata generale, dovendosi ritenere all'opposto che la disposizione in discorso si limiti a escludere la punibilità delle sole attività di accordo e istigazione rimaste sterili²⁵. Il legislatore avrebbe cioè voluto eccezionalmente sottrarre all'area della rilevanza penale le condotte di accordo e istigazione inefficaci, altrimenti suscettibili di risultare idonee e univoche alla stregua dell'art. 56 c.p., stante la dilatazione dell'ambito di punibilità del tentativo sancita dal codice del 1930²⁶. Tale soluzione, pur risultando maggiormente in sintonia

²³ B. PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Padova, 1955, p. 76. La tesi enunciata è stata talora richiamata in giurisprudenza per escludere la punibilità ex art. 56 c.p. degli atti ritenuti meramente preparatori, cfr. Cass. sez. I, 24 settembre 2008, n. 40058, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 859 ss. con nota di F. CINGARI, *Gli incerti confini del tentativo punibile*, p. 861 ss. Critiche all'impostazione di Petrocelli, sono state sviluppate anzitutto da R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Pompei, 1964, p. 21 ss. il quale osserva come la non punibilità degli atti prodromici non discenda dall'art. 115 c.p. ma da un più generale principio di «irrilevanza giuridico-penale degli atti di semplice preparazione». In questo senso, dunque, l'art. 115 c.p. apporterebbe una deroga alla regola appena enunciata, prevedendo la possibilità di applicare una misura di sicurezza per le sole ipotesi di accordo e istigazione inefficaci.

²⁴ Da questi rilievi la dottrina citata desume un più generale principio di non punibilità degli atti preparatori, sul presupposto che non sarebbe coerente escludere la rilevanza penale dell'accordo e dell'istigazione e ritenere invece assoggettabili a pena atti prodromici compiuti da un solo individuo. A sostegno di un tale assunto l'Autore richiama la sostanziale identità di natura tra l'una e l'altra categoria di atti preparatori; difatti, in base «al procedimento logico *a maiori ad minus*, essendo ben chiaro che se l'accordo e l'istigazione costituiti dall'attività di più persone e, quindi, di maggiore gravità sociale e morale sono dalla legge dichiarati non punibili, a più forte ragione devono ritenersi non punibili gli atti se compiuti da un solo individuo»; cfr. B. PETROCELLI, *Il delitto tentato*, cit., p. 81. La tesi in commento, ha senz'altro il merito di aver per prima dimostrato la frazionabilità delle condotte di istigazione e accordo, rivelando come il momento in cui si forma l'effettivo collegamento tra più soggetti sia sovente preceduto da forme di interazione verbale o reale, in relazione alle quali non è ancora possibile parlare di «tentativo di partecipazione». Si faccia l'esempio di chi indichi al potenziale partecipe la cifra a lui spettante, quale profitto del reato, per convincerlo ad aderire al sodalizio criminoso. Si tratta di uno degli atti di cui si compone l'attività di induzione dell'istigatore ma che, di per sé solo, non sembra in grado di integrare la fattispecie di istigazione sterile ex art. 115 c.p. (sul punto, vedi *infra* par. 5).

²⁵ Sul punto, R. PALMIERI, *Osservazioni in tema di istigazione a delinquere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 1028-1035; P. TONINI, *Istigazione, tentativo, partecipazione*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, cit., p. 1597. Nello stesso senso già G. VASSALLI, voce *Accordo*, in *Enc. dir.*, Vol. I, Milano, 1958, p. 302.

²⁶ Determinata, come noto, dal ritenuto superamento della distinzione tra atti preparatori ed esecutivi e dalla conseguente anticipazione della tutela a un momento anteriore a quello dell'inizio dell'esecuzione. In questo senso sono schierate la dottrina e la giurisprudenza ormai prevalenti, si veda sul punto, I. GIACONA, *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, Torino, 2000, p. 6 ss. (in particolare nota 11 ss.), cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali. Non mancano comunque, ancora oggi, prese di posizione ancorate alla distinzione tra atti preparatori ed esecutivi; cfr. da ultimo in giurisprudenza Cass. sez. II, 13 marzo 2012, n.12175, in questa *Rivista*, 1 giugno 2012, con nota di A. GIUDICI, [Tentativo e atti preparatori: una questione sempre aperta](#).

con la genesi storica e la *ratio* della vigente disciplina del tentativo²⁷, lascia tuttavia irrisolto il problema dei limiti di applicazione della fattispecie di istigazione inefficace. Se infatti alla luce della ricostruzione proposta, appare innegabile che la condotta istigatoria possa in taluni casi attingere la soglia del tentativo punibile, più controverso è stabilire quale sia il grado minimo oltre il quale talune manifestazioni vengono in rilievo quale presupposto per l'accertamento della pericolosità sociale. In altre parole, ci sembra, la lettura prevalente data all'art. 115 c.p. consente di individuare il massimo grado di sviluppo della «complicità tentata», ma non offre criteri risolutivi per stabilire quale sia il livello minimo di articolazione che istigazione e accordo debbono possedere per dare luogo all'applicazione di una misura di sicurezza.

Per provare ad elaborare un primo tentativo di soluzione è comunque preferibile – raccogliendo l'invito di una attenta dottrina – esaminare partitamente le diverse ipotesi di illecito prefigurate dalla più volte citata disposizione del codice penale²⁸. Almeno in via di prima approssimazione, infatti, non sembra possibile giungere a una risposta univoca per ciascuna delle eterogenee fattispecie di quasi reato ivi delineate. In primo luogo, è quindi opportuno esaminare la struttura oggettiva delle fattispecie di istigazione inefficace distinguendo a seconda che si tratti di incitazione accolta ovvero non accolta: il legislatore, prevedendo una distinta disciplina per i due casi, sembra infatti aver voluto tenere conto del diverso grado di evoluzione della condotta verso la rilevanza penale (vedi *infra* par. 4-5). Solo una volta conclusa tale indagine sarà possibile offrire dei criteri di giudizio per la risoluzione di taluni casi problematici, onde stabilire se ad essi possano applicarsi le disposizioni dell'art. 115 c.p. (vedi *infra* par. 6).

4. L'istigazione accolta e il problematico accertamento del nesso causale

Al fine di individuare la soglia minima di rilevanza della condotta di istigazione inefficace sembra dunque utile distinguere a seconda che l'incitazione a commettere un reato sia stata accolta o meno. La prima delle due fattispecie, in particolare, ricorre quando «il partecipe pone in essere oggettivamente e soggettivamente tutto ciò che costituisce l'atto di partecipazione, sebbene manchi un autore principale a perpetrare il reato»²⁹. In altre parole, la disposizione descrive una condotta di partecipazione compiuta e munita di efficacia causale rispetto all'accoglimento del proposito criminoso³⁰; come è stato correttamente osservato, dunque, ai fini della fattispecie di quasi reato l'accoglimento funge da elemento

²⁷ Sul punto si veda, per tutti, P. TONINI, *Istigazione, tentativo, partecipazione*, cit., p. 1596 ss. il quale ricostruisce la *ratio* della disposizione a partire dalla Relazione al progetto definitivo del codice, da cui chiaramente risulta «l'intento legislativo di considerare fuori degli atti di tentativo, anche nella forma più ampia accolta, e quindi non passibili di pena, tutti quegli atti di istigazione o di accordo che non siano seguiti da altre manifestazioni di attività» (cfr. *Relazione del Guardasigilli*, in *Lavori preparatori*, Vol. V, parte I, Roma, 1928-1929, p. 101).

²⁸ In questo senso, L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., p. 221 ss.

²⁹ G. BETTIOL, *Sul tentativo di partecipazione delittuosa*, cit., p. 88.

³⁰ In questo senso, L. RISICATO, *Combinazione e interferenza tra forme di manifestazione del reato*, cit., p. 228-229.

tipizzante della condotta istigatoria³¹. Per poter ritenere integrata la fattispecie di cui all'art. 115 c. 3 c.p.³² il giudice dovrà perciò accertare l'avvenuto accoglimento dell'istigazione. Quest'ultima situazione si verifica laddove l'attività persuasiva sia valsa a fare assumere al destinatario una determinazione che sino ad allora non aveva maturato. Secondo l'impostazione tradizionale, infatti, l'accoglimento dell'istigazione coincide con l'acquisizione del proposito criminoso da parte del soggetto istigato ovvero con il rafforzamento di una predisposizione al reato già esistente³³.

Ne consegue che per poter applicare la misura di sicurezza, non potrà farsi a meno di accertare l'esistenza di un legame tra l'attività di induzione psichica e l'accoglimento dei motivi ad agire prospettati dall'istigatore. A tal proposito – recependo l'insegnamento di autorevole dottrina³⁴ – ci si può limitare ad osservare come, nell'ambito del concorso morale, il nesso causale si articola sempre «in un duplice passaggio», consistente nella causazione del proposito criminoso in capo al soggetto istigato e, successivamente, nell'esecuzione di tale proposito da parte dell'istigato stesso³⁵. Ciò si evince, *a contrario*, anche dal disposto dell'art. 115 c. 3 c.p., in base al quale la punibilità è esclusa qualora l'istigazione sia stata accolta, *ma* la persona che l'ha recepita non abbia commesso il reato programmato. Ci sembra dunque che l'accertamento della fattispecie di istigazione accolta imponga al giudice il difficile compito di constatare l'esistenza di una relazione eziologica tra la manifestazione in cui si concreta l'attività di induzione psichica e l'accoglimento del proposito criminoso³⁶. In assenza di essa, infatti, mancherebbe il primo momento del rapporto di causalità psicologica e non sarebbe possibile applicare la misura di sicurezza nei termini di cui all'art. 115 c. 3 c.p.³⁷ A tal proposito è doveroso sottolineare, tuttavia,

³¹ V. MORMANDO, *L'istigazione*, cit., p. 80 nota 6; L. VIOLANTE, voce *Istigazione*, in *Enc. dir.*, Vol. XXII, Milano, 1972, p. 991.

³² Con la conseguente impossibilità di applicare la misura di sicurezza tanto all'istigatore quanto all'istigato e l'irrelevanza dell'istigazione a commettere una contravvenzione. Pone correttamente in evidenza la diversa disciplina prevista per le due fattispecie P. TONINI, *Istigazione, tentativo, partecipazione*, cit., p. 1586.

³³ Vedi, per tutti, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Vol. II, Torino, 1981, p. 558 ss.; P. TONINI, *Istigazione, tentativo, partecipazione*, cit., p. 1585; L. VIOLANTE, voce *Istigazione*, cit., p. 991 quest'ultimo autore, in particolare, equipara l'ipotesi della determinazione al caso in cui l'istigatore introduca delle varianti al programma criminoso che vengano puntualmente recepite dal soggetto istigato.

³⁴ R. FRANK, *Der strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 1931, I, p. 119; e, nella dottrina italiana, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2009, p. 425-426.

³⁵ Sul punto si veda anche S. SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione nel reato*, cit., p. 1127.

³⁶ In questo senso, L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1406, secondo cui l'art. 115 c. 3 c.p. «indica come atto di concorso l'istigazione che sia stata accolta, e perciò impone un accertamento di fatto, consistente nel valutare se l'autore materiale, da una parte, abbia effettivamente recepito l'istigazione e, dall'altra, abbia tratto da essa impulso e stimolo per portare a termine l'attività esecutiva o per realizzare un preesistente proposito criminoso». Sul punto, vedi da ultimo P. COCO, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, cit., p. 267.

³⁷ In sintesi, dunque, la fattispecie di istigazione accolta non potrà dirsi integrata senza un'opportuna verifica *a posteriori* del legame causale intercorrente tra l'induzione e il successivo accoglimento del proposito criminoso. Più controverso è stabilire se la condotta di istigazione *de quo* debba altresì sottostare a un giudizio di idoneità. Tale quesito si lega alla tradizionale classificazione dogmatica dell'istigazione inefficace quale tentativo di concorso (per tutti, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Vol. VI, Torino, 1983,

quanto risulti problematico individuare i criteri attraverso cui accertare la sussistenza del nesso causale, stanti le ambiguità che da sempre caratterizzano la categoria della causalità psichica³⁸.

Non ci si può nascondere, inoltre, come anche la prova dell'effettivo accoglimento dell'istigazione possa rivelarsi in concreto assai ardua. L'accertamento della ricezione del proposito criminoso – laddove questa non sia seguita dalla commissione del reato – incontra infatti dei limiti di ordine strutturale e prasseologico. Quanto ai limiti di ordine strutturale, è sufficiente rammentare come la condotta del soggetto istigato non possa mai tradursi in atti dotati dei requisiti dell'idoneità e dell'univocità, posto che altrimenti l'istigazione finirebbe per venire in rilievo a titolo di concorso nel delitto tentato. E del resto, una condotta che giungesse fino al compimento di atti prodromici quali l'acquisto dell'arma ovvero lo studio dell'abitudini della vittima designata potrebbe invero già risultare conforme allo schema del tentativo punibile³⁹. Quanto invece ai limiti di ordine prasseologico, va osservato come – anche in conseguenza della loro necessaria inidoneità e non univocità rispetto al delitto istigato – i fatti su cui si fonda la prova dell'accoglimento possano rivelarsi talora incerti e controvertibili. Il rischio, ancora una volta, è che la misura di sicurezza finisca per essere applicata in assenza di un qualsivoglia fondamento

p. 162; R. A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, Vol. III, Torino, 1958, p. 115, vedi *infra*), soluzione da cui scaturisce la necessità di chiarire se i requisiti di struttura tipici del delitto tentato debbano necessariamente ricorrere anche nelle fattispecie di quasi reato di cui all'art. 115 c.p. (in tal senso, R. PALMIERI, *Osservazioni in tema di istigazione a delinquere*, cit., p. 1033; V. MORMANDO, *L'istigazione. I problemi generali della fattispecie e i rapporti con il tentativo*, cit., p. 62-64). A ben vedere, tuttavia, nel caso di cui all'art. 115 c. 3 c.p. il giudizio sull'idoneità dell'istigazione sembrerebbe già assorbito dall'accertamento dell'esistenza di un nesso causale tra la condotta di induzione e il suo accoglimento da parte del soggetto istigato (in questo senso chiaramente, C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Milano, 1952, p. 79). Spazio per un giudizio sull'idoneità della condotta potrebbe residuare soltanto ove si volesse compiere una valutazione prognostica circa l'attitudine della sollecitazione psichica (non solo a determinare o rafforzare la volontà dell'esecutore, ma anche) ad agevolare la realizzazione del reato istigato. Si pensi al caso dell'incitazione a commettere un furto supportata anche da una serie di minuziosi consigli tecnici che facciano ritenere possibile, sulla base di una valutazione *ex ante*, la commissione del fatto.

³⁸ La «consistenza impalpabile» della causalità psichica ha infatti condotto numerosi autori a dubitare della sua natura propriamente causale (cfr. O. GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 2002, p. 634). In estrema sintesi, mentre una parte della dottrina ha ritenuto di potere ricondurre la causalità psichica al paradigma delle relazioni *causali* (F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione casuale nel diritto penale*, Milano, 1973, p. 105 ss.; S. SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione nel reato*, cit., p. 1123 ss.) altri autori hanno preferito spiegare il rapporto tra istigazione e condotta esecutiva in termini essenzialmente *prognostici* (F. ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della fattispecie criminosa*, in *Ind. pen.*, 1977, p. 403 ss.; M. RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale. In particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 815 ss.). Per una sintesi delle posizioni dottrinali relative a questo controverso tema, si veda L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, p. 2 ss.

³⁹ Vedi, tuttavia, V. MORMANDO, *L'istigazione. I problemi generali della fattispecie e i rapporti con il tentativo*, cit., p. 102 ss. secondo il quale sarebbe possibile anticipare il giudizio sull'idoneità e l'univocità della condotta sino al momento in cui venga accolta la volontà dell'istigatore, non potendo quest'ultima essere considerata come un mero «atto preparatorio».

obiettivo, conducendo il giudice a fondare il giudizio di pericolosità sociale sulla sola base della volontà colpevole dell'istigatore⁴⁰.

5. L'istigazione non accolta e i requisiti di idoneità e univocità della condotta

Maggiori problemi, da un punto di vista ricostruttivo, si pongono in relazione alla condotta di istigazione non accolta. La fattispecie di cui all'art. 115 c. 4 c.p. appare in effetti tipizzata in modo meno stringente rispetto a quella descritta dal comma precedente, non consentendo di individuare con altrettanta esattezza i contorni della condotta istigatoria. Sotto questo profilo, l'unico elemento strutturale che sia possibile evincere con chiarezza dalla disposizione codicistica è rappresentato, in negativo, dal mancato accoglimento dell'opera di persuasione dell'istigatore. Occorre dunque ricercare altrove gli elementi necessari a individuare la soglia oltre la quale il condizionamento psichico trasmoda in un fatto di quasi reato. Al riguardo, la soluzione più convincente ci sembra quella di ricavare le note descrittive della condotta istigatoria dalla disciplina del tentativo. Secondo l'impostazione maggiormente accreditata in dottrina, infatti, l'istigazione non accolta costituisce una forma di «tentativo di partecipazione»⁴¹, la cui punibilità andrebbe esclusa in ragione dell'espressa previsione di cui all'art. 115 c.p.⁴². In questa prospettiva, dunque, l'incitazione non recepita si configura, pur sempre, come una condotta idonea e univoca rispetto alla partecipazione a commettere un reato⁴³.

⁴⁰ Un tale pericolo, va detto, sembra almeno in parte ridimensionato dalla scarsissima frequenza con cui l'art. 115 c.3 ricorre nella prassi. Tra le poche pronunce reperibili si veda Cass. sez. I, 5 luglio 2013, n. 35778 in *Ced*, rv. 256310, che annulla l'impugnata ordinanza di custodia cautelare relativa a gravi indizi di colpevolezza per tentato omicidio, riqualificando la fattispecie concreta quale istigazione accolta ex art. 115 c. 3 c.p.

⁴¹ Al riguardo occorre tuttavia distinguere la posizione di coloro i quali riconducono a questa figura dogmatica tutte le ipotesi di accordo e istigazione rimasti sterili (cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Vol. VI, cit., p. 162; R. A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, cit., p. 115; B. CAVALIERI, *L'accordo e l'istigazione rimasti sterili*, cit., p. 865-866) e quella di quanti ritengono invece che di partecipazione tentata possa parlarsi soltanto con riferimento all'istigazione non accolta (G. BETTIOL, *Sul tentativo di partecipazione delittuosa*, cit., p. 60; L. RISICATO, *Combinazione e interferenza tra forme di manifestazione del reato*, cit., p. 226-229; S. CAMAIONI, *Riflessioni su «tentativo di concorso nel reato» e «tentativo di reato in concorso»*, cit., p. 1069 ss.). La dottrina italiana è invece pressoché unanime nel ritenere penalmente irrilevante la «complicità tentata», stante l'assenza di un autonomo disvalore penale degli atti di partecipazione. Sul punto convergono tanto la teoria dell'accessorietà, quanto l'ormai prevalente tesi della fattispecie plurisoggettiva eventuale. Soltanto un'isolata opinione dottrinale è parsa ventilare l'esistenza di un autonomo «disvalore sociale» dell'atto di partecipazione nella sua accezione di fattispecie autonoma risultante dalla combinazione tra le clausole di incriminazione suppletiva di cui agli artt. 56 e 110 c.p. e la norma di parte speciale. In questo senso, cfr. R. PALMIERI, *Osservazioni in tema di istigazione a delinquere*, cit., p. 1032 nota 36 il quale sembra perciò aprire all'ipotesi della punibilità del tentativo di partecipazione.

⁴² Oltre che l'assenza di ogni efficacia causale rispetto al reato principale, con conseguente venir meno dell'elemento-cardine su cui si fonda la clausola di estensione della punibilità dell'art. 110 c.p., cfr. L. RISICATO, *Combinazione e interferenza tra forme di manifestazione del reato*, cit., p.228.

⁴³ Così, assai chiaramente, S. CAMAIONI, *Il concorso di persone nel reato*, Milano, 2009, p. 382.

La soluzione proposta, tuttavia, non sembra fugare del tutto i dubbi relativi al grado minimo di sviluppo che la sollecitazione psichica deve possedere per integrare la fattispecie di quasi reato. Vi è stato infatti chi, in anni recenti, ha ritenuto di poter inquadrare nell'ambito della fattispecie di cui all'art. 115 c. 4 c.p. anche casi in cui l'attività persuasiva non sia stata portata a termine⁴⁴. In quest'ottica, per esempio, dovrebbe ritenersi un indice di pericolosità sociale anche la lettera a contenuto istigatorio che non giunga a destinazione per via in un disguido postale o perché sia stata intercettata. Senonché, a conclusioni diverse può giungersi ove si valorizzino i requisiti di idoneità e univocità della istigazione tentata, tenendo ferma la necessità di legare l'applicazione della misura a una condotta che costituisca l'estrinsecazione lesiva della pericolosità del soggetto. A questo fine, occorre chiedersi, tuttavia, quale sia il significato da attribuire a tali elementi di struttura nell'ambito delle fattispecie di induzione psichica, stante l'impossibilità di ricollegarne l'accertamento a un potenziale e futuro disvalore d'azione o d'evento come accade per il delitto tentato. Solo una volta risolto tale quesito, sarà possibile precisare come possa articolarsi il giudizio sull'idoneità e l'univocità degli atti di istigazione.

Quanto all'idoneità, premesso che trattasi pur sempre di un giudizio di prognosi postuma da compiere *ex ante* e in concreto⁴⁵, appare utile chiarire quale sia il termine di riferimento in relazione al quale valutare l'attitudine lesiva della condotta. Sul punto, deve convenirsi con coloro i quali suggeriscono di non confondere l'idoneità propria delle fattispecie di istigazione con quella degli atti diretti a commettere il delitto istigato⁴⁶. Caratteristica del fenomeno istigatorio è infatti quella di incidere sul processo di formazione della volontà del soggetto incitato⁴⁷. Il termine di riferimento del giudizio di idoneità sarà perciò rappresentato non dall'evento del reato principale, ma dall'accoglimento dei motivi ad agire prospettati dall'istigatore. Più precisamente, l'idoneità delle condotte di istigazione sterili andrebbe intesa come predisposizione a

⁴⁴ L. RISICATO, *Combinazione e interferenza tra forme di manifestazione del reato*, cit., p. 226-229 la quale, richiamandosi al pensiero di Giuseppe Bettiol (G. BETTIOL, *Sul tentativo di partecipazione delittuosa*, cit.), asserisce come nel «tentativo di partecipazione» rettamente inteso debbano farsi rientrare soltanto i casi in cui l'attività istigatoria si arresti *in itinere*. Nello schema dogmatico della partecipazione tentata dovrebbe perciò ricomprendersi la sola fattispecie di istigazione non accolta (sul punto vedi più approfonditamente *infra* par. 6). Riteniamo tuttavia che ad approdi esegetici diversi possa giungersi se, nel ricostruire il fondamento della punibilità del concorso, si accoglie il modello proposto dalla teoria dalla fattispecie plurisoggettiva eventuale. In quest'ottica, infatti, la condotta concorsuale andrebbe intesa quale fattispecie autonoma e la sua tipicità andrebbe rapportata all'intero fatto realizzato in concorso, (cfr. per tutti R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956, p. 53 ss. e 72 ss.). Su queste basi, ci sembra più plausibile che la categoria del tentativo di partecipazione delittuosa possa abbracciare anche la fattispecie di istigazione accolta dato che pure in questo caso - in ragione della mancata commissione del reato istigato - la fattispecie plurisoggettiva non si perfeziona.

⁴⁵ È questa la posizione assolutamente maggioritaria in dottrina, cfr., esemplificativamente, B. PETROCELLI, *Il delitto tentato*, cit., p. 60; M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, cit., p. 156; I. GIACONA, *Il problema dell'accertamento dell'idoneità degli atti ex art 56 c.p., con particolare riferimento a un caso di tentativo di congiunzione carnale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 892 ss. in particolare p. 917.

⁴⁶ E. GALLO, *Il principio di idoneità nel delitto di pubblica istigazione*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1514 ss.

⁴⁷ B. OLIVERO, voce *Apologia e istigazione*, in *Enc. dir.*, Vol. II, Milano, 1958, p. 621.

fare sorgere o a rafforzare nel destinatario il proposito di commettere un delitto⁴⁸. Questa soluzione, del resto, sembra trovare conferma anche da un punto di vista sistematico. Nei casi in cui il legislatore ha elevato l'istigazione a fattispecie autonoma di reato, infatti, condizione per la rilevanza penale della condotta è che essa sia idonea a provocare la commissione di altri delitti⁴⁹. In sintesi, dunque, ove l'istigazione inefficace risulti inidonea a determinare la commissione del delitto programmato verrà senz'altro a mancare il presupposto fattuale per l'applicazione della misura di sicurezza⁵⁰.

Più problematico è invece ricostruire i criteri in base ai quali valutare l'idoneità della condotta di istigazione non accolta. Come noto, a esiti profondamente diversi può giungersi a seconda che nell'effettuare il giudizio di idoneità il giudice tenga conto delle sole circostanze conosciute o conoscibili da un osservatore avveduto al momento della condotta (c.d. giudizio *ex ante* a base parziale) ovvero di tutte le circostanze oggettivamente esistenti all'epoca dell'azione (c.d. giudizio *ex ante* a base totale). La scelta in favore del giudizio a base totale sembra preferibile ove si individui la *ratio* del tentativo punibile nella pericolosità della condotta e cioè nella sua idoneità di pervenire a consumazione⁵¹. Sennonché nel caso del tentativo di partecipazione, il

⁴⁸ B. OLIVERO, voce *Apologia e istigazione*, cit., p. 621; E. GALLO, *Il principio di idoneità nel delitto di pubblica istigazione*, cit., p. 1514 ss.

⁴⁹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 85 ss.; G. DE VERO, *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in *Dig. pen.*, VII, Torino, 1993, p. 293 ss. In giurisprudenza si veda, in tema di istigazione a delinquere *ex art.* 414 c.p., Cass., sez. I, 23 aprile 2012, n. 25833, in *Ced.*, rv. 253101; sez. I, 5 giugno 2001, n. 26907, in *Riv. pen.*, 2001, p. 820. Il requisito dell'idoneità appare del resto costituzionalmente necessitato, stante l'esigenza di delimitare l'ambito applicativo delle fattispecie di istigazione autonoma e apologia rispetto alle legittime forme di manifestazione del pensiero tutelate dall'art. 21 Cost. Sul punto si veda per tutti C. Cost., sent. 23 aprile 1974, n. 108, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 444.

⁵⁰ A questa conclusione, con specifico riferimento all'istigazione quale fattispecie di quasi reato, dovrebbe giungersi – secondo alcuni Autori – anche sulla base di un raffronto tra la formulazione letterale degli art. 115 e 56 c.p. e quella dell'art. 49 c.p. L'inciso «ma il reato non è stato commesso» di cui all'art. 115 c.p. sembra infatti strutturalmente più affine alla formula impiegata dal legislatore all'art. 56 c. 1 c.p. «se l'azione non si compie o l'evento non si verifica» che non a quella dell'art. 49 c. 2 c.p. «quando [...] è impossibile l'evento dannoso o pericoloso». Nelle ipotesi di istigazione e di tentativo, il legislatore sembrerebbe infatti riferirsi a un reato che non si realizzi per ragioni estrinseche alla condotta istigatoria, la cui idoneità intrinseca parrebbe invece confermata dall'utilizzo della proposizione avversativa introdotta da «ma». La mancata commissione del reato, in altre parole, «lungi dall'essere un fatto logicamente connesso, appare addirittura contraddittorio», cfr. L. VIOLANTE, voce *Istigazione*, cit., p. 991. Analogamente, con riferimento all'ipotesi di cui all'art. 115 c. 4 c.p., altri Autori sottolineano come dal presupposto del mancato accoglimento dell'istigazione non potrebbe dedursi «la conseguenza che anche l'istigazione non idonea ricada nella sanzione dell'art. 115 c.p., perché col detto presupposto la legge prevede soltanto che l'istigazione pur essendo idonea, non sia risultata tale in concreto»; cfr. B. CAVALIERI, *L'accordo, l'istigazione a reato rimasti sterili*, cit., p. 874. Diversa sembra la posizione di L. RISICATO, secondo la quale l'istigazione rimasta sterile costituirebbe una condotta «oggettivamente inidonea» ad esporre a pericolo il bene giuridico, cfr. L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., p. 239.

⁵¹ In questo senso una dottrina autorevole ma ancora minoritaria, cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 459 ss.; I. GIACONA, *Il concetto di idoneità nella struttura del delitto tentato*, cit., p. 38 ss.; F. ANGIANI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Milano, 1994, p. 302 ss.; G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1123 ss. *Contra*, da ultimo, S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2012, p. 994 ss.

giudizio prognostico non potrà mai essere impostato in termini di possibilità o probabilità di consumazione del delitto dal momento che, per definizione, la partecipazione non seguita dalla commissione di un reato si risolve in un atto atipico. Le istanze di offensività sottese al giudizio a base totale possono tuttavia essere recuperate se si considera la necessità di ancorare la pericolosità sociale a una condotta comunque suscettibile di dare vita a un pericolo in senso oggettivo (vedi *supra* par. 3)⁵². Ciò si verifica, in particolare, laddove la sollecitazione psichica esercitata dall'istigatore appaia in grado di fare convergere verso la commissione del delitto anche la volontà di altri soggetti. Pertanto, la condotta sarà idonea laddove, alle luce delle circostanze esistenti al momento del fatto, si evidenzia la probabilità che la manifestazione dell'istigatore possa essere accolta dando vita a un «idoneo collegamento motivazionale tra intelligenze»⁵³.

Per integrare la fattispecie di quasi reato, occorre altresì che l'attività persuasiva del soggetto presenti il carattere dell'univocità. Se l'accertamento degli estremi della condotta istigatoria si arrestasse alla verifica della sola idoneità, infatti, si finirebbe per fare dipendere la pericolosità di tale comportamento da una valutazione incentrata sulla sola probabilità di accoglimento dell'istigazione⁵⁴. Una simile valutazione si rivelerebbe però assai poco selettiva, non consentendo di valorizzare la connessione dinamica esistente tra i singoli atti preparatori e l'eventuale commissione del fatto da parte del soggetto istigato. Al fine di acquisire un indice suppletivo di rilevanza della condotta istigatoria occorre dunque riferirsi, come già nella prospettiva del tentativo, al requisito della direzione univoca degli atti. Solo così, infatti, sarà possibile accertare se il condizionamento psichico esercitato dal soggetto agente presenti un coefficiente minimo e concreto di pericolosità. D'altra parte, se è vero che il requisito dell'idoneità, indicando una situazione oggettiva di pericolo, consente di distinguere le manifestazioni propriamente istigatorie da altre irrilevanti forme di interazione psicologica, il requisito dell'univocità permette dal canto suo di selezionare, tra le varie

⁵² Vedi ancora V. MORMANDO, *L'istigazione. I problemi generali della fattispecie e i rapporti con il tentativo*, cit., p. 63 e p. 79-82. Nelle fattispecie autonome di istigazione, il giudizio di idoneità si ricollega invece all'accertamento del pericolo per l'oggettività giuridica tutelata, cfr. B. OLIVERO, voce *Apologia e istigazione*, cit., p. 621.

⁵³ Cioè a un'interazione psichica tra soggetti che risulti apprezzabile ai fini dell'eventuale accertamento della causalità psicologica. Non può invece convenirsi con coloro i quali sembrano ritenere che, nel caso di istigazione non accolta, l'idoneità della condotta istigatoria risieda, *in re ipsa*, nello stesso oggetto tipico di questa forma di istigazione, vale a dire la commissione di un delitto, cfr. V. MORMANDO, *L'istigazione. I problemi generali della fattispecie e i rapporti con il tentativo*, cit., p. 82. Non è possibile in questa sede affrontare il problematico quesito relativo al grado di probabilità necessario a ritenere idonea la condotta di «partecipazione tentata». Quanto alla distinzione tra i concetti di idoneità e pericolo, e al diverso grado di probabilità da essi implicato, si rinvia alle illuminanti riflessioni di F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., p. 258 ss. In giurisprudenza, esclude la pericolosità sociale quale conseguenza dell'inidoneità della condotta di istigazione non accolta, Trib. Ivrea, sent. 28 gennaio 2010, in *De Jure*.

⁵⁴ E ciò a prescindere dal fatto che l'idoneità coincida o meno con la pericolosità della condotta (in questo senso, per esempio, R. PALMIERI, *Profili essenziali della condotta istigatoria*, cit., p. 147, secondo cui idoneità e pericolosità esprimerebbero il medesimo grado di probabilità che un determinato soggetto «sia inserito in una dinamica che sfoci in un certo predeterminato risultato»). *Contra* V. MORMANDO, *L'istigazione. I problemi generali della fattispecie e i rapporti con il tentativo*, cit., p. 65.

espressioni idonee a indurre alla commissione di un fatto di reato, quelle finalisticamente dirette a determinarlo⁵⁵. In questo senso, in conformità all'impostazione oggettivistica ormai prevalente⁵⁶, l'univocità dell'istigazione dovrebbe essere valutata in ragione della sua prossimità logica e cronologica rispetto all'accoglimento del proposito criminoso⁵⁷.

6. L'irrelevanza delle condotte prodromiche alla conclusione dell'accordo e la soluzione di taluni ulteriori casi problematici

Giunti a questo punto, è possibile affrontare alcuni casi da sempre oggetto di dibattito, onde stabilire se possano venir ricompresi nelle fattispecie di istigazione inefficace di cui all'art. 115 c.p. e dar seguito, eventualmente, all'applicazione della misura di sicurezza.

a) *Il tentativo di accordo*. Può essere utile, anzitutto, esaminare l'ipotesi di chi infruttuosamente inviti taluno ad aderire a un accordo criminoso, mediante proposte o comunicando la propria determinazione a delinquere. Al riguardo, è bene soffermarsi sulle differenze tra l'istigazione e la fattispecie di accordo per commettere un reato di cui all'art. 115 c. 1 c.p. A giudizio dei più, mentre l'accordo si identifica con il *libero* incontro tra la volontà di più soggetti⁵⁸, l'istigazione si caratterizzerebbe invece per il *condizionamento* dell'altrui volontà in vista della commissione del delitto programmato⁵⁹. Questa distinzione, all'apparenza chiara, può tuttavia rivelarsi nella prassi assai meno nitida, dato che la convergenza tra le parti dell'accordo raramente avviene in modo del tutto spontaneo⁶⁰: l'adesione di un soggetto al sodalizio criminoso, può infatti essere preceduta da offerte o proposte volte a consolidare la volontà a cooperare del destinatario⁶¹. Sennonché, le condotte da ultimo descritte, lungi

⁵⁵ V. MORMANDO, *L'istigazione. I problemi generali della fattispecie e i rapporti con il tentativo*, cit., p. 71. *Contra* invece, L. VIOLANTE, voce *Istigazione*, cit., p. 991.

⁵⁶ Non sembra quindi accettabile l'autorevole tesi secondo la quale la condotta di istigazione sarebbe univoca per il semplice fatto che gli atti esterni che la compongono «manifestano fin troppo chiaramente la volontà criminosa». Così C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, cit., p. 47; analogamente, P. TONINI, *Istigazione, tentativo, partecipazione*, cit., p. 1600.

⁵⁷ Così, ancora, V. MORMANDO, *L'istigazione. I problemi generali della fattispecie e i rapporti con il tentativo*, cit., p. 68.

⁵⁸ Quanto alla distinzione tra accordo per commettere un reato e associazione a delinquere si veda, chiaramente, Cass. sez. VI, 12 ottobre 1995, n. 9320 in *Cass. pen.*, 1995, p. 3387 con nota di B. ROMANO, *Le apparenti deroghe all'articolo 115 c.p.*, cit., p. 3393.

⁵⁹ In altri termini, mentre nel caso dell'*accordo* la posizione psichica del soggetto cui si indirizza l'induzione deve caratterizzarsi per la volontà attiva di cooperare al sodalizio, nel caso dell'*istigazione* la posizione dell'istigato è necessariamente «passiva, quasi di succube nei confronti della condotta induttrice». Sul punto, P. TONINI, *Istigazione, tentativo, partecipazione*, cit., p. 1603. Nello stesso senso, M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, Milano, 2011, p. 157; L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, cit., p. 1402.

⁶⁰ In questo senso invece, B. CAVALIERI, *L'accordo, l'istigazione a reato rimasti sterili*, cit., p. 872; V. MORMANDO, *L'istigazione. I problemi generali della fattispecie e i rapporti con il tentativo*, cit., p. 36.

⁶¹ P. TONINI, *Istigazione, tentativo, partecipazione*, cit., p. 1603.

dall'integrare l'accordo, sembrano costituirne piuttosto un mero antecedente⁶², rivelandosi, del resto, prive di una vera e propria efficacia persuasiva. Pertanto, la condotta di chi si limita a invitare altri ad aderire al *pactum sceleris* non sembra poter integrare né la fattispecie di accordo, né *a fortiori* quella di istigazione non accolta, come pure talvolta affermato in giurisprudenza⁶³. In casi simili, infatti, l'interazione psichica tra i due soggetti prelude soltanto all'eventuale incontro delle reciproche volontà e non ha l'effetto di orientare le determinazioni della persona a cui si rivolge⁶⁴.

b) *La lettera istigatoria intercettata*. Deve inoltre prendersi in esame l'ipotesi – ormai divenuta classica – della lettera a contenuto istigatorio intercettata dalla polizia prima di giungere a destinazione. La dottrina tradizionale riconduce tale fattispecie nell'ambito del tentativo di partecipazione *strictu sensu* inteso⁶⁵, vale dire l'ipotesi in cui il soggetto non abbia posto in essere tutto ciò che la legge richiede per l'atto di partecipazione, realizzando una condotta di per sé priva di efficacia causale rispetto alla commissione del delitto istigato. Nel solco della ricostruzione appena ricordata, si è più di recente proposto di fare rientrare il comportamento descritto nella fattispecie di istigazione non accolta, sul presupposto che quest'ultima figura abbracci anche i casi in cui la condotta di induzione si rivela incompleta e perciò insuscettibile di influire sul delitto programmato⁶⁶. Sennonché, sembra discutibile che una condotta incapace di incidere sull'altrui volontà possa integrare l'ipotesi di quasi reato di cui all'art. 115 c. 4 c.p. Per un verso, infatti, pare più corretto ritenere che la fattispecie di istigazione non accolta descriva forme di partecipazione morale complete in tutti i propri elementi, con conseguente esclusione degli atti di concorso arrestatisi *in itinere*⁶⁷. Per altro verso, se si reputa che l'induzione non accolta, per costituire un indice di pericolosità sociale,

⁶² Così, acutamente, B. PETROCELLI, *Il delitto tentato*, cit., p. 80 il quale osserva come «se per indurre taluno all'accordo o per fargli accettare la istigazione occorre, ad es., che gli sia consegnato del denaro (per spese, poniamo, e per suo anticipato compenso), la consegna sarà una frazione, un elemento di quell'atto complesso che è l'accordo» (corsivi nostri).

⁶³ Al riguardo, appare dunque criticabile l'affermazione giurisprudenziale secondo la quale «la proposta di accordo rivolta dal militare all'*extraneus* [per commettere il reato di cui all'art. 3 della legge 9 dicembre 1941, n. 1383] in assenza di norme in deroga *recte* di disposizione legislativa che preveda esplicitamente la punibilità della istigazione (*genus* cui è riconducibile detta proposta) integra, se non accolta, mera istigazione a commettere un reato (lo stesso reato che intende commettere l'istigatore, nella specie un reato-accordo, quindi un reato a concorso necessario, a nulla rilevando, a tal fine, che l'istigato, concorrente necessario, non sia, per volere del legislatore, sanzionato per la propria condotta) non punibile alla luce del più volte menzionato art. 115 c.p.; integra, in altre parole, soltanto l'ipotesi del "tentativo di accordo criminioso" e non quella del delitto tentato». Cfr. Cass. sez. I, 1 dicembre 2009, n. 49975 in *Cass. pen.*, 2010, p. 4363.

⁶⁴ Come è stato osservato, d'altronde, per aversi istigazione non basta comunicare ad altri il proprio intendimento a commettere un reato, ma è necessaria un'attività di carattere persuasivo sufficientemente determinata e supportata da indicazioni, informazioni pratiche, minacce o promesse; cfr. G. INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano, 1986, p. 60 ss. Analoghe considerazioni anche in A. SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova, 2000, p. 141 ss. in particolare p. 149 ss.

⁶⁵ G. BETTIOL, *Sul tentativo di partecipazione delittuosa*, cit., p. 86 e 88.

⁶⁶ L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., p. 226 nota 27; p. 228; p. 238-239.

⁶⁷ Così esattamente, B. CAVALIERI, *L'accordo, l'istigazione a reato rimasti sterili*, cit., p. 865.

debba essere in concreto idonea a fare sorgere o rafforzare il proposito di commettere un delitto, si deve escludere che la condotta in esame realizzi la fattispecie dell'art. 115 c. 4 c.p. dal momento che, per effetto del tempestivo intervento dell'autorità di pubblica di sicurezza, il destinatario dell'istigazione non ha neppure potuto valutare se accogliere o meno il proposito criminoso⁶⁸.

c) *L'offerta di commettere un reato*. Da ultimo, occorre stabilire se la fattispecie di istigazione non accolta si configuri nel caso di chi si sia limitato a offrire la propria disponibilità a commettere un reato. Al di fuori della problematica rilevanza della condotta in esame quale pubblica istigazione a delinquere o apologia di reato, sembra utile, ai nostri fini, richiamare la distinzione tra il concetto di offerta e quello di istigazione. In tempi ormai lontani, del resto, si era giunti a ricomprendere il comportamento descritto all'interno della fattispecie di istigazione non accolta, allora punita con sanzione penale⁶⁹. Come un'attenta dottrina non ha mancato di evidenziare, tuttavia, questa impostazione, pur autorevolmente patrocinata, rifletteva un'interpretazione oltremodo estensiva – quando non addirittura analogica – del concetto di istigazione⁷⁰. È infatti preferibile ritenere che la mera offerta di compiere un reato non integri la fattispecie di cui all'art. 115 c.p. e non possa dunque essere assunta come indice di pericolosità sociale⁷¹. Come si è già avuto modo di ribadire, infatti, la

⁶⁸ A tale conclusione si giunge valutando l'idoneità della condotta alla stregua di tutte le circostanze oggettivamente esistenti all'epoca dell'azione, secondo lo schema del giudizio *ex ante* a base totale.

⁶⁹ F. CARRARA, *Offerta di delitto*, in *Progresso e regresso del giure penale nel nuovo Regno d'Italia*, Vol. III, Prato, 1879, p. 449 ss. Nel saggio citato, il Maestro lucchese prende posizione in relazione al c.d. *affaire Duchesne*, il celebre caso del calderaio belga che, presentatosi innanzi all'arcivescovo di Parigi, si era dichiarato pronto ad attentare alla vita del Cancelliere del Reich, Otto von Bismarck; sul punto cfr. R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, cit., p. 103. In risposta all'allarme sociale suscitato da tale precedente, i legislatori belga e tedesco si erano affrettati ad inserire nei propri ordinamenti norme incriminatrici tese a colmare le imprevedute lacune del sistema. In Germania, in particolare, la vicenda diede l'impulso all'introduzione del § 49a *Strafgesetzbuch* (c.d. *Duchesne-paragraph*) il quale, nella sua versione originaria, incriminava, oltre all'istigazione, il fatto di rendersi disponibili a delinquere, l'offerta di commettere un delitto e la relativa accettazione (sull'origine storica e l'evoluzione della fattispecie di *Versuch der Beteiligung* nell'ordinamento tedesco, cfr. L. RISICATO, *Combinazione e interferenza tra forme di manifestazione del reato*, cit., p. 250 ss.). Nell'opuscolo citato, Carrara aveva negato, a riguardo, l'esistenza di un vuoto di tutela nel codice penale toscano. A tale conclusione, tuttavia, egli giungeva attraverso un'ardita operazione di estensione interpretativa dell'art. 54 di quello stesso codice, il quale puniva la sola istigazione non accolta e non anche l'offerta di commettere un delitto. Tale orientamento esegetico, del resto, faceva perno sulla convinzione – oggi del tutto superata – che le due fattispecie possedessero un'identica *ratio*, rappresentata dall'esigenza di tutelare la «tranquillità individuale della vittima designata. Sul punto, cfr. G. DE VERO, *L'istigazione a delinquere nell'evoluzione del pensiero Carrariano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1371 ss. A quanto consta, la tesi carrariana dell'interpretazione estensiva del concetto di istigazione è stata in seguito ripresa dal solo R. A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, cit., p. 122.

⁷⁰ G. DE VERO, *L'istigazione a delinquere nell'evoluzione del pensiero Carrariano*, cit., p. 1372; S. CAMAIONI, *Riflessioni su «tentativo di concorso nel reato» e «tentativo di reato in concorso»*, cit., p. 1076 nota 18.

⁷¹ In questo senso anche V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Vol. II, cit., p. 456-457 secondo il quale l'offerta può dare seguito all'applicazione di una misura di sicurezza soltanto se ha determinato un accordo. *Contra*, R. A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, cit., p. 122 secondo il quale per ricomprendere nella fattispecie di istigazione anche la mera offerta di compiere un delitto «basta intendere le parole “istigazione a commettere un reato” non nel senso di istigazione ad *eseguire*, ma di istigazione a *commettere in qualunque forma*; così la ipotesi della offerta rientra nell'istigazione (cioè istigazione a *concorrere* nel fatto

condotta istigatoria è tale quando si rivela idonea e diretta in modo univoco a fare commettere ad altri un delitto. Il comportamento descritto, viceversa, si limita a rappresentare il proposito criminoso del soggetto agente e risulta perciò privo di ogni attitudine a incidere sulla volontà di terzi nel senso richiesto dalla disposizione dell'art. 115 c. 4 c.p. In altri termini, il fatto di dichiarare la propria disponibilità a commettere un delitto costituisce una semplice manifestazione di volontà contraria all'ordinamento e non può essere assunto quale presupposto fattuale per il giudizio di pericolosità sociale e l'irrogazione della misura di sicurezza.

criminoso proposto), ed è reso possibile applicare all'offerente la misura di sicurezza anche se l'offerta non ha portato ad accordo» (corsivi nel testo).