

SULL'ACCERTAMENTO DEL DOLO NEL DELITTO TENTATO.
CONSIDERAZIONI A MARGINE DI UNA RECENTE DECISIONE
DELLA GIURISPRUDENZA DI MERITO*

Mariangela Telesca** - Elio Lo Monte***

SOMMARIO: 1. - Premessa; 2. - La vicenda sottoposta alla Corte; 3. - Il problema del dolo nel delitto tentato; 4. - L'approccio della dottrina; 5. - Il contributo della giurisprudenza; 6. - La condivisibile ricostruzione della Corte sulla differenziazione tra omicidio (tentato) e lesioni (consumate); 7. - (segue) con riferimento al dolo del tentativo; 8. - La soluzione adottata dalla Corte.

1. - Premessa.

Una recente decisione della giurisprudenza di merito¹ – avallata dalla Corte suprema di Cassazione² – offre lo spunto per alcune riflessioni in tema di accertamento del dolo nel delitto tentato; si tratta di una delle questioni, unitamente alla definizione dell'attività punibile, più ricche di implicazioni dommatiche e politico-criminali. Del resto, è l'essenza del delitto tentato, ravvisata nel *cogitare, agere, sed non perficere* – per utilizzare una formula cara ai giureconsulti medievali – che rende palese, già *prima facie*, il tenore delle difficoltà nella individuazione della 'volontà' criminosa del *conatus*.

La questione di fondo connessa alla configurabilità delitto tentato è nota: ogni qual volta occorre valutare la condotta di colui che voleva commettere un reato e si è attivato in tal senso, ma non realizza il proposito criminoso per cause estranee al fatto voluto, si corre il rischio, da un lato, di limitare la portata delle disposizioni di cui all'art. 56 c.p., intervenendo in modo tardivo rispetto al comportamento posto in essere dall'agente e, dunque, di svuotare la naturale *ratio* dell'istituto consistente nell'anticipazione della tutela del bene giuridico; dall'altro, quello di ampliare in modo esasperato l'intervento penale, fino a sanzionare atti meramente propedeutici che, in quanto tali, risultano inoffensivi per l'oggettività giuridica da proteggere.

Il rischio, cioè, è quello di punire comportamenti privi di qualunque carica di pericolosità per il bene tutelato, sanzionando la mera volontà criminosa dell'agente³ o, all'opposto, vanificare il ruolo dell'istituto con un'applicazione 'tardiva'.

La corposa decisione della Corte di Appello di Salerno coglie appieno questa 'dualità' e si lascia apprezzare per la corretta soluzione delle molteplici problematiche affrontate; le conclusioni

*Intervento, successivamente corredato da essenziali riscontri bibliografici, svolto al Seminario di approfondimento in Diritto penale su: "I profili problematici del delitto tentato: il contributo della giurisprudenza", Università degli Studi di Salerno 20/11/2023.

**Professoressa a contratto per l'insegnamento di Diritto penale dell'ambiente presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche (Scuola di Giurisprudenza) dell'Università degli Studi di Salerno, che ha redatto i §§ 1, 2, 3, 6, 7.

*** Professore ordinario di Diritto penale presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche (Scuola di Giurisprudenza) dell'Università degli Studi di Salerno, che ha redatto i §§ 4, 5, 8.

¹ Corte Appello Salerno (Pres. D. Mancini, Rel. S. De Luca), 16/9/2022, dep. 18/10/2022, n. 1510.

² Cass. pen. Sez. I, (Pres. Rocchi, Rel. Magi) 6/6/2023, dep. 3/10/2023, n. 730.

³ E. Lo Monte, *Il delitto tentato. Contributo all'individuazione della condotta punibile*, Torino 2013, XXIII.

elaborate si snodano lungo un *fil rouge* che può essere facilmente individuato: a) nell'ancoraggio alla valorizzazione dei profili di materialità del delitto tentato evitando, in tal modo, il rischio di punire "il nudo pensiero del delinquente"⁴, o la mera "jattanza"⁵ oppure le "prave inclinazioni"⁶ di voler effettuare un delitto, "non potendo recare altrui nocimento, quando ne' fatti non si esterni"⁷; b) nella valorizzazione del pericolo corso dal bene giuridico (che porta ad sussumere i fatti, in concreto verificatisi, nell'ambito della fattispecie incriminatrice di omicidio e non in quella di lesioni aggravate).

Appare opportuno, per meglio inquadrare le diverse questioni esaminate, riportare una breve sintesi dell'accaduto con specifico riferimento agli aspetti di diritto penale sostanziale, lasciando agli esperti di settore le valutazioni – *ratione materiae* – concernenti i tratti di natura processuale che pure la decisione risolve beneficiando, di conseguenza, dell'approvazione della Corte regolatrice.

2. - La vicenda sottoposta alla Corte.

Il caso sottoposto al vaglio della Corte territoriale concerneva un'ipotesi di tentato omicidio pluriaggravato (artt. 110, 56-575, 61 n. 1 e n. 11-*quinquies* c.p. e 577 comma 1 n. 3 e 4 c.p., capo A dell'imputazione) posto in essere da alcuni imputati (X¹, X², X³, X⁴) i quali, in concorso tra loro, per motivi futili e abietti, consistiti nell'esigenza di vendicarsi a seguito di una lite avvenuta poche ore prima, dopo essersi portati presso l'abitazione della vittima, esplosevano, contro la stessa, quattro colpi di arma da fuoco (pistola cal. 7,65). Uno dei proiettili attingeva la vittima (costituitasi parte civile) alla gamba ed altri tre – esplosi ad altezza uomo – si conficcavano in una palizzata dietro la quale la persona offesa aveva trovato riparo. L'Accusa riteneva configurati gli atti idonei diretti in modo non equivoco a cagionare la morte del soggetto passivo, non conseguendo l'intento per cause indipendenti dalla volontà degli aggressori (imperizia balistica), e perché la vittima sopravviveva facendosi scudo, come anticipato, di una staccionata di legno, per poi essere trasportata in codice rosso presso il vicino nosocomio.

Il fatto si riteneva aggravato per effetto delle circostanze:

- a) dei motivi abietti e futili, ossia punire la vittima della lite avuta nelle ore precedenti con gli stessi imputati;
- b) della premeditazione, per essersi gli imputati recati, successivamente alla verifica della rissa, presso l'abitazione della vittima armati di pistola;
- c) del numero delle persone riunite;
- d) della violenza assistita, avendo commesso il fatto in presenza di un minore di anni diciotto.

Il giudice di prime cure, nell'accogliere l'impianto accusatorio, condannava alla pena di giustizia gli imputati, regolando la sanzione sul contributo apportato dai correi alla commissione dei fatti contestati (alcuni rispondevano – capo B – anche di detenzione e porto in luogo pubblico di un'arma comune da sparo, al fine di eseguire il reato di cui al capo A) e sulla valutazione delle circostanze (non uguali per tutti).

⁴ G. Carmignani, *Elementi di diritto criminale*, Milano 1882, 91; ID., *Juris criminalis elementa*, Macerata 1829, 105ss.

⁵ G.D. Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, Prato 1833, § 663.

⁶ F. Carrara, *Grado della forza fisica del delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*⁵, Firenze 1898, I, 357.

⁷ F.M. Pagano, *Principj del codice penale* (Milano 1803), in *Giustizia criminale e libertà civile*, a cura di R. Racinaro, Roma 2000, 90.

Avverso la decisione di condanna la difesa degli imputati adiva la Corte di Appello sollevando varie eccezioni diversamente ancorate al ruolo avuto dei singoli imputati:

a) con il primo motivo di gravame si evidenziava l'insussistenza del contributo concorsuale di X⁴ nel delitto di tentato omicidio. A sostegno di tale affermazione si rimarcava: 1) l'infondatezza che i correi avessero concordato la versione difensiva, al fine di far apparire casuale la presenza del predetto imputato sulla scena del crimine, come espressamente sostenuto dal Tribunale nella sentenza impugnata; circostanza, secondo la difesa, smentita dai tempi e dalle modalità con cui furono raccolte le dichiarazioni d'interesse; 2) il fatto che nessuna delle persone presenti avesse riconosciuto l'imputato; 3) la natura del tutto casuale della presenza dell'imputato sulla scena del crimine, che non era neppure desumibile con certezza dalle evidenze istruttorie. Dalle risultanze processuali doveva, altresì, escludersi che l'imputato avesse in qualche modo manifestato la propria adesione all'azione delittuosa, con la conseguenza che il contegno del medesimo poteva essere al più qualificato come una forma di connivenza non punibile. In subordine, l'appellante invocava la derubricazione del delitto di tentato omicidio in quello di lesioni personali aggravate e, in via ulteriormente gradata, che fossero concesse l'attenuante della minima partecipazione, *ex art. 114 c.p.*, e quella di cui all'*art. 116 cpv. c.p.*⁸;

b) con il secondo motivo di impugnazione, avanzato nell'interesse dell'imputato X², veniva sostenuto che la relazione redatta dai carabinieri del RIS di Roma, lungi dal dimostrare che l'imputato indirizzò i colpi verso parti vitali del corpo della vittima, attestava, all'opposto, che i tre fori di proiettile rinvenuti sulla palizzata posta a protezione dell'abitazione della famiglia della vittima erano collocati ad altezze di centodieci, cento e settanta centimetri, con inclinazione verso il basso, rispettivamente di dieci, quindici e cinque gradi. I colpi, quindi, erano rivolti verso gli arti inferiori della vittima, alta centonovanta centimetri, che in quel frangente era in posizione eretta alle spalle della palizzata. Alcun dubbio poteva nutrirsi sul dato che tale direzione fosse intenzionale, atteso che il X², come documentato dalla stessa difesa, era persona esperta nell'uso

⁸ Quanto al concorso anomalo, l'appellante sosteneva che, una volta escluso il possesso di una seconda pistola in capo all'imputato, non vi sarebbe modo di disconoscere la portata affatto marginale del contributo da lui apportato alla realizzazione dell'illecito, essendo il soggetto rimasto sostanzialmente inerte. Si evidenziava come fosse stata del tutto ingiustificata l'assimilazione della posizione del X⁴ a quella di X¹ e X³, se è vero che il primo, a differenza degli altri, era estraneo all'episodio che aveva innescato la spedizione punitiva, e non contribuì in alcun modo alla fase organizzativa, durante la quale i correi si procurarono la pistola; neppure prese parte, nel momento esecutivo, all'aggressione fisica nei confronti della vittima (pag. 12 della sentenza). La Corte territoriale rigetta tale censura ritenendo assenti le condizioni per concedere l'attenuante di cui all'*art. 116 cpv. c.p.*, ovviamente applicabile solo in caso di cd. concorso anomalo, (non configurabile nella specie). Ugualmente non potrebbe essere accordata agli stessi imputati l'attenuante prevista dall'*art. 114 c.p.*, se si considera che X⁴ mantenne un contegno tutt'altro che irrilevante o marginale nella fase esecutiva dell'azione criminosa - durante la quale, al contrario, estrasse a sua volta una pistola, per intimidire i presenti, in modo da apportare un significativo contributo alla condotta dell'autore materiale - e che X¹ e X³, dal loro canto, oltre a partecipare in prima persona allo scontro fisico con la vittima, furono i promotori dell'intera iniziativa criminosa, nel cui ambito, dunque, assunsero un ruolo all'evidenza incompatibile con l'ipotesi della partecipazione di minima importanza (pag. 48 della sentenza). Senza andare ad indagare gli aspetti sottesi alla più ampia problematica della compartecipazione criminosa - operazione che ci farebbe perdere di vista il più limitato campo d'indagine - è appena il caso di richiamare il dato per cui, in tema di concorso morale, secondo la costante giurisprudenza di legittimità, il contributo punibile possa consistere anche nel rafforzamento dell'altrui proposito criminoso perfino in forma diversa dall'istigazione. In questa prospettiva, vengono inquadrare: a) la mera presenza non causale sul luogo del delitto, servita a fornire all'autore un maggiore senso di sicurezza, rivelando chiara adesione; b) la messa a disposizione di contributi in concreto inutilizzati; c) la promessa di assistenza successiva (in tali termini D. Pulitanò, *Diritto penale*¹⁰, Torino 2023, 342, che richiama Cass. 8/4/2009, Rv 244094 e che evidenzia la pericolosa ambiguità del concetto del rafforzamento del proposito criminoso così come teorizzato dalla giurisprudenza).

delle armi, in quanto già titolare di un porto d'armi per uso sportivo e frequentatore di un poligono di tiro. E, ancora, veniva attribuito rilievo dirimente al fatto che il X², dopo aver attinto la vittima al ginocchio sinistro, pur potendo agevolmente infierire sul suo corpo, avesse immediatamente interrotto l'azione di fuoco e si fosse allontanato dalla corte, con atteggiamento univocamente indicativo dell'assenza di volontà omicida. In un tale contesto si osservava che l'allontanamento dal luogo del delitto fosse avvenuto senza l'intervento di cause esterne idonee ad impedire la prosecuzione della condotta criminosa, solo immaginate dal Tribunale con ragionamento apodittico e privo di un concreto fondamento probatorio; coerentemente veniva richiesto che l'illecito fosse derubricato nella fattispecie di cui all'art. 582 c.p. La difesa sollevava, ancora, delle obiezioni in relazione alle circostanze richiamate dal giudice di primo grado e, in particolare, contestava la sussistenza dell'aggravante dei motivi abietti e futili⁹, la configurabilità dell'aggravante della premeditazione¹⁰ e la circostanza di cui all'art. 61 n. 11-*quinquies* c.p.¹¹;

⁹ L'aggravante, dei motivi abietti o futili, doveva essere esclusa, secondo la difesa, perché il movente dell'azione criminosa era senz'altro censurabile ma non particolarmente spregevole o irrilevante. La configurabilità della circostanza, invece, si giustifica perché se il motivo 'abietto' (vale a dire il movente dell'azione sia così turpe da suscitare un fortissimo senso di riprovazione nella coscienza morale della comunità e, quasi un senso di ripugnanza) appare privo di fondamento, lo stesso non può dirsi per la 'futilità' della motivazione a delinquere. Infatti, è 'futile' il movente che sia palesemente sproporzionato rispetto al reato commesso (C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*⁷, Torino 2023, 508). La giurisprudenza di legittimità sostiene sul punto che la circostanza aggravante dei futili motivi (art. 61, 1° co. n. 1 c.p.) sussiste ove la determinazione criminosa sia stata indotta da uno stimolo esterno di tale levità, banalità e sproporzione, rispetto alla gravità del reato, da apparire, secondo il comune modo di sentire, assolutamente insufficiente a provocare l'azione criminosa e da potersi considerare, più che una causa determinante dell'evento, un mero pretesto per lo sfogo di un impulso violento (Cass. pen. Sez. V, n. 41052 del 19/06/2014, Barnaba, Rv. 260360). Nel caso di specie, la 'reazione' (tentato omicidio o lesioni) si presentava 'eccessiva' o quanto meno non risultava giustificata alla luce del litigio avvenuto in precedenza. Evidenzia il ruolo della sproporzione Cass. pen., Sez. I, 3/11/2021, n. 39323, in <https://dirittifondamentali.it>, secondo cui ai fini della sussistenza della circostanza aggravante di aver commesso il fatto "per futili motivi", bisogna procedere ad un giudizio bifasico che tenga in considerazione, da un lato, la oggettiva sproporzione tra il reato concretamente realizzato e il motivo che lo ha determinato, e dall'altro, l'elemento soggettivo connotato da un moto interiore assolutamente ingiustificato, tale da configurare lo stimolo esterno come mero pretesto per lo sfogo di un impulso criminale.

¹⁰ L'esclusione dell'aggravante della premeditazione veniva giustificata in considerazione del breve lasso di tempo intercorso tra la colluttazione e la successiva azione ritorsiva attuata dagli imputati, tale da far ritenere che gli stessi avessero agito con dolo d'impeto. Sul punto, la Corte territoriale accoglie le puntuali censure avanzate dalla difesa dell'imputato e ritiene insussistente l'aggravante della premeditazione, in quanto "il tempo trascorso tra l'episodio scatenante ed il momento esecutivo, pari a non più di due ore ed appena sufficiente ad un'organizzazione basilare e serrata della spedizione punitiva, è stato davvero troppo risicato per poter essere interpretato come il sintomo di una determinazione particolarmente intensa e persistente, rispetto all'ordinario grado di riflessione che di regola caratterizza la maggior parte delle azioni delittuose commesse con dolo ordinario, che, com'è noto, si colloca in un punto intermedio tra il dolo d'impeto e la premeditazione" (pag. 46 della sentenza). Il ragionamento della Corte va certamente condiviso perché – come sostenuto in altra sede, M. Telesca, *Dolo d'impeto e aggravante della crudeltà: una (in)sostenibile compatibilità*, in <https://www.la legislazione penale.eu>, 31/12/2020, 6) – in una ipotetica scala, l'intensità del dolo può essere misurata in sequenze «discendenti che vanno dal dolo intenzionale al dolo eventuale; e dalla premeditazione al dolo d'impeto» (D. Pulitanò, *Diritto penale*, cit., 388). Oppure, si possono distinguere tre livelli fondamentali di intensità del dolo: dolo d'impeto, dolo di proposito e dolo premeditato; nella prima forma l'esecuzione è immediata; nel secondo tipo l'esecuzione avviene in un lasso di tempo relativamente breve; e nella terza vi è la pianificazione (T. Padovani, *Diritto penale*^{XII}, Milano 2019, 257); l'elemento della 'pianificazione' è certamente mancante nell'ipotesi in esame.

¹¹ L'aggravante prevista dall'art. 61, n. 11-*quinquies*, c.p., per essere stato il fatto commesso alla presenza di un minore degli anni diciotto, non era configurabile, ad avviso della difesa, perché l'imputato non poteva accorgersi dell'eventuale presenza del bambino, in quanto la sua visuale era ostruita dalla palizzata (dietro al quale aveva trovato riparo la vittima). La Corte ne ritiene la sussistenza perché il figlio della vittima, di appena due anni, si trovava nel box posizionato sull'uscio dell'abitazione, peraltro in un punto chiaramente visibile dall'esterno, attraverso il varco

c) con il terzo motivo di gravame, avanzato nell'interesse di X¹ e X³., veniva censurata la decisione del giudice di primo grado chiedendo la derubricazione del più grave delitto di tentato omicidio in quello di lesioni personali. Inoltre, si richiedeva che la condotta di X¹ e X³ fosse inquadrata nell'ipotesi del concorso anomalo, ex art. 116 c.p., non essendovi alcuna prova che i due fossero a conoscenza della disponibilità di un'arma in capo al X². Le ulteriori censure e, conseguenti richieste, si rivelavano sostanzialmente sovrapponibili a quelle proposte dal difensore di X², sia per la parte concernente le eccezioni in rito, avendo anche i predetti imputati avanzato richiesta di giudizio abbreviato condizionato dopo l'emissione del decreto di giudizio immediato e nella fase introduttiva del dibattimento di primo grado, sia per i motivi di merito, relativi alla qualificazione giuridica del fatto, alla configurabilità delle circostanze aggravanti, al giudizio di comparazione con le attenuanti ed alle statuizioni accessorie.

3. - Il problema del dolo nel delitto tentato.

L'aspetto della vicenda in esame che solleva le maggiori questioni dommatiche è rappresentato, senza alcun dubbio, dalla individuazione della tipologia di dolo indispensabile per la qualificazione del fatto – sottoposto al giudizio della Corte territoriale – nei termini di tentato omicidio oppure lesioni personali.

La disposizione di cui all'art. 56 co. 1 c.p., come si accennava in apertura, presenta vistosi limiti strutturali che si riverberano sia sulla corretta comprensione dell'attività punibile che con riferimento all'accertamento della volontà criminosa. Invero, la locuzione 'atti idonei diretti in modo non equivoco' – con la quale il legislatore del '30 riteneva di porre rimedio alle difficoltà legate alla configurabilità del delitto tentato, di cui intendeva ampliare il campo d'azione – mostra, sul piano della tipizzazione dell'attività punibile, marcati difetti di genericità, confermati dalla 'variegata' applicazione giurisprudenziale. Non meno ricca è l'elaborazione scientifica connessa all'analisi dei concetti di 'idoneità' e di 'univocità' che ha dato vita a rilevanti questioni esegetico-interpretative anche in relazione all'individuazione del dolo; sono state proprio le difficoltà nel delineare la condotta punibile alla luce dell'attuale conformazione del delitto tentato, che hanno spinto la dottrina a spostare l'indagine sull'intenzione dell'agente.

della palizzata, e quindi in condizioni tali da rimanere anche esposto al pericolo di essere colpito. Del resto, l'affermazione dei giudici s'inserisce in quell'orientamento della giurisprudenza di legittimità (Cass. pen. Sez. V, 4/1/2021, n. 74, in <https://www.altalex.com>) secondo la quale l'ipotesi della "violenza assistita" - in cui il minore è vittima del reato ai sensi dell'art. 572 c.p. perché, sebbene non direttamente oggetto delle condotte di maltrattamento, ha comunque subito nella crescita l'effetto negativo causato dall'aver appunto assistito a condotte concretanti una situazione abituale di sopraffazione all'interno del proprio nucleo familiare - va tenuta distinta dalla differente ipotesi in cui il minore, senza subire un tale effetto, sia stato solo presente durante la commissione di una delle condotte integranti il reato di cui all'art. 572 c.p. o altri delitti contro la libertà personale, affermando l'applicabilità, in tale seconda ipotesi, dell'aggravante disciplinata dall'art. 61 c.p., n. 11-*quinquies*. In particolare, mentre per il ricorrere della prima autonoma ipotesi sarebbe necessario che il minore percepisse le condotte vessatorie reiterate nel tempo e ne ricavasse uno stato di sofferenza psico-fisica, per ritenere integrata l'aggravante di cui all'art. 61 c.p., n. 11-*quinquies*, sarebbe sufficiente che il fatto fosse commesso in un luogo ove si trovasse contestualmente anche un minore, anche qualora quest'ultimo non fosse in grado, per età o per altre ragioni, di percepire e di avere consapevolezza del carattere offensivo della condotta in danno di terzi avvenuta in sua presenza (Cass. pen. Sez. VI, n. 55833 del 18/10/2017, Rv. 271670; Cass. pen. Sez. VI, n. 27901 del 22/09/2020, S, Rv. 279620).

Da qui lo sforzo ermeneutico di dotare la locuzione ‘atti idonei diretti in modo non equivoco’ di contorni meno caliginosi; la diversità delle soluzioni prospettate nell’ambito di un risalente e ricco dibattito scientifico rafforzano, però, l’idea che la questione è ancora lontana dal dirsi risolta.

Prima di soffermarci sul *modus operandi* della Corte territoriale nel risolvere il caso in esame, che assume pregnanza paradigmatica delle oggettive difficoltà in tema di accertamento dell’elemento psicologico, appare metodologicamente corretto richiamare – sebbene in via del tutto schematica – alcune delle posizioni elaborate nell’ambito della discussione scientifica e dell’applicazione prasseologica.

4. - L’approccio della dottrina.

In ordine alla ‘delicata’¹² verifica del dolo vanno preliminarmente tenute nel debito conto le riflessioni, di ordine generale, svolte in passato da un illustre Maestro, secondo cui: “Tutta la problematica del dolo viene dalla casistica ed alla casistica ritorna come suo banco di prova”. E, ad anticipare le persistenti complessità, si precisava: “Vi sono taluni delitti, come ad esempio quelli contro l’onore, la calunnia, la falsità in atti ecc. che sembrano destinati ad alimentare all’infinito il dibattito sulla precisa determinazione dell’elemento psicologico”¹³.

Con specifico riferimento all’individuazione del dolo nel delitto tentato viene solitamente affermato che “il tentativo nella sfera della volontà non differisce dal reato (doloso) consumato”¹⁴; è, però, controverso se esso sia identico in tutto o in parte al dolo del delitto perfetto¹⁵. Ora, se si accoglie la tesi dell’identità strutturale, ne deriva che “il tentativo è realizzabile con tutte le forme di dolo configurabili nell’ambito della consumazione, compreso il *dolo eventuale*”¹⁶ ed è in relazione a quest’ultima categoria che si sono registrate le maggiori controversie¹⁷.

Al fine di risolvere la questione è stato sostenuto, dopo aver ribadito l’equiparazione tra il dolo del delitto tentato e il dolo del delitto consumato, che occorre operare “un capovolgimento del procedimento ordinario. Nel delitto perfetto si parte dal fatto materiale per accertare, poi, se il soggetto lo ha voluto. Nel delitto tentato va prima accertato il fine criminoso cui l’agente tendeva, lo stesso piano di attuazione, perché solo in rapporto al referente dello specifico fine e del concreto piano dell’agente è possibile valutare la idoneità e la direzione univoca degli atti: senza tale referente detto giudizio poggia nel vuoto”¹⁸.

Non diversamente è stato affermato che nel delitto tentato, a differenza che nel delitto consumato, l’accertamento del dolo precede e non segue la valutazione che concerne la rilevanza degli

¹² Evidenzia la ‘delicatezza’ delle indagini al riguardo M. Gallo, *Dolo. IV, Diritto penale*, (voce), in *Enc. dir.*, Roma 1964, XIII, 751ss. Sui diversi profili problematici relativi all’accertamento del dolo si veda G.P. Demuro, *Il dolo. II. L’accertamento*, Milano 2010, *passim*, con particolare riferimento alla prova del dolo e dunque per le implicazioni interconnesse tra piano sostanziale e piano processuale, 149ss., ivi diffusi richiami bibliografici e giurisprudenziali.

¹³ Entrambe le citazioni sono tratte da D. Santamaria, *Interpretazione e dottrina nella dottrina del dolo*, Napoli, s.d., 19-20.

¹⁴ Tra i tanti cfr. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*¹⁵, Milano 2000, 479.

¹⁵ F. Mantovani - G. Flora, *Diritto penale. Parte generale*¹², Padova 2023, 454.

¹⁶ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*⁸, Bologna 2019, 494.

¹⁷ V. *infra* § 7.

¹⁸ F. Mantovani - G. Flora, *Diritto penale*, cit., 455; per ulteriori considerazioni in proposito cfr. R. Bartoli, *Brevi considerazioni sull’elemento soggettivo del delitto tentato in una prospettiva de lege ferenda*, in *Riv. dir. proc. pen.* 2002, 91ss.; A. Nappi, *Guida al codice penale. Parte generale*, Milano 2003, 446ss.; F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*⁸, con la collaborazione di R. Bartoli, Torino 2021, 456ss.

elementi della fattispecie oggettiva. Solo in rapporto al fine perseguito dall'agente, e in relazione al concreto suo piano di azione, è possibile infatti stabilire l'idoneità e l'univocità degli atti compiuti¹⁹.

È stato, altresì, osservato che il problema non è stabilire l'intenzione: “ma, stabilita la intenzione, determinare il valore degli atti compiuti (...). La ricerca della intenzione, in altri termini, è un problema di prova, e quindi una esigenza, un presupposto di mero fatto; mentre l'indagine giuridica comincia allorché si deve determinare se e quali atti, compiuti sotto la spinta della accertata intenzione, siano punibili”²⁰.

Una tale impostazione, però, implica qualche osservazione aggiuntiva: invero, tenendo presente che il dolo va desunto dai dati esteriori, ne discende, allora, una vera e propria inversione metodologica nella misura in cui il dolo – che dovrebbe ricavarsi dall'oggettiva lettura degli atti posti in essere dall'agente, in modo da cogliere il disegno criminoso del medesimo – finisce per ‘spiegare’ gli stessi atti commessi dal soggetto attivo del reato. In altri termini, affermare che per sapere se l'atto è idoneo e, soprattutto, diretto univocamente alla commissione di un determinato delitto, occorre far riferimento all'intenzione dell'agente significa dare per provato il disegno criminoso che il soggetto attivo voleva realizzare; significa, cioè, conoscere, prima di ‘interpretare’ una data condotta, che l'agente voleva uccidere e non ferire, voleva picchiare e non violentare, laddove gli atti, esprimendo una caratteristica oggettiva dell'univocità, “devono di per sé rivelare che l'agente ha iniziato a commettere un determinato delitto”²¹.

Idoneità e univocità, quali requisiti del tentativo punibile, concorrono a delimitare la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 56 c.p. in termini oggettivi. In particolare, per quel che concerne l'univocità, quest'ultima va intesa come elemento obiettivo di tipicità, o anche ‘di essenza’: “Per poter integrare il tentativo, la condotta dell'agente deve di per sé evidenziare, nel contesto in cui è tenuta, un significato obiettivo di realizzazione di una volontà criminosa, riconoscibile da un osservatore avveduto”²².

Si tratta, a ben vedere, di una questione non nuova nell'ambito del dibattito scientifico; come sostenuto da Dario Santamaria²³ “di solito si parte dall'esame del tipo di fatto incriminato per accertare gli elementi che rientrano nella sfera psicologica allo scopo di stabilire se l'azione sia penalmente rilevante”²⁴; da altra angolazione “si propone anche di capovolgere questo procedimento nel senso che si ritiene più esatto determinare in anticipo un concetto di dolo attraverso il quale si possa poi stabilire quali elementi si debbano ritenere ricompresi nell'ambito dell'intenzionalità e quali viceversa ne debbano restare fuori”²⁵. Appare subito evidente, si aggiungeva “che dei due metodi il più corretto è il primo che riconosce come la determinazione del dolo possa essere fatta solo attraverso l'interpretazione della norma incriminatrice del tipo di

¹⁹ C. Fiore - S. Fiore, *Diritto penale*, cit., 546.

²⁰ B. Petrocelli, *Il delitto tentato. Studi*, Padova, 1955, 30ss.

²¹ G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*¹⁰, Milano 2021, 545.

²² D. Pulitanò, *Diritto penale*, cit., 330.

²³ D. Santamaria, *Interpretazione e dommatica*, cit., 20.

²⁴ A. De Marsico, *Il dolo nei reati di falsità in atti. Scritti giuridici in memoria di E. Massari*, Napoli 1938, 413ss.; P. Nuvolone, *L'evento e il dolo nella diffamazione*, in *Riv. it.dir. pen.* 1949, 57ss. In particolare, cfr. M. Gallo, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, Milano 1953, 64ss.

²⁵ A. Pecoraro Albani, *Il dolo*, Napoli 1955, 608ss.

fatto. Il secondo costituisce un bell'esempio di *Inversionmethode*²⁶.

Anteporre la conoscenza dell'intenzione del soggetto agente all'analisi del fatto può essere fonte di paradossali conseguenze sul piano dommatico. Immaginiamo, ad es., che Tizio esploda all'indirizzo di Caio un colpo di pistola, cagionandogli delle lesioni per averlo attinto ad una gamba; se il fatto viene analizzato sul piano soggettivo dovremmo andare a valutare tutta una serie di circostanze con il rischio di ascrivere a Tizio una responsabilità a titolo di tentato omicidio qualora, ad esempio, l'esame dei rapporti tra i due ponga in luce un rapporto conflittuale e di odio; la valutazione del dato oggettivo potrebbe, invece, portare a conclusioni diverse, proprio perché il colpo alla gamba è 'di regola' idoneo a cagionare la morte e, quindi, Tizio dovrebbe rispondere di lesioni.

5. - Il contributo della giurisprudenza.

In ordine all'accertamento del dolo nel tentativo la giurisprudenza valorizza – seppur non senza oscillazioni – gli “elementi esteriori”²⁷ e, in particolare, quelle caratteristiche della condotta che, alla luce di affidabili massime di esperienza, risultino rivelatrici dello scopo perseguito dall'agente²⁸. La volontà omicida viene evinta – in un caso sottoposto dell'attenzione dei giudici – da un “contesto di esplicite minacce ed accettazione dello scontro fisico, dalla potenzialità del mezzo usato e dalla reiterazione dei colpi diretti verso zone vitali, la cui solo parziale penetrazione va posta in relazione ai movimenti della vittima”²⁹. Non diversamente si orienta altra giurisprudenza³⁰, quando sostiene che la prova del dolo, in assenza di esplicite ammissioni da parte dell'imputato, ha natura indiretta, dovendo essere desunta da elementi esterni e, in particolare, da quei dati della condotta che, per la loro non equivoca potenzialità offensiva, siano i più idonei ad esprimere il fine perseguito dall'agente. Ne consegue che, ai fini dell'accertamento della sussistenza dell'*animus necandi*, nel delitto di tentato omicidio, assume valore determinante l'idoneità dell'azione, che va apprezzata in concreto³¹.

²⁶ D. Santamaria, *Interpretazione e dommatica*, cit., 20.

²⁷ Si tratta di dati obiettivi dell'azione che, per la loro non equivoca potenzialità sintomatica, sono i più idonei ad esprimere il fine perseguito dall'agente; in tal senso cfr. Cass. pen. 22 febbraio 1989, in *Giust. pen.* 1990, II, 65; Cass. pen. sez. I, 14 marzo 1984, in *Cass. pen.* 1985, 889.

²⁸ Ulteriori approfondimenti in M. Gallo, *Dolo*, cit., 801 ss.; G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, cit., 546 ss. Sulla necessità delle massime di esperienza in grado di porsi come regole generali cfr. C. Piergallini, *La regola dell'“oltre ragionevole dubbio al banco di prova di un ordinamento di civil law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007, 593 ss.; ma sulle massime di esperienze v. G.P. Demuro, *Il dolo*, cit., 161. Secondo S. Prosdocimi, *Reato doloso*, cit., 258, l'uso di massime di esperienza deve fondarsi sopra un'attenta analisi di tutte le caratteristiche del caso concreto: modalità della condotta, eventuale predisposizione dei mezzi di esecuzione, personalità dell'agente, circostanze nelle quali il fatto si ambienta, contegno *post-delictum*, ecc. L'analisi di tali peculiarità potrà sempre smentire, in concreto, la massima di esperienza a prima vista applicabile. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a L. Eusebi, *Il dolo come volontà*, Brescia 1993, 117 ss.

²⁹ Cass. pen. Sez. I, 4/4/2001, n. 20220; così in tema di tentato omicidio, assume a tal fine pregnante significato sintomatico l'efficacia potenziale dell'azione, così come rappresentata dal suo autore al momento in cui fu posta in essere, secondo la ricostruzione che può essere in seguito effettuata in base alla situazione a quel momento esistente ed alle cognizioni e capacità intellettive del soggetto.

³⁰ Cass. pen. Sez. I, 23/9/2008, n. 39293, D., in *CED Cass. pen.* 2008, in *Cass. pen.* 2009, 10, 3869.

³¹ Nello stesso ordine di idee si sostiene che “in tema di dolo, la prova della volontà di commissione del reato è prevalentemente affidata, in mancanza di confessione, alla ricerca delle concrete circostanze che abbiano connotato l'azione e delle quali deve essere verificata la oggettiva idoneità a cagionare l'evento in base ad elementi di sicuro valore sintomatico, valutati sia singolarmente sia nella loro coordinazione”. E, dunque, ciò che viene in risalto è la

Ancora: la giurisprudenza di legittimità ha affermato che l'accertamento del dolo deve consistere nella considerazione e nella valutazione delle circostanze e delle modalità della condotta, che evidenziano la cosciente volontà dell'agente e sono indicative dell'esistenza di una rappresentazione del fatto³². Dunque, per la giurisprudenza a venire in rilievo sono le circostanze dell'azione, anche se l'analisi del fatto viene valorizzata ai soli fini della sussistenza dell'idoneità. L'analisi del 'fatto' deve determinare l'intenzione dell'agente con la conseguenza che il dolo dev'essere dimostrato in modo chiaro ed evidente, senza ricorrere a scorciatoie probatorie; così, ad esempio, a venire in rilievo nell'ipotesi sottoposta all'esame della giurisprudenza prima richiamata, è proprio la reiterazione dei colpi inferti verso zone vitali della vittima. Sul piano oggettivo, invece, deve valutarsi la sussistenza del nesso causale tra l'azione (reiterati colpi inferti) e l'evento astrattamente configurabile. Esaminando i fatti attraverso le leggi di copertura non si hanno difficoltà nel sostenere, perché scientificamente provato oltre ogni ragionevole dubbio, che dall'attingere una persona in zone vitali con un'arma (nel caso di specie un coltello) possa derivare la morte.

Detto in altre parole: per poter ascrivere a Tizio la responsabilità penale a titolo di tentato omicidio per aver esploso nei confronti di Caio un colpo di pistola, è insufficiente la semplice prova che l'azione posta in essere, da Tizio, avesse la 'potenzialità offensiva', oppure la 'ragionevole attitudine', e come tale risulta dimostrato l'*animus necandi*; occorre in primo luogo dimostrare l'idoneità e l'univocità dell'atto³³, requisiti che non possono essere confusi con la potenzialità offensiva. Bisogna dimostrare, cioè, che l'azione commessa da Tizio era certamente in grado di cagionare l'evento morte (non verificatosi per l'intervento di fattori esterni); e, dunque, dimostrare il nesso causale tra azione e l'evento astrattamente configurabile³⁴.

Sul piano dell'elemento soggettivo, poi, è l'analisi dell'intero fatto che deve manifestare la volontà dell'agente, e non si può anteporre la ricerca del dolo alla disamina dell'azione; quando si sostiene che nel delitto tentato, a differenza di quello consumato, la conoscenza dell'intenzione e, quindi, del dolo dell'agente, deve precedere e non seguire la valutazione che concerne la rilevanza degli elementi della fattispecie oggettiva, c'è il rischio di andare incontro a letture fuorvianti del dato storico. Invero, se si ipotizza che Tizio dopo aver dichiarato ad un suo amico di voler uccidere Caio, suo acerrimo nemico, venga trovato nei pressi dell'abitazione di Caio armato di fucile di

valorizzazione degli "elementi obiettivi del fatto" e delle "concrete manifestazioni della condotta" con il risultato che "le stesse affermazioni dell'agente hanno una funzione meramente sussidiaria"; cfr. Cass. pen. Sez. I, 12/1/1989, Calò, in *Cass. pen.* 1990, I,846, in *Giust. pen.* 1990, I, 30.

³² Cass. pen. sez. VI, 25/1/2012, n.3179, in *dejure.giuffrè.it*.

³³ Sostiene N. D'Ascola, *Il dolo del tentativo: considerazioni sul rapporto tra fattispecie oggettiva e soggettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1997, 682ss., che idoneità e univocità quali elementi del fatto di reato devono necessariamente essere investiti dal dolo; sul rapporto tra tentativo e condizioni obiettive di punibilità Id., *Reato e pena nell'analisi delle condizioni obiettive di punibilità*, Napoli 2004, 385ss.; sul "problematico rapporto tra univocità e dolo" cfr. U. Giuliani Balestrino, *Tentativo della bancarotta fraudolenta pre-fallimentare*, in AA.VV., *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola Bologna, 18-20 maggio 1995), a cura di S. Canestrari, Torino 1998, 456; sul rapporto tra dolo specifico e tentativo cfr. L. Picotti, *Il dolo. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milano 1993, 511ss., 565ss.

³⁴ Sui diversi profili non poco problematici del rapporto di causalità nella fattispecie tentata cfr. G. Licci, *Il tentativo*, in *Il reato*, opera diretta da M. Ronco, Bologna 2007, tomo secondo, 85ss. Più in generale, sul tema, con riferimento alla causalità psichica cfr. M. Ronco, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.* 2004, 3, 815ss.

precisione, sulla base della conoscenza della volontà di Tizio dovrebbe concludersi che lo stesso abbia posto in essere un tentativo di omicidio in danno di Caio. In sostanza, nell'esempio appena prospettato, l'atto apparirebbe idoneo ed univoco e, oltretutto, riceverebbe conferma proprio dalla asserita conoscenza dell'intenzione dell'agente; in altre parole, la presunta conoscenza del dolo inficia l'accertamento oggettivo del tentativo. Così operando, viene disapplicata la regola logica nello sviluppo delle spiegazioni che giustificano la scelta di determinate conclusioni a preferenza di altre³⁵. In tal modo viene capovolto il normale accertamento del fatto di reato, in quanto l'analisi dell'elemento soggettivo si antepone alle risultanze oggettive del fatto realmente verificatosi. Allo stesso risultato si perviene anche ragionando sull'assimilazione tra intenzione e univocità degli atti, che invece di risolvere il problema, finisce per complicarlo ulteriormente.

Immaginiamo il caso in cui sia certa ed inequivocabile la volontà omicida da parte di Tizio, il quale minaccia di voler uccidere Caio – circostanza precedentemente riferita ad un amico – e per questo si reca ad acquistare un potente veleno. Giunto sul posto, anziché versare il veleno acquistato versa nel bicchiere della vittima – per errore, ma pur sempre con la certezza di aver versato la sostanza venefica – una sostanza innocua simile al veleno. Ora, ragionando sull'intenzione dell'agente non c'è dubbio che l'atto di acquistare il veleno è atto idoneo al fine di commettere l'omicidio e, dal punto di vista del dolo dell'agente, è anche atto univoco, ma non per questo si può sostenere la conclusione di ritenere Tizio punibile a titolo di tentato omicidio. Tizio voleva uccidere ed era altresì convinto di aver fatto tutto ciò che era utile al fine di cagionare la morte di Caio; ogni atto è coperto dalla volontà dolosa ma, nonostante ciò, non può ascrivere a Tizio il tentato omicidio proprio perché viene meno la tipicità oggettiva del fatto e con ciò viene a risultare irrilevante l'elemento soggettivo.

Proprio al fine di evitare questi esiti, una parte della dottrina – dopo aver ribadito che occorre prima stabilire di quale tipo di fatti si tratti e dopo valutare in relazione a tale 'fatto' se gli atti siano o meno idonei a commettere il delitto³⁶ – ha specificato che l'intenzione dell'agente rileva, nella determinazione del 'tipo di fatto', non in riferimento al primo atto esecutivo, ma in relazione a quello terminale, quando cioè l'azione si compie (nel delitto consumato e in quello cd. mancato) o quando viene interrotta (nel delitto tentato in senso stretto)³⁷. Di modo che, riprendendo a sua volta riflessioni precedentemente avanzate³⁸, si sostiene: "E' sempre l'ultimo atto dell'azione progettata a decidere del tipo di azione commessa dal soggetto, quello che fissa, cioè, la qualità del fatto di cui il soggetto deve rispondere³⁹".

³⁵ La giurisprudenza ha avuto modo di richiamare, più volte, la congruità logica dell'apparato argomentativo; cfr. ad es. Cass. pen. Sez. un., n. 930, 2004, Aponte, Rv. 203428.

³⁶ A.R. Latagliata, *La desistenza volontaria*, Napoli 1963, 89; il quale aggiunge, a titolo di esempio, l'atto di esplodere un colpo di pistola con un'arma caricata a salve può essere idoneo a realizzare il tipo di fatto della minaccia, ma non è certo idoneo rispetto ad altri tipi di fatto (l'omicidio, le lesioni, ecc.).

³⁷ A.R. Latagliata, *La desistenza*, cit., 92.

³⁸ Ci si riferisce a M. Gallo, *Il dolo, oggetto e accertamento*, cit., 77, quando afferma: "a nulla rileva che io acquisti un fucile, mi apposti nelle vicinanze di un luogo ove Tizio suole abitualmente passare e spiani l'arma contro di lui soltanto perché materialmente costretto; se ho voluto la pressione del mio dito sul grilletto, avrò dato vita all'azione tipica del reato di omicidio doloso, a quell'azione, cioè, che deve necessariamente verificarsi perché sia realizzata la figura criminosa in questione. E per contro, se le azioni sopra descritte sono volontarie, ma lo scatto dell'arma avviene perché scivolo e casco per terra, l'eventuale uccisione non potrebbe essermi attribuita a titolo di dolo".

³⁹ A.R. Latagliata, *La desistenza*, cit. 93.

Nonostante l'acutezza delle riflessioni, anche questa tesi non soddisfa o, quanto meno, la sua utilizzazione appare in grado di spiegare delimitati effetti unicamente nell'ambito della categoria dei reati cd. a forma vincolata, un settore, quest'ultimo, ove è il legislatore ad esigere, generalmente, che l'azione sia compiuta con determinate modalità. Negli altri casi, essa presta il fianco a valutazioni critiche di segno opposto, nella misura in cui, individuando il momento esecutivo nell'ultimo atto, finisce per svuotare la *ratio* del tentativo per difetto nel senso, cioè, che la norma esplica i suoi esiti in modo tardivo rispetto al comportamento posto in essere dall'agente. Così nell'esempio prospettato da Marcello Gallo – e, più in generale, nei reati a forma libera – è facile, per l'agente, sostenere di aver premuto il grilletto perché inciampato, perché spaventato dall'avvicinarsi di un animale, *etc.*

Ancor di più, attraverso la teoria 'dell'ultimo atto dell'azione progettata' difficilmente si riesce ad ammettere il tentativo nei delitti omissivi impropri, laddove l'azione può mancare del tutto; si pensi, all'esempio di scuola della madre che omette di nutrire il bimbo appena nato, perché ne vuole la morte. Nell'esempio della madre appena prospettato, non si ha un semplice atto o una semplice omissione ma, viceversa, un 'comportamento' che si protrae per un certo lasso di tempo e, come tale, non lascia spazio all'individuazione dell'*ultima* azione/omissione; si potrebbe parlare in questi casi di comportamento seriale.

Riteniamo, pertanto, che fondare la pretesa punitiva sull'esclusiva conoscenza dell'intenzione dell'agente, non sia operazione possibile per un sistema, come il nostro, che richiede profili di materialità del tentativo, per il rischio di recuperare, seppure in modo del tutto surrettizio, forme di diritto penale della volontà o di *Gesinnungsstrafrecht*. Ciò non significa mettere in dubbio il dato secondo cui la constatazione della tipicità della condotta esiga, necessariamente, l'accertamento della finalità criminosa, ma sostenere che la 'sola' conoscenza dell'intenzione – ancor di più se anteposta all'analisi del dato oggettivo – non è sufficiente per stabilire, in modo risolutivo, i caratteri di idoneità e non equivocità degli atti compiuti; laddove, viceversa, sono gli atti posti in essere a dover stabilire il fine del proponimento criminoso e, dunque, l'intenzione dell'agente⁴⁰.

Nell'ambito di questi schematici riferimenti, deve essere richiamata la posizione di altra dottrina nel momento in cui sostiene – dopo aver premesso che non si riesce a dare una risposta plausibile, se non si accerti, in primo luogo, quale debba essere l'intenzione del soggetto agente – che il "previo accertamento si impone sempre senza eccezioni"⁴¹. Di idoneità e non equivocità di una certa condotta – continua l'Autore – non può parlarsi prima di aver stabilito quale fosse l'intenzione che detta condotta sorreggeva e, nella dinamica dell'accertamento, sia prioritario precisare l'intento dell'agente⁴². Per il delitto consumato occorre muovere dalla verifica degli

⁴⁰ È appena il caso di richiamare in proposito le riflessioni svolte da M. Gallo, *Appunti di diritto penale*, vol. III, *Le forme di manifestazione del reato, con la collaborazione* di M. Amisano, Torino 2003, 69, che risolve il problema di determinare l'area delle circostanze dalle quali è lecito desumere la direzione non equivoca degli atti, tenendo conto, in primo luogo, del comportamento posto in essere dall'agente, ma nessuno vieta di valorizzare anche dati estranei all'atto compiuto e, dunque, gli elementi che lo accompagnano.

⁴¹ M. Gallo, *Appunti*, vol. III, cit., 66.

⁴² M. Gallo, *op. ul. cit.*, 66; per meglio spiegare il suo pensiero l'Autore afferma che anche l'atto apparentemente più carico di significato (al tal fine ricorre al clamoroso esempio del colpo d'ascia sulla testa della vittima) può essere inteso nel modo più vario (e nell'esempio del colpo d'ascia non è chiaro se l'autore mirasse ad uccidere o a ferire). Pertanto "l'area degli effetti rispetto ai quali vanno stabiliti l'idoneità e l'univocità è assai ristretta: ma non tanto da permettere che al relativo giudizio si arrivi senza accertarne prima il referente" (p. 67).

elementi oggettivi, positivi e negativi, che danno vita al ‘fatto’; ‘l’elemento soggettivo riflette tali elementi’; lo stesso vale per il tentativo “solo che al fatto oggettivo, più precisamente: il giudizio che afferma l’esistenza di atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, si arriva appurando, innanzitutto, a che cosa tendesse il comportamento dell’agente. È un momento finalistico che contrassegna la struttura del delitto tentato, riguardo al quale non è fuor di luogo parlare di elemento soggettivo del fatto. Elemento soggettivo che, però, non coincide e non va confuso con quello che è l’elemento psicologico del tentativo”⁴³. Il dolo – sostiene ancora Marcello Gallo – è volontà e rappresentazione attuose; “esse debbono proiettarsi in concreto, sull’atto o sugli atti tipici. L’intenzione che va accertata per definire idonei e diretti in modo non equivoco comportamenti qualificabili a titolo di tentativo non si accompagna necessariamente alla realizzazione di atti tipici; la precede e può essere caratterizzata dal proposito di rinviare anche di molto l’esecuzione della condotta rispondente ad una previsione criminosa”⁴⁴.

In un tale contesto meritano di essere ricordate le considerazioni svolte da Franco Bricola, secondo cui l’indagine in ordine all’accertamento del dolo⁴⁵ – seppur con riferimento al delitto consumato – si muove lungo due direttrici: da un lato, analizzando gli elementi della fattispecie legale (obiettiva), dall’altro, valutando gli elementi che, benché posti al di fuori di essa, attengono alla personalità dell’agente, al suo carattere, ecc.⁴⁶. In ordine al primo dei profili avanzati, il comportamento descritto nella fattispecie è arricchito di tutte quelle modalità di tempo, spazio e luogo che esso presenta nella realtà concreta e potrà avere già di per sé un notevole valore sintomatico di dolo⁴⁷. La valutazione delle circostanze che hanno preceduto o seguito il comportamento dell’agente “non deve mai far perdere di vista quello che è il punto penalmente rilevante, ossia quella parte di condotta del soggetto che il legislatore ha ipostatizzato in una fattispecie di reato”⁴⁸. Così, ad esempio, per ricostruire il dolo del delitto di omicidio, può essere utile tener conto di una serie di elementi preparatori (acquisto del fucile, appostamento in un luogo in cui è solita passare la vittima designata) “ma la rilevanza penale della fattispecie di omicidio si inizia con l’azione tipica, quando cioè Tizio ha premuto il grilletto. È con riferimento a questo punto che deve essere enucleata la volontà in rapporto all’evento (uccisione), sia pure nella forma minore della consapevolezza con accettazione del rischio (dolo eventuale)”⁴⁹. Si specifica, poi: “se pertanto in questo momento Tizio è incespicato e, cadendo, il colpo è ugualmente partito, le circostanze precedenti perdono il loro valore sintomatico con riferimento a questa fattispecie, conservandolo però nei riguardi di quella del tentativo”⁵⁰.

Quest’ultima asserzione non appare immune da qualche ulteriore osservazione; non si riesce a

⁴³ M. Gallo, *Appunti*, vol. III, cit., 66-67.

⁴⁴ M. Gallo, *Appunti*, vol. III, cit., 68, così, ad esempio, chi al fine di preparare un furto effettua un sopralluogo di un locale nel quale sarà depositata, tra qualche giorno, merce di grande valore, è certamente animato dall’intenzione criminosa di rubare, ma non agisce nell’attualità di una volontà dolosa. Ciò spiega come nell’ispezione di quel locale, chiarito l’intento criminoso, siano ravvisabili gli estremi della idoneità e della direzione non equivoca a commettere un delitto, senza però che, per difetto di dolo, vi sia tentativo.

⁴⁵ Sulla distinzione tra fine tipico e movente, cfr. L. Picotti, *Il dolo*, cit., 520ss.

⁴⁶ F. Bricola, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e accertamento del dolo*, Milano 1960, 16.

⁴⁷ Si tratta di un accertamento di inferenza, su cui v. M. Gallo, *La teoria dell’azione “finalistica” nella più recente dottrina tedesca*, in *Studi Urb.*, 1948-1950, 213.

⁴⁸ F. Bricola, *Dolus in re ipsa*, cit., 216.

⁴⁹ F. Bricola, *Dolus*, cit., 261-217.

⁵⁰ F. Bricola, *Dolus*, cit., 217.

spiegare, cioè, come possa rispondere di tentato omicidio l'agente che inciampa e, dunque, accidentalmente preme il grilletto e lascia partire il colpo di fucile. Ci sembra che nell'esempio prospettato venga meno la tipicità del delitto consumato per l'intervento di una circostanza fortuita (art. 45 c.p.); ne discende che al venir meno del delitto consumato dovrebbe venir meno anche il delitto tentato.

L'eventuale ascrizione della responsabilità penale, in capo a Tizio, troverebbe asilo solo attraverso il recupero di forme di responsabilità oggettiva, qualora se ne ammettesse – cosa che escludiamo – la compatibilità con l'attuale sistema penale. In altri termini, va esclusa la responsabilità penale dell'agente per il tentato omicidio perché, come è noto, l'elemento psicologico del fatto tipico copre non solo l'azione ma anche l'evento che, nell'esempio richiamato, si verifica accidentalmente.

Le difficoltà connesse all'esegesi della locuzione 'atti idonei diretti in modo non equivoco' hanno determinato – in una prospettiva *de iure condendo* – una riformulazione del comma 1 dell'art. 56 c.p. nei seguenti termini: "*Chiunque pone in pericolo il bene giuridico risponde di delitto tentato se il fatto voluto non si verifica*"⁵¹.

A tale conclusione si è pervenuti ragionando sul dato che, tranne voci isolate, il tentativo si traduce, nei fatti, nel sanzionare il comportamento di colui che pone in pericolo il bene giuridico. Dunque, il pericolo per il bene giuridico diventa l'elemento fondamentale che connota la condotta dell'agente e giustifica la reazione da parte dell'ordinamento attraverso l'inflizione della sanzione penale⁵². Se così è, non si comprende per quale ragione il pericolo non dovesse essere espressamente richiamato nel tipo criminoso⁵³.

6. - La condivisibile ricostruzione della Corte sulla differenziazione tra omicidio (tentato) e lesioni (consumate).

Alla luce delle succinte osservazioni svolte possiamo meglio cogliere le deliberazioni della Corte territoriale che, si ribadisce, appaiono perfettamente in sintonia con la valorizzazione dei profili di materialità del delitto tentato.

La Corte, nel rigettare i motivi della difesa protesi alla derubricazione del fatto da tentato omicidio

⁵¹ E. Lo Monte, *Il delitto tentato*, cit., 162.

⁵² La valorizzazione del pericolo viene opportunamente sostenuta anche nella decisione in commento, 38ss.

⁵³ L'espresso riferimento al pericolo potrebbe apportare significativi miglioramenti all'attuale funzionamento del 'meccanismo' del delitto tentato. Siamo ben consapevoli dell'entità del problema dommatico-interpretativo concernente l'accertamento del pericolo, però ci sembra indiscutibile che, rispetto allo stato attuale delle cose, è possibile cogliere non irrilevanti progressi in ordine alle questioni inerenti: la distinzione tra atti preparatori e atti esecutivi; la punibilità degli atti prealpici, la disciplina relativa ai delitti omissivi, quelli a forma libera e quelli a forma vincolata, l'idoneità e l'univocità degli atti, l'accertamento del dolo. Lo sforzo che attende l'interprete potrà così concentrarsi sul riscontro del pericolo concreto. Ed anche rispetto alla questione sollevata dall'accertamento del dolo, il requisito del pericolo – benché non manchino le difficoltà già nella sua determinazione concettuale e le controversie concernenti l'essenza, i criteri di accertamento o le diverse nozioni in rapporto ai diversi istituti (– nella misura in cui richiede, ai fini dell'accertamento, una valutazione delle varie conoscenze attinenti all'esistenza di una situazione oggettiva, il cui evolversi, in mancanza dell'insorgere di circostanze impeditive, avrebbe verosimilmente condotto ad un evento di lesione del bene protetto, appare in grado di svolgere un fondamentale ruolo. Alla luce delle riflessioni sinora svolte, com'è stato limpidamente posto in risalto, anche il pericolo deve sottostare, in forza del principio di tassatività e contro incontrollabili intuizionismi del giudice, a criteri razionali di verifica empirica" (F. Mantovani - G. Flora, *Diritto penale*, cit., 206ss.).

a lesioni, fonda il proprio convincimento su alcuni aspetti meritevoli di ulteriori considerazioni; invero, dai rilievi balistici della P.G. veniva accertato che uno degli imputati (X²) aveva esploso quattro colpi di pistola all'indirizzo della vittima, l'ultimo dei quali aveva attinto la stessa alla gamba sinistra, precisamente al tendine del quadricipite femorale, come documentato nel referto medico redatto presso il pronto soccorso del presidio ospedaliero ove venne ricoverata in codice giallo, per essere sottoposta ad un intervento di estrazione del proiettile. Avere attinto la parte offesa alla gamba (precisamente la zona della coscia) condurrebbe ad una conclusione in linea con quanto sostenuto nei motivi di gravame, vale a dire l'esclusione del tentativo di omicidio in favore della fattispecie di lesioni. Conclusione che sembrerebbe confermata da due aggiuntive circostanze:

- a) tre proiettili colpirono e trapassarono la palizzata posta a protezione dell'uscio d'ingresso dell'abitazione della vittima; la staccionata di legno aveva un'altezza di 1,30 m. ed aveva una lunghezza complessiva di 2,30 m., con una porticina d'ingresso della larghezza di 80 cm. I fori furono rinvenuti, il primo, ad un'altezza da terra di 1,10 m. ed a 25 cm. dal margine sinistro, il secondo ad un'altezza di 1,00 m. da terra ed a 40 cm. dal margine sinistro, il terzo ad un'altezza di 70 cm. da terra ed a 1,30 m. dal margine sinistro. L'inclinazione della traiettoria di tiro rispetto al suolo fu calcolata, rispettivamente, in 10, 15 e 5 gradi, con direzione dall'alto verso il basso, mentre la distanza intercorrente tra la posizione dello sparatore ed il punto d'impatto fu approssimativamente stimata in 2-3 metri (pag. 31 della sentenza);
- b) l'altezza della vittima (1,90 m.). Si tratterebbe, pertanto, di colpi indirizzati verso parti non vitali della persona offesa o, quanto meno, meritevoli di sollevare marcati dubbi sulla capacità degli stessi di cagionare la morte.

Va rimarcata, però, la situazione che la vittima si trovasse (come riportato nella sentenza che contraddice quanto sostenuto nei motivi di appello) *non in una posizione eretta* durante l'azione di fuoco e che, anzi, avesse cercato di “scansarsi”; tutto ciò induce ragionevolmente a ritenere che i proiettili in questione avrebbero potuto raggiungerla anche in punti vitali. In altri termini, la circostanza che la parte offesa avesse trovato riparo dietro la palizzata, piegandosi o raggomitolandosi su sé stessa per evitare di essere colpita, rende l'esplosione dei colpi adeguata ad attingere zone vitali della persona. L'inclinazione dei colpi verso il ‘basso’, l'altezza della palizzata (un metro e trenta centimetri), l'esigua distanza tra aggressore e vittima nonché (e soprattutto) la posizione assunta da quest'ultima fanno propendere per la *oggettiva* sussistenza dell'idoneità dei colpi esplosivi di cagionare la morte⁵⁴. Di lesioni si sarebbe trattato se la vittima fosse rimasta in *posizione eretta* così da valorizzare anche la propensione – di 10, 15 e 5 gradi – “verso il basso” dei colpi di pistola; l'inclinazione degli stessi rispetto ad una persona piegata finisce, all'opposto, per ribadire l'adeguatezza dell'azione e, ancor di più, a denotare la direzione univoca dei proiettili a causare la morte.

La Corte prosegue la disamina verificando la sussistenza dei requisiti previsti dal delitto tentato e, quindi, soffermandosi sui concetti di idoneità e di univocità (punto 3 della decisione, prima parte), ritenuti dalla difesa inesistenti: le caratteristiche oggettive della condotta avrebbero dimostrato l'insussistenza dei requisiti previsto dall'art. 56 c.p. rispetto al reato ipotizzato dall'Accusa. In

⁵⁴ A supporto può essere richiamata anche la deposizione di un teste nel riferire che l'agente aveva puntato “la pistola da distanza ravvicinata verso lo stomaco e verso le gambe” della vittima (pag. 35 della sentenza).

sostanza, veniva rimarcato che l'azione di fuoco, essendo stata preceduta da una colluttazione, sarebbe stata indicativa del fatto che l'obiettivo dei correi fosse solo quello di dare una lezione alla vittima; in caso contrario, sottolineava la difesa, l'agente "non sarebbe fuggito immediatamente dopo aver colpito la vittima alla gamba, dando prova di non essere intenzionato ad ucciderla". Da altro punto di vista veniva sostenuto che "gli imputati al più agirono con dolo eventuale, che, com'è noto, non può valere ad integrare l'elemento soggettivo tipico del delitto di tentato omicidio" (pag. 37 della sentenza).

Di diverso avviso la ricostruzione operata dalla Corte che – come si ricava dall'ampio apparato motivazionale – ha ritenuto configurabile l'ipotesi di tentato omicidio valorizzando i requisiti dell'art. 56 c.p.; invero nel passare in rassegna la locuzione 'atti idonei diretti in modo non equivoco' viene evidenziato, sul piano oggettivo, che l'azione posta in essere dal responsabile fosse obiettivamente idonea a provocare l'evento, vale a dire a mettere in pericolo la vita della persona offesa; tale idoneità, però, deve essere apprezzata con giudizio *ex ante*, secondo il criterio della cd. prognosi postuma, con riferimento al contesto delle circostanze concrete in cui il fatto si verifica, nel senso che l'atto criminoso, tenendo conto delle condizioni in cui opera l'agente e delle modalità dell'azione, deve essere causalmente adeguato a creare una situazione di effettivo ed attuale pericolo. Non è quindi necessario che la vittima, in conseguenza della condotta posta in essere dall'agente, abbia riportato lesioni potenzialmente lesive della sua incolumità, ma occorre soltanto che l'azione incriminata possieda, nel momento in cui viene attuata, caratteristiche tali da poter determinare la morte del soggetto passivo, sebbene questa non si verifichi, per cause indipendenti dalla volontà dell'autore (pag. 38 della decisione).

Per quanto concerne l'univocità, secondo la Corte, "questa deve possedere, per caratteristiche intrinseche, l'attitudine a denotare già sul piano oggettivo il proposito criminoso perseguito dall'agente. Con specifico riferimento al tentato omicidio, si è anche chiarito che l'idoneità degli atti non è un criterio particolarmente selettivo, *nella misura in cui esclude i comportamenti innocui, privi di pericolosità, ma non caratterizza i segmenti della condotta nella loro connessione dinamica e funzionale*, sicché l'individuazione delle caratteristiche tipiche del reato va effettuata proprio in base al più pregnante criterio dell'univocità, che va pur sempre considerata come una caratteristica oggettiva della condotta, nel senso che gli atti, oltre ad essere dotati di potenziale efficienza causale rispetto all'evento, devono in se stessi rivelare, per il contesto nel quale si inseriscono, per la loro natura ed essenza, il fine avuto di mira dall'agente, secondo le norme di esperienza e *l'id quod plerumque accidit*".

Orbene, il ragionamento della Corte – senza richiamare le varie declinazioni dei concetti di idoneità e univocità accolti in dottrina e in giurisprudenza⁵⁵ – oltre a recepire l'impostazione

⁵⁵ Sulle diversità delle opinioni in tema di idoneità (variamente intesa nei termini di rilevante possibilità, di adeguatezza causale, di non inidoneità della condotta, di adeguatezza alla realizzazione del delitto, di adeguatezza sociale, di capacità causale, di probabilità della consumazione, di probabilità della lesione, di idoneità come possibilità e come probabilità, di capacità degli atti di portare a compimento l'*iter criminis*, dell'adeguatezza in concreto dell'atto al raggiungimento dello scopo, tenuto conto del contesto delle circostanze in cui opera l'agente, di efficienza causale) e di univocità degli atti (intesa come la direzione finalistica della condotta espressa dalla corrispondenza tra il significato esteriormente percepibile degli atti e l'offesa descritta in una fattispecie incriminatrice; oppure come congruenza obiettiva e concreta rispetto al significato offensivo degli atti posti in essere dal soggetto; di attitudine a denotare il proposito criminoso perseguito, l'atto è univoco, allorquando, considerato in sé medesimo, per il contesto nel quale s'inserisce, per la sua natura ed essenza riveli secondo le norme di esperienza e *l'id quod plerumque accidit*

dell'univocità come una caratteristica oggettiva della condotta e, dunque, in termini di criterio di essenza e non di prova del tentativo⁵⁶, ricostruisce l'elemento psicologico ricavandolo dall'analisi del dato fattuale.

7. - (segue) con riferimento al dolo del tentativo.

La sussistenza degli atti idonei diretti in modo non equivoco ad integrare la fattispecie di tentato omicidio viene ribadita, per quanto concerne l'elemento psicologico, da una serie di circostanze puntualmente riportate nelle motivazioni della decisione in commento.

Il dato che merita di essere evidenziato è che la volontà omicida dell'agente viene "desunta proprio dal grado di sviluppo e dalle peculiari modalità di attuazione della condotta, nel cui ambito assumono decisivo rilievo la natura del mezzo usato, la parte del corpo attinta, il numero dei colpi inferti e la gravità delle lesioni subite dalla vittima" (pag. 39 della sentenza). Sotto questo profilo la Corte di Appello si allinea al costante orientamento giurisprudenziale che, in tema di prova del dolo utilizza, con riferimento ad un'ipotesi tentato omicidio/lesioni, tutti i possibili indizi: direzione del colpo, distanza metrica tra agente e vittima, moventi, rapporti tra agente e parte offesa, comportamenti antecedenti e successivi al fatto, ecc. Dalla valutazione di tutti questi elementi la giurisprudenza 'deduce' se il compimento di una data azione era supportata da *animus necandi* oppure da *animus laedendi*⁵⁷.

Per risolvere il caso in esame la Corte territoriale tiene nel debito conto le riflessioni svolte in un noto orientamento assunto dai giudici di legittimità nella massima composizione⁵⁸ da cui trae utili spunti per individuare la categoria di dolo più confacente.

In primo luogo, viene in evidenza – ai fini della compatibilità con il delitto tentato – il dolo intenzionale (unanimente ritenuto ammissibile in dottrina e giurisprudenza) che "non risulta particolarmente problematica, giacché in tal caso l'evento criminoso rientra nella serie di scopi in vista dei quali il soggetto si determina ad agire, con atteggiamento finalizzato proprio a provocarne la realizzazione, sebbene anche questa forma di dolo, caratterizzata dal ruolo dominante della volontà, che raggiunge la sua massima intensità, sia compatibile con la previsione dell'evento in termini non di certezza ma di possibilità" (pag. 38 della sentenza).

Allo stesso modo, nella ricostruzione operata dalla Corte di Appello, non suscita particolari questioni la configurabilità del tentativo con il dolo diretto⁵⁹, che si verifica quando la volontà non è rivolta 'direttamente' verso l'evento tipico che l'agente si rappresenta, tuttavia, come conseguenza accessoria certa o altamente probabile della propria condotta, seppur non intenzionalmente perseguita. Il soggetto, cioè, "compie volontariamente una certa azione, rappresentandosene con certezza o con alta probabilità lo sbocco in un fatto di reato, ma la rappresentazione non esercita efficacia determinante sulla volizione della condotta; con la

l'intenzione, il fine dell'agente) e per ulteriori considerazioni sul dibattito intorno ai concetti di idoneità e univocità cfr. E. Lo Monte, *op. ult. cit.*, 69ss., e bibliografia ivi richiamata.

⁵⁶ V. p. 38 della sentenza.

⁵⁷ Cass. pen. Sez. I, 20/1/2017, n. 12813, in *DeJure*.

⁵⁸ Cass. pen. S.U., 24/4/2014, n.38343, Espenhahn ed altri, Rv 261105 a cui ha fatto seguito Cass. pen. Sez. V, 20/06/2019, n. 40424, Rv. 277112.

⁵⁹ Sulla compatibilità del dolo diretto in tema di tentato omicidio Cass. pen. Sez. I, 13/4/2018, n. 43250, Alfieri, in CED 274402; Cass. pen. Sez. V, 11/4/2016, n. 23618, Ganapini, ivi, 266915; in dottrina, fra gli altri, G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, cit., 547.

precisazione che deve venire in gioco un livello di previsione in termini di “ben elevata probabilità”, nel senso che, alla cognizione certa, va equiparata la rappresentazione della realizzazione del fatto come altamente verosimile” (pag. 39 della sentenza).

8. - La soluzione adottata dalla Corte.

La Corte affronta poi una delle questioni più spinose in tema di accertamento dell'elemento psicologico, vale adire il rapporto tra dolo eventuale e delitto tentato; si tratta di una categoria che, già sul piano generale, ha suscitato da sempre non pochi rilievi problematici, che risultano ulteriormente ampliati in ipotesi di delitto tentato.

In via di estrema sintesi, sulla compatibilità tra dolo eventuale e delitto tentato, si contrappongono due tesi: la prima, sostenuta dalla dottrina minoritaria⁶⁰ e dalla giurisprudenza dominante in passato⁶¹, si fonda sul presupposto che l'ordinamento non operi alcuna distinzione tra delitto tentato e delitto consumato ma valorizza la differenza solo sul piano della struttura con la conseguenza che il dolo della consumazione è lo stesso del tentativo. Inoltre, l'univocità intesa in termini 'oggettivi' si riferisce solo alla fattispecie oggettiva e pertanto non ridonda sul dolo quale forma di intenzione diretta a commettere il reato. È stato in proposito segnalato che una tale impostazione cerca di far fronte a preoccupazioni general-preventive che spingono la giurisprudenza a prescegliere il trattamento più rigoroso, come si verifica nell'ipotesi di omicidio tentato in luogo delle lesioni dolose⁶².

All'opposto, la soluzione negativa viene accolta dalla dottrina maggioritaria e dalla prevalente giurisprudenza⁶³ evidenziando che “il dolo del tentativo è intenzione di commettere il delitto perfetto” (con conseguente esclusione del dolo eventuale). Inoltre, è lo stesso concetto di tentativo che implica: a) una volontà orientata verso uno scopo e non la mera accettazione di un rischio possibile; b) la direzione univoca degli atti, la quale pur riguardando il comportamento materiale, implica anche un corrispondente atteggiamento della volontà⁶⁴ e, pertanto, risulta un'incompatibilità strutturale tra il dolo eventuale e il requisito della univocità⁶⁵.

⁶⁰ In dottrina, per la configurabilità del tentativo con dolo eventuale cfr., ad esempio, G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, cit., 546; ritiene di rinvenire la soluzione della configurabilità del delitto tentato in presenza di dolo eventuale ragionando non sul terreno di una incompatibilità strutturale (tra dolo eventuale e tentativo) ma su quello delle opzioni politico-criminali anche se, si specifica, la lettera dell'art. 56 c.p. richiedendo la 'direzione' degli atti verso uno specifico delitto) può ben essere intesa come espressiva di una volontà “che deve essere orientata, intenzionalmente o con certezza, verso la realizzazione di uno o più risultati delittuosi determinati”, F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 457.

⁶¹ Cass. pen. S.U., 18/6/1983, n. 6309, Basile, in Cass. pen. 1984, 493ss.; Cass. pen. 13/11/1980, ivi, 1981, II, 504ss.; Cass. pen. 12/3/1984, in Riv. pen., 1985, 101; Cass. pen. 28/11/1987, ivi, 1989, 1746; Cass. pen. 22/10/1993, in Giust. Pen. 1984, II, 597.

⁶² G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale*, cit., 495.

⁶³ Oltre alla decisione richiamata nella sentenza in commento (Cass. pen., Sez. VI, 20/03/2012, n. 14342) si v. Cass. pen. Sez. I, 14/11/2019, n. 1767, Iannone, in *Cortedicassazione.it*; Cass. pen. Sez. I, 10/10/2019, n. 51780, Andreoli, ivi; Cass. pen. Sez. I, 10/7/2019, n. 51076, Okogun, ivi).

⁶⁴ F. Mantovani - G. Flora, *Diritto penale*, cit., 454ss.

⁶⁵ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale*, cit., 496; diversamente C. Fiore - S. Fiore, *Diritto penale*, cit., 547, per i quali non si comprende perché mai ciò che, al momento dell'azione, sarebbe sufficiente a costituire l'agente in dolo rispetto al delitto consumato, dovrebbe, *ex post*, ritenersi insufficiente se l'evento, poi, non si verifica *per ragioni indipendenti dalla volontà dell'agente*.

La Corte di Appello, nel risolvere il caso in esame, si sofferma sul dolo eventuale evidenziandone alcune peculiarità:

- a) il dolo eventuale non può essere individuato nella semplice accettazione del rischio di un evento non voluto (per distinguerlo dalla colpa cosciente)⁶⁶, richiedendosi, comunque, una componente volitiva, che va ricercata in sede di accertamento degli elementi concreti della fattispecie. Tale verifica è essenziale per comprendere (riportando la sentenza delle Sezioni Unite) *“se l'agente si sia lucidamente raffigurata la realistica prospettiva della possibile verificazione dell'evento concreto costituente effetto collaterale della sua condotta, si sia per così dire confrontato con esso e infine, dopo aver tutto soppesato, dopo aver considerato il fine perseguito e l'eventuale prezzo da pagare, si sia consapevolmente determinato ad agire comunque, ad accettare l'eventualità della causazione dell'offesa”*, che, in presenza di tali condizioni, finisce per essere ugualmente voluta, in quanto fondata su una scelta razionale, ponderata e consapevole, rispetto a tutte le implicazioni del caso specifico. È decisivo, continua la Corte di Appello, rifacendosi ancora una volta alla sentenza Espenhahn, *“che nella scelta d'azione sia ravvisabile una consapevole presa di posizione di adesione all'evento, che consenta di scorgervi un atteggiamento ragionevolmente assimilabile alla volontà, sebbene da essa distinto: una volontà indiretta o per analogia, si potrebbe dire”*;
- b) l'indagine sul dolo eventuale si colloca, pertanto, sul piano indiziario, nel senso che occorre individuare elementi concreti dai quali sia possibile desumere la ricostruzione del processo decisionale, in termini tali da dimostrare che la condotta è stata realizzata sulla base di una nitida, ponderata consapevolezza della concreta prospettiva dell'evento collaterale e quindi in adesione a tale eventualità, quale prezzo o contropartita accettabile in relazione alle finalità primarie (pag. 40 della sentenza in commento);
- c) e, per quanto concerne la categoria dei cd. *“illeciti di sangue”*, i classici paradigmi utilizzati per la valutazione della fattispecie – le caratteristiche dell'arma, la ripetizione dei colpi, le parti prese di mira e quelle colpite – rilevano ai fini dell'individuazione del dolo eventuale solo quando non si è in presenza della elevata probabilità di verificazione dell'evento, perché in tale ultimo caso si rientra nel diverso ambito del dolo diretto.

Prima di trarre le conclusioni, la Corte di Appello svolge ulteriori riflessioni anche sul dolo alternativo e, riprendendo la sentenza Espenhahn, sostiene che il dolo alternativo, come il dolo indeterminato, non costituiscono autonome categorie di dolo, posto che la prima fattispecie si configura quando il soggetto agisce volendo alternativamente o cumulativamente due o più risultati che non sono tra loro incompatibili, *“mentre il dolo alternativo viene in rilievo quando gli eventi voluti sono incompatibili fra loro, nel senso che la realizzazione dell'uno esclude la realizzazione dell'altro, come nel caso in cui si si spari per ferire od uccidere indifferentemente. In ambedue le figure in questione, il dolo potrà configurarsi come intenzionale, diretto o eventuale”* (pag.41 della sentenza in commento).

Nonostante le 'precisazioni' delle Sezioni Unite sul dolo eventuale, la Corte di Appello evita qualunque riferimento alla valorizzazione di forme di 'volontà indiretta' e, conseguentemente, perviene alla conclusione di escludere il dolo eventuale nel caso specifico, ascrivendo la

⁶⁶ La sentenza delle Sezioni Unite lancia un monito contro le tendenze giurisprudenziali funzionali a forzare la figura del dolo eventuale, fino a spogliarlo dei caratteri necessari a definire la forma più grave di colpevolezza; in tale senso D. Pulitanò, *Diritto penale*, cit., 245.

responsabilità in capo agli imputati a titolo di dolo diretto alternativo⁶⁷.

La categoria del dolo diretto alternativo consente, così, di ‘coprire’ l’intero fatto e, dunque, anche l’ipotesi – avanzata dalla difesa – che gli imputati erano mossi da *animus laedendi* e non *necandi*. Scrivono, invero, i giudici di secondo grado nelle motivazioni della sentenza (pag. 42) che l’imputato ha agito volendo indifferentemente uccidere o ferire il soggetto passivo, “e si sia poi accontentato del risultato raggiunto, dopo averlo attinto alla gamba, proprio perché quello di causarne la morte non era il suo unico scopo (altrimenti si verserebbe in un’ipotesi di dolo intenzionale)”.

Alla conclusione della colpevolezza per tentato omicidio la Corte di Appello perviene ragionando oltre che sul ‘fatto’ posto in essere anche sul comportamento antecedente e successivo tenuto dagli imputati ed in particolare dall’agente che ha utilizzato l’arma.

Nelle motivazioni della sentenza vengono enucleati vari aspetti che giustificano l’ascrizione della responsabilità penale per tentato omicidio e non per lesioni personali; infatti, oltre ai diversi punti richiamati in precedenza (numero dei colpi, inclinazione degli stessi, vicinanza tra aggressore e vittima, conoscenza nell’uso delle armi in quanto frequentatore di poligono di tiro, ecc.): viene rimarcato:

- a) l’intento, da parte dell’agente, di esplodere un colpo di pistola all’altezza dell’addome della vittima, senza riuscirvi a causa dell’inceppamento dell’arma, così dando prova di quali fossero, fin dall’inizio, le sue reali intenzioni;
- b) il comportamento dell’imputato che, esplodendo i colpi di pistola in direzione della vittima, contraddice quanto sostenuto dalla difesa di minacciare la vittima o porre in essere ‘gesti dimostrativi’, altrimenti avrebbe puntato l’arma verso l’alto o verso il terreno e, comunque, in direzione opposta rispetto all’aggredito.

Le conclusioni adottate dalla Corte territoriale si pongono in linea con la *ratio* dell’istituto del delitto tentato; ne valorizzano la reale portata e ricavano l’elemento soggettivo dal fatto di reato complessivamente considerato.

⁶⁷ La Corte di Cassazione, sent. n. 730/2023, cit., p. 17, ha condiviso la ricostruzione operata in sede di merito, affermando che anche il cd. dolo alternativo è dolo diretto, in quanto espressione di un atteggiamento volitivo che include, accanto ad un primo evento preso di mira, un secondo evento altamente probabile previsto anch’esso come scopo della condotta e non meramente accettato come conseguenza possibile; nello stesso senso Cass. pen. Sez. I, 14/12/2011, n. 267, Rv 252046.