

CAPITOLO XVI

IL TENTATIVO

1. Nozione

1.4 La soglia di punibilità

2. Struttura oggettiva

2.2 Idoneità

2.2.1 Analisi tradizionale

2.2.2 Analisi innovativa

1.4 La soglia di punibilità

La soglia di punibilità è dunque espressa dal legislatore attraverso la formula “*atti idonei e diretti in modo non equivoco a commettere il delitto*”. Tale formula, ancor prima che essere considerata come descrizione degli elementi di fattispecie, va considerata come delimitazione dell’area di rilevanza penale dei fatti umani, e si collega direttamente alla teoria del fatto penale nella sua dimensione materiale di sequenza di accadimenti, piuttosto che in quella giuridica di struttura logica.

Nella ricerca della soglia di punibilità è utile procedere ordinatamente, considerando anche la fase dell’ideazione.

Se il tentativo è un fatto, la soglia di punibilità non può trovarsi nella fase dell’ideazione: è la modificazione della realtà a integrare un fatto penalmente rilevante, non già la decisione di realizzarla. Tale conclusione è imposta non solo dal principio di materialità, ma ancor più da quello di causalità, che è il concetto fondamentale per legare la responsabilità penale ad una persona. Sotto tale profilo la deliberazione criminosa non è sufficiente ad imputare un illecito penale, perché non vi sarebbe una relazione oggettiva cui riferirlo. Vi è un indice positivo significativo che riassume entrambi i profili: l’art. 115 c.p. che sancisce la non punibilità dell’accordo e dell’istigazione diretti a commettere un delitto.

La peculiarità della norma, già esaminata proprio con riguardo al principio di materialità, è di considerare qualcosa di più del mero sorgere del proposito criminale: l’esternazione del proposito, che nell’accordo o nell’istigazione accolta viene condiviso, sì da diventare un progetto delittuoso plurisoggettivo.

Mentre per la deliberazione criminosa del singolo l'irrelevanza penale è intuitiva, si direbbe scontata, in applicazione del principio *cogitationis poena nemo patitur*, allorché la deliberazione sia manifestata e fatta propria da altri soggetti, l'assolutezza del principio vacilla. È noto, infatti, che il nostro ordinamento accoglie la categoria dei reati di opinione, in cui rientrano fattispecie che si sostanziano nel mero accordo criminoso o nell'apologia di reato, che costituisce una forma pregnante di istigazione.

Allora, l'affermazione di non punibilità dell'accordo o dell'istigazione, salvo i casi particolari appena citati, acquista un valore non secondario, indicando che il tentativo non è mai configurabile nella fase dell'ideazione, anche quando si tratta di un'ideazione manifestata all'esterno, e quindi non priva di una qualche consistenza fenomenica. L'inammissibilità del tentativo di concorso discende, più che dal principio di materialità, da quello di offensività, il quale invece è soddisfatto, sia pure a livello minimo, allorché l'accordo assume le caratteristiche indicate nell'art. 304 c.p. o l'istigazione rientra nell'ipotesi di cui all'art. 414 c.p. e simili (es. 302 c.p.)

Il dato interessante è che in questi casi il reato è punito di per sé, come delitto consumato, e non come tentativo di realizzazione concorsuale dei reati oggetto dell'accordo o dell'istigazione. Ciò si spiega proprio con il principio di causalità: considerando tali figure come fattispecie tentate esse non sarebbero configurabili quali illecito penale, perché sono prive di un adeguato sviluppo causale; come reati consumati, invece, rilevano di per sé e non in relazione all'evento illecito cui sono preordinate.

L'ordinamento non ha la funzione di correggere gli uomini o le loro inclinazioni, ma di orientare i loro comportamenti, ossia le azioni che provocano effetti nel mondo. Poiché *natura non facit saltum*, l'ordinamento penale si interessa di una decisione criminosa quando si inserisce nel divenire causale: nell'apologia di reato la condotta del colpevole, pur esprimendosi in una manifestazione di pensiero, è idonea ad orientare i terzi verso il delitto. Il fatto stesso che in uno Stato di diritto, che si fonda sul rispetto della legge, taluno faccia pubblica propaganda della sua violazione genera una modificazione della realtà, consistente nella stessa percezione da parte della collettività dell'affermazione del reato come valore da perseguire.

Tale profilo manca nell'istigazione a delinquere semplice, che di per sé non genera alcun effetto significativo, e può essere valutata solo in relazione alle conseguenze che eventualmente ne derivano.

Nell'accordo criminoso semplice il reato è concepito, anche in modo compiuto, ma in assenza della permanenza del vincolo tra le parti per il suo perseguimento e della coeva creazione di una organizzazione, non si determina alcun effetto significativo sulla realtà.

Le considerazioni svolte sulla fase dell'ideazione illuminano il criterio da seguire per l'identificazione della soglia di punibilità nelle successive fasi di preparazione ed esecuzione: il principio di causalità.

Si potrebbe obiettare che il principio di causalità, appartenendo all'area del principio di personalità, non abbia specifica competenza nel fissare il limite della rilevanza penale di un fatto. Ma, a prescindere dei nessi che esistono tra la costruzione del fatto penalmente rilevante e la sua imputazione (tanto che la dottrina confonde i due momenti, ascrivendo la causalità al fatto tipico), qui si tratta di un delitto tentato: in assenza dell'evento, dovendosi individuare qual è il momento in cui l'azione diventa significativa rispetto allo stesso, proprio i principi di materialità ed offensività impongono che si guardi allo sviluppo causale. È l'avanzamento della linea causale a connotare di consistenza nella realtà e di capacità di offesa l'azione del colpevole. Ciò spiega perché la soglia di punibilità tende a collocarsi nella fase dell'esecuzione, piuttosto che in quella della preparazione, più arretrata.

Anche la giurisprudenza è orientata in tal senso: «La sentenza impugnata ha, dunque, messo in luce con motivazione adeguata e coerente la correttezza della qualificazione giuridica del fatto come tentativo di favoreggiamento, rilevando l'univocità della condotta rispetto al reato di favoreggiamento e l'idoneità della stessa per efficienza causale, proiettata verso l'attuazione della fattispecie criminosa corrispondente»¹.

Alla luce di quanto precede può essere fissato il limite logico, prima del quale non può esservi punibilità: gli atti devono astrattamente essere *condicio sine qua non*. L'assenza dell'evento impedisce, infatti, di accertare l'esistenza del rapporto di condizionamento in concreto, ma ciò che rileva nel tentativo è l'ipotesi di accadimento dell'evento lesivo, da formulare *ex ante*: se la legge di copertura del fatto indica che gli atti posti in essere non sono necessari per la realizzazione del reato, essi non integrano un tentativo. Si intende, ovviamente, che tale giudizio andrà pur sempre operato rispetto alla vicenda storica effettivamente realizzatasi, altrimenti non vi sarebbe modo di selezionare la legge di copertura pertinente.

Il limite oltre il quale non si può andare nella ricerca della soglia di punibilità appartiene, evidentemente, alla fase preparatoria: nella fase di esecuzione per definizione ogni atto è condizione per la realizzazione del reato. Ciò, peraltro, non significa che ogni atto esecutivo costituisca tentativo. Resta, infatti, da fissare quali siano le caratteristiche che gli atti debbono possedere per costituire un tentativo.

Qui si innesta l'analisi della struttura oggettiva del reato.

¹ Cass. sez. VI, n. 38516 del 2007, che ha confermato la sentenza di condanna per tentato favoreggiamento personale nei confronti di un avvocato, il quale, dopo che era stata commessa una rapina, aveva cercato di convincere un teste a modificare la dichiarazione già resa alla polizia giudiziaria in senso favorevole alla posizione del proprio assistito.

2.2 Idoneità

“Idoneità” è una formula che indica l’esigenza di accertare in termini prognostici quella che è l’efficienza o la capacità dell’azione posta in essere rispetto alla realizzazione del delitto.

L’idoneità riguarda gli atti e non i mezzi. Sul punto la formula normativa è limpida, d’altronde l’adozione del diverso criterio sarebbe contrastante con la teoria generale del reato (poiché i mezzi non rientrano tra i requisiti essenziali del reato) e potrebbe dar luogo a soluzioni incongrue.

Il giudizio di idoneità è formulato *ex ante*: il giudice deve porsi idealmente nel momento in cui l’azione è stata commessa ed accertare in concreto l’attitudine della condotta posta in essere a mettere in pericolo il bene protetto. Secondo la tesi tradizionale il giudizio è a base parziale (il giudice non deve considerare tutte le circostanze ma solo quelle conosciute all’agente²) e si opera sulla base delle conoscenze scientifiche esistenti al momento dell’azione.

Questi punti vanno esaminati prima nel contesto di una ricostruzione tradizionale, poi alla luce di una diversa impostazione teorica.

2.2.1 Analisi tradizionale

Dottrina e giurisprudenza concordano nell’attribuire all’idoneità degli atti natura oggettiva, essa consistendo in una valutazione sul divenire dell’azione. Tuttavia, nell’ambito di questa concezione, esistono molteplici posizioni in ordine al contenuto dell’idoneità, nonché ai parametri ed alle modalità del suo accertamento.

In ordine al contenuto dell’idoneità, al di là della molteplicità delle opinioni, il dubbio interpretativo pare riducibile all’alternativa concettuale tra «possibilità» e «probabilità».

L’idoneità come possibilità si fonderebbe su una lettura combinata degli artt. 56 e 49, comma 2 del codice penale: «se si ritenesse che per l’applicabilità dell’art. 56 occorra invece la probabilità del risultato delittuoso, ne deriverebbe che i fatti diretti in modo non equivoco a un risultato solo possibile non sarebbero punibili *ex art. 56*, perché mancherebbe il requisito della probabilità del risultato, né sarebbero sottoponibili alla misura di sicurezza prevista dall’art. 49, perché per la inflizione di tale misura l’art. 49 richiede che il risultato non sia possibile; con la connessa, irragionevole conseguenza che fatti più gravi (quelli diretti a un risultato possibile) sarebbero dalla

² Se un soggetto tenta di rubare e non trova nulla perché manca l’oggetto, con il giudizio a base totale non sarebbe tentativo. La mancanza dell’oggetto può assumere rilievo solo in base all’art. 49 c.p.

legge trattati più benevolmente (nessuna forma di sanzione penale) di fatti meno gravi (quelli diretti a un risultato impossibile: sottoponibili invece a misura di sicurezza)»³.

Nell'ambito di questo filone di pensiero rimane controverso, peraltro, il rapporto tra idoneità e possibilità: per alcuni l'idoneità va intesa come possibilità di realizzazione dell'evento⁴; altri richiedono che questa possibilità sia ragionevole⁵; altri ancora reputano idonea l'azione che sia adeguata rispetto all'evento voluto⁶ o che, quanto meno, appaia verosimile⁷. Si tratta, a ben vedere, di concetti vaghi, difficilmente traducibili in termini empirici o, comunque, in criteri di prova obbiettivi, anche se poi negli esempi che di volta in volta vengono addotti i rispettivi risultati applicativi finiscono per convergere. Non a caso, come è stato opportunamente osservato⁸, la giurisprudenza non dedica all'argomento una particolare attenzione, limitandosi a richiedere che gli atti presentino l'attitudine a creare una situazione di pericolo attuale e concreto di lesione del bene protetto dalla norma incriminatrice⁹, ovvero una ragionevole prospettiva di raggiungere lo scopo prefissato¹⁰, secondo il criterio dell'*id quod plerumque accidit*¹¹.

L'idoneità come probabilità trova sostenitori autorevoli già in epoca lontana, apparendo come una soluzione dotata di maggiore certezza¹². In tempi più recenti la tesi è stata sviluppata considerando idonea l'azione che dimostri una rilevante attitudine a conseguire l'obiettivo, in accordo con il fondamento sostanziale della punibilità del tentativo, ossia l'esigenza di impedire la messa in pericolo del bene protetto¹³.

L'idoneità intesa come possibilità «ha il pregio di offrire una nozione di facile praticabilità e poco discrezionale. Infatti, se è assai arduo pervenire a stimare addirittura impossibile la realizzazione di un risultato, il concetto di possibilità, proprio per la sua estrema ampiezza concettuale, darebbe luogo ad un giudizio altamente tassativo, dovendo di regola il giudice pronunciarsi per l'idoneità degli atti. Tuttavia, questo vantaggio ha un prezzo assai elevato: quello di ridurre a un *flatus vocis* la verifica dell'idoneità, che non giocherebbe più alcun ruolo ai fini della determinazione degli atti dell'*iter criminis* che rientrano nella sfera di libertà del cittadino. E in questo senso la previsione del

³ ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Milano, 1994, p. 257 ss.

⁴ PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 532.

⁵ NEPPI MODONA – VIOLANTE, *Poteri dello Stato e sistema penale*, Torino, 1978, p. 260.

⁶ ANTOLISEI, *Manuale*, cit., p. 440.

⁷ MANTOVANI, *op. cit.*

⁸ Cfr. BELTRANI, *Il delitto tentato*, Padova, 2003, p. 21.

⁹ In questo senso, tra le altre, Cass. sez. VI, 21 maggio 2004, n. 23706.

¹⁰ App. Genova, 15 novembre 1984, n. 19.

¹¹ Cfr., *ex multis*, Cass. sez. II, 6 ottobre 1987, n. 10362. Nel ricorso erano state dedotte l'insussistenza del delitto tentato di sequestro di persona e l'esistenza del reato impossibile per mancanza dell'oggetto materiale, considerata l'assenza momentanea e accidentale della vittima designata

¹² E. GALLO, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Padova, 1966, p. 219.

¹³ Cfr. FIANDACA – MUSCO, *op. cit.*; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2008, p. 459 ss.

requisito dell' idoneità da parte dell' art. 56 c.p. verrebbe a suonare come falsamente garantista»¹⁴. A favore della tesi che identifica l' idoneità nella probabilità degli atti a raggiungere il risultato preso di mira militerebbe, invece, l' argomento teleologico: se la *ratio* della punibilità del tentativo risiede nell' esigenza di impedire la messa in pericolo del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice, è giocoforza da escludere che sia sufficiente la semplice non impossibilità di consumazione del reato, posto che vi è pericolo solo se è probabile che l' evento si verifichi¹⁵.

Quanto alla individuazione della soglia minima di probabilità da raggiungere, parte della dottrina ha proposto uno schema procedimentale nel quale, dopo la ricostruzione dell' intero piano delittuoso, sia nelle modalità in cui era stato progettato, sia secondo la sua realistica realizzazione, il giudice dovrebbe «valutare nella loro diversa incidenza i vari fattori che, ostacolando o agevolando la consumazione, avrebbero esercitato i loro effetti nell' arco di tempo compreso tra il momento dell' interruzione della condotta e quello in cui sarebbero integrati tutti gli elementi della fattispecie»¹⁶. Il riferimento è alle circostanze presenti nella vicenda concreta, sia agevolanti che ostacolanti, che l' Autore distingue in circostanze *lato sensu* locali (stato dei luoghi, persone presenti), circostanze oggettive non locali (ad es. l' entità della somma di denaro richiesta in caso di tentata estorsione), circostanze soggettive (concernenti il soggetto attivo e quello passivo): ognuna di esse rappresenta un elemento da tenere presente nella stima probabilistica, operata secondo il criterio della probabilità logica¹⁷.

Ci si chiede, infine, se la misura della possibilità o della probabilità possa essere diversamente graduata in ragione del rango del bene protetto: a fronte di un orientamento negativo, che richiama il limite dato dal principio di legalità¹⁸, altra dottrina propende per la soluzione positiva, proponendo di graduare il tasso di possibilità o probabilità in misura inversamente proporzionale all' importanza del bene giuridico: più importante è il bene, minore è il grado di possibilità o probabilità richiesto al fine del giudizio di idoneità degli atti¹⁹.

Dibattuta è, altresì, la natura del giudizio di idoneità e i suoi parametri di riferimento.

Secondo un risalente orientamento, spesso seguito anche in giurisprudenza, il concetto di idoneità si risolverebbe in quello di efficienza causale degli atti rispetto all' evento preso di mira. In questo senso l' azione è idonea quando, in sé considerata, ha capacità causale, cioè è suscettibile di produrre

¹⁴ GIACONA, *Criteri giuridico-formali e giudizi fattuali nell' individuazione dell' inizio della punibilità nel tentativo*, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 3372 ss.

¹⁵ FIANDACA – MUSCO, *op. cit.*

¹⁶ GIACONA, *op. cit.*, p. 3373.

¹⁷ GIACONA, *Il concetto d' idoneità nella struttura del delitto tentato*, Torino, 2000, p. 140 ss.

¹⁸ ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, cit., p. 255 ss.

¹⁹ PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, p. 199 ss.

l'evento, che poi non si verifica per le concrete circostanze subentrate²⁰. Evento da intendersi secondo alcuni in senso naturalistico²¹, secondo altri in senso giuridico²².

La dottrina successiva ha sottoposto a critica detta tesi, osservando che l'idoneità degli atti non può essere intesa in senso strettamente causale, in quanto, mancando nel delitto tentato l'evento del delitto consumato, verrebbe meno uno dei due termini del nesso eziologico e, dunque, il giudizio condizionalistico avrebbe sempre esito negativo. Inoltre, non tutti i delitti presentano al loro interno un evento in senso naturalistico.

Oggi si concorda nel riferire l'idoneità alla commissione del delitto perfetto e si afferma che il parametro di accertamento della sussistenza dell'idoneità degli atti consiste in un giudizio *ex ante* e in concreto (criterio della prognosi postuma)²³.

Ex ante, perché, sebbene il giudizio si trovi ad essere necessariamente formulato dopo la realizzazione degli atti, l'interprete deve collocarsi idealmente nella stessa posizione dell'agente all'inizio dell'attività criminosa, al fine di accertare se gli atti erano in grado di raggiungere l'evento voluto.

In concreto, perché entrano nella valutazione le circostanze concrete del caso e le conoscenze possedute dall'agente concreto, se superiori rispetto a quelle dell'uomo medio. La prognosi postuma deve prendere a riferimento la situazione così come presentatasi al colpevole al momento dell'azione, in base alle condizioni umanamente prevedibili del caso particolare²⁴. Tuttavia, parte della giurisprudenza opina diversamente, ritenendo che il giudizio prognostico dovrebbe essere formulato non già in concreto, ma in astratto.

Da ultimo, viene in considerazione la base del giudizio prognostico.

L'orientamento dominante in letteratura è nel senso di effettuare la valutazione dell'idoneità degli atti su base parziale: la valutazione dell'idoneità dovrebbe tenere in considerazione esclusivamente le circostanze che, al momento dell'azione, erano conosciute o conoscibili da parte di un uomo avveduto pensato al posto dell'agente concreto. In questo modo, però, viene esclusa la rilevanza di circostanze eccezionali che farebbero venir meno la pericolosità dell'azione tentata.

La dottrina più moderna, pur minoritaria, prospetta invece un giudizio di idoneità su base totale: il giudizio prognostico imporrebbe di prendere in esame tutte le circostanze comunque presenti al momento del fatto, pur se effettivamente conosciute in un momento successivo. Così ragionando

²⁰ Cass. sez. IV, n. 36820 del 2010.

²¹ MANZINI, *Trattato*, cit., p. 490.

²² Cfr. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959, p. 136 ss.

²³ Cfr. E. GALLO, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, cit., p. 126 ss; FIANDACA – MUSCO, *op. cit.*

²⁴ Cfr. Cass. sez. I, n. 32964 del 2010, che ribadisce l'orientamento già espresso da Cass. sez. I, n. 5389 del 1997.

non sarebbe mai integrato un tentativo di furto se il borseggiatore venga colto con le mani nelle tasche della potenziale vittima, anche se questi ignorasse che le stesse fossero vuote²⁵.

La molteplicità e varietà delle interpretazioni, appena sintetizzata, dimostra la debolezza epistemologica di un'impostazione condotta sulla base di categorie avulse dal dominio scientifico.

2.2.2 Analisi innovativa

Uno dei punti critici della concezione tradizionale è la struttura del giudizio, che sarebbe a base parziale, operato solo considerando ciò che l'agente conosceva.

Tale soluzione inserisce un elemento soggettivo nell'accertamento di un requisito oggettivo, in assenza di qualsiasi indicazione da parte della norma. Ciò a maggior ragione qualora si ritenga che la prognosi vada effettuata sulla base (anche) di ciò che l'agente non conosceva ma poteva conoscere, trasformando il giudizio di idoneità in giudizio di colpa.

Il giudizio a base parziale viene sostenuto in considerazione della natura del tentativo, non trovandosi altrimenti una risposta soddisfacente al problema di come si può punire qualcuno per qualcosa che poteva accadere ma non è accaduto. Al riguardo si osserva che, se si dovesse tener conto di tutti i dati esistenti al momento in cui l'azione è stata posta in essere, ci si avvicinerebbe ad un giudizio storico, che è l'esatto opposto del tentativo: ragionando su base puramente oggettiva e reale l'evento non si è realizzato, sicché nessun pericolo si è prodotto. Il concetto di pericolo è un concetto scientificamente debole: in natura una cosa è o non è, il pericolo non esiste se non nella mente dell'osservatore. Lo studio del tentativo mediante il ricorso alle categorie scientifiche sarebbe, pertanto, inadatto alle esigenze dell'ordinamento ed alla funzione della pena per il delitto tentato.

Questa impostazione risulta fallace, anzitutto perché il concetto di pericolo e di prognosi non è affatto incompatibile con la considerazione della realtà al momento dell'azione: anche se il pericolo fosse nella mente dell'osservatore, ciò significherebbe che la fisica conosce realtà attuali e non potenziali²⁶, non che l'osservatore debba considerare solo la realtà a lui nota.

Al giudice, quindi, compete di valutare com'è per ipotizzare come potrebbe essere, e tale giudizio non sarebbe aderente al fatto qualora si fondasse solo sulle circostanze note all'agente.

Né può dimenticarsi che il tentativo è una condotta che avrebbe cagionato l'evento qualora non si fossero inseriti fattori di arresto o deviazione dell'azione.

²⁵ Su questa linea FIANDACA – MUSCO, *op. cit.*

²⁶ Il che non è neppure vero, ma non è rilevante per neutralizzare l'opinione che su tale assunto si fonda.

Questione diversa è se la prognosi debba essere effettuata sulla base delle leggi di copertura conosciute nel momento in cui l'azione è posta in essere, ovvero di quelle – eventualmente diverse – accettate come valide dalla comunità scientifica al momento della decisione.

Per i requisiti di tipo oggettivo il principio è che essi debbano essere accertati in base al sapere ritenuto valido nel momento in cui si decide, essendo distinta l'esistenza di un dato dalla sua conoscenza: l'impiego di leggi scientifiche scoperte successivamente non implica che il dato non esistesse, ma solo che non fosse percepibile.

Ancora una volta si obietta che, essendo il giudizio *ex ante*, si devono considerare le leggi esplicative note al momento dell'azione.

La questione può essere così rappresentata: se l'azione è realizzata nel momento X, il giudice – che si trova in X + 1 – deve accertare cosa sarebbe successo in X. È evidente che tale accertamento si opera guardando alla situazione esistente in X, ma ciò non implica che esso debba essere effettuato in base alle leggi della conoscenza esistenti in X.

Se in X + 1 si è scoperto che tali leggi sono false, il giudizio prognostico sarebbe erroneo: un conto è prevedere il futuro, un conto è inventarlo. Nella previsione l'errore è sempre possibile, anzi nel tentativo è immanente (la prognosi è smentita *ex post*, perché il delitto non si perfeziona), ma esso è legato all'intrinseca relatività del giudizio predittivo, non all'impiego dei parametri sbagliati.

Anche ragionando in termini giuridici, non si vede quale sarebbe l'offesa se la messa in pericolo del bene protetto fosse l'esito di una valutazione fondata su dati falsi, nel senso che la loro elaborazione avviene secondo leggi che, nel momento in cui si decide, si sa essere sbagliate.

Il fatto che la legge di copertura corretta non fosse nota quando il colpevole ha agito, con la possibile conseguenza che egli si sia rappresentato un'azione priva di idoneità (se la legge nota in quel momento escludeva che gli atti posti in essere potessero causare l'evento), potrà rilevare sul piano soggettivo, ma non ai fini della valutazione in ordine all'effettiva idoneità della condotta.

Le questioni della individuazione dei dati di fatto e delle leggi da considerare nel giudizio di idoneità incrociano la distinzione tra tentativo e reato impossibile.

La dottrina trae argomento dalla necessità di distinguere i due istituti, il primo caratterizzato da una valutazione *ex ante*, il secondo da una valutazione *ex post* dell'azione. Considerando i dati e le leggi in termini oggettivi, si finirebbe per annullare tale distinzione, perché il tentativo sarebbe assoggettato ai criteri di accertamento del reato impossibile.

Ciò non è vero: il reato impossibile si valuta in riferimento a un evento che non si è verificato perché non poteva verificarsi, il tentativo si valuta in relazione alla possibilità che l'evento si verifichi. Mentre nel tentativo la domanda verte su “cosa sarebbe successo se non fosse stato che”, nel reato impossibile la domanda è “che cosa è successo”.

Definita la questione di ordine gnoseologico, si può definire il concetto di idoneità.

L'idoneità indica l'attitudine dell'azione a determinare l'evento. Tale capacità si misura grazie al principio di causalità. Come già osservato trattando dei reati di pericolo, il modello della causalità opera ogni qualvolta si tratta di stabilire una relazione tra fenomeni. Poiché nel tentativo uno dei termini della relazione (l'evento) non si è verificato, tale relazione non può che essere ipotetica.

Tuttavia, alla luce di quanto osservato in precedenza, nel tentativo la relazione c'è e si instaura tra l'azione del colpevole e l'evento di pericolo. Qualificare la condotta come idonea alla realizzazione del reato significa accertare che essa è causa di un evento pericoloso rispetto ad essa.

Così impostata la questione, si vede subito che il concetto di idoneità postula due elementi: a) l'efficacia di condizione degli atti posti in essere rispetto all'evento; b) la natura pericolosa di tale evento rispetto al bene giuridico protetto dalla norma che incrimina il reato.

Il primo accertamento da operare è quello relativo al rapporto tra la condotta e la situazione finale di cui consiste il tentativo: si elimina mentalmente l'azione del colpevole e, se tale situazione non si sarebbe verificata, può affermarsi che l'azione sia condizione dell'evento proprio del tentativo.

Il secondo accertamento è quello relativo alla potenzialità della situazione generata dal tentativo rispetto all'evento del reato: si eliminano mentalmente i fattori che hanno interrotto o deviato l'azione criminosa e, se l'evento probabilmente si sarebbe verificato, la situazione creata dal colpevole può definirsi pericolosa (altrimenti vi sarebbe consumazione e non già tentativo).

Mentre nella causalità storica si deve rispondere al quesito "cosa sarebbe accaduto se la condotta non fosse stata tenuta", nella causalità predittiva ci si deve chiedere "cosa sarebbe accaduto se i fattori di distorsione dell'*iter criminis* non fossero intervenuti".

Ovviamente, il primo giudizio deve essere formulato in termini di certezza, perché si tratta di collegare due accadimenti, il secondo giudizio può essere formulato in termini di probabilità, perché si tratta di collegare un accadimento reale ad uno ipotetico.

Ciò non significa escludere la regola secondo cui la responsabilità penale è provata al di là del ragionevole dubbio, perché la struttura ontologica del tentativo è probabilistica: è punita la probabilità che l'evento si realizzi, non la certezza, che per definizione manca. La regola *b.a.r.d.* allora si applica a tale requisito: è la probabilità a dover essere accertata con criteri di certezza processuale, ossia fondandosi su elementi certi e su leggi di copertura elaborate con metodo scientifico. Il problema è quale sia la soglia di probabilità per ritenere che l'azione sia idonea.

Spesso si tende ad eludere il quesito ricorrendo sotto falso nome al vecchio principio dell'esecuzione: così, ad esempio, si afferma che l'esplosione di colpi d'arma da fuoco ad altezza d'uomo costituisca tentato omicidio, poiché l'azione ha messo in pericolo la vita. In tal modo si

inverte l'ordine concettuale del ragionamento, assumendo la messa in pericolo come indice della idoneità dell'azione e non viceversa.

Non sempre, infatti, l'esplosione di un colpo d'arma da fuoco ad altezza d'uomo è tentato omicidio. Occorre considerare la distanza del bersaglio, la precisione del colpo, le condizioni atmosferiche, se la vittima è in movimento, e così via. Affermare la responsabilità dell'agente sol perché l'azione è univocamente diretta ad uccidere e i mezzi e le modalità sono astrattamente efficienti, anche se in concreto la probabilità di realizzazione dell'evento è modesta, significa annullare il requisito dell'idoneità.

L'accertamento della probabilità è necessario per poter affermare che il principio di causalità è soddisfatto. Come detto a tal fine si ipotizza l'assenza dei fattori ostativi. Ad esempio, lo spostamento della vittima, che ha impedito che la stessa venisse colpita. Se l'evento si sarebbe probabilmente realizzato in assenza di tale fattore, significa che l'azione era in grado da sé di realizzare il reato.

Nell'applicare tale criterio, tuttavia, non bisogna cadere nell'errore di considerare solo l'azione posta in essere al momento in cui è intervenuto il fattore ostativo, proprio perché il giudizio è prognostico: domandarsi "cosa sarebbe successo se" implica ricostruire ipoteticamente lo sviluppo dell'azione, ossia come la stessa sarebbe proseguita in assenza del fattore, indipendentemente dallo stadio in cui è giunta. Diversamente, il tentativo sarebbe configurabile solo nella forma compiuta, cioè ad azione esaurita ed in grado di procedere autonomamente verso l'evento.

Ne discende che il tentativo può configurarsi anche nella fase preparatoria, qualora sia probabile che, in assenza dell'interruzione dell'*iter criminis*, il reato sarebbe stato portato ad esecuzione e poi perfezionato.

In base a tale impostazione l'accertamento della probabilità di realizzazione dell'evento e quello della messa in pericolo convergono, nel senso che il pericolo tende a coincidere con la probabilità che l'azione si evolva verso l'evento e questa si accerta attraverso una previsione virtuale del decorso causale.

Premesso che la detta costruzione va operata eliminando i fattori ostativi, ossia collocandosi mentalmente un attimo prima dell'interruzione o della deviazione dell'azione, ci si deve chiedere se, nella formulazione dell'ipotesi contro il fatto, sia da considerare anche la possibilità che intervengano quei fattori che, effettivamente, sono intervenuti nella realtà.

La soluzione è affermativa: nell'effettuare l'analisi del probabile sviluppo dell'azione si devono considerare tutte le varianti, stimandone la possibilità. Valutati *ex ante*, i fattori che poi hanno realmente ostacolato il perfezionarsi del reato hanno la rilevanza che ha qualsiasi elemento del fatto, in grado di incidere sullo sviluppo dell'azione. In tale prospettiva non è affatto scontato che la

prognosi sia negativa, poiché l'interferenza concretamente verificatasi ben poteva essere di improbabile verifica al momento in cui il colpevole ha agito.

In definitiva, stimata l'idoneità rispetto alla messa in pericolo del bene protetto, ogni situazione che può orientare il decorso causale rispetto all'evento di reato deve essere considerata, e solo se sia accertato che il complesso delle situazioni rende probabile che tale evento si verifichi come conseguenza dell'azione del colpevole, potrà ritenersi che l'azione sia idonea.