

Itinerari di Diritto Penale

Collana diretta da

E. Dolcini - G. Fiandaca - E. Musco - T. Padovani - F. Palazzo - F. Sgubbi

PIETRO CHIARAVIGLIO

IL RECESSO ATTIVO: 'ACCIDENTALITÀ' O 'AUTONOMIA'?

QUESITI SISTEMATICI DEL PENTIMENTO OPEROSO



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

PREMESSA

Scopo del presente lavoro è fornire un contributo all'analisi sistematica della sotto fattispecie di delitto tentato disciplinata dall'art. 56 comma 4 c.p.

Già la mera enunciazione del tema dell'indagine esige una premessa, dettata dalla eccessiva varietà di espressioni lessicali tramite le quali è stata identificata questa particolare figura di volontario impedimento dell'evento nell'ambito del tentativo¹.

Al fine di evitare l'insorgere di fraintendimenti indotti dalla terminologia (che, anche in altri ordinamenti, è tendenzialmente anfibologica e/o sinonimica), nel presente lavoro la fattispecie descritta dall'art. 56 comma 4 c.p. sarà identificata con i sintagmi *recesso attivo* oppure *pentimento operoso*, mentre la contigua, almeno topograficamente, ipotesi del terzo comma sarà definita con l'espressione *desistenza volontaria* o, al limite, solo con la parola *desistenza*².

Sinteticamente, inoltre, le situazioni in cui l'azione delittuosa rimane allo stadio del tentativo in ragione di un intervento volontario del soggetto attivo (indipendentemente da quando esso si manifesta

¹ Oltre che con la dizione *recesso attivo* (v., ad es., M. ROMANO, *Art. 56*, in *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, p. 604 ss.) e *pentimento operoso* (v., ad es., A.R. LATAGLIATA, *La desistenza volontaria*, Napoli, 1964, p. 201), l'istituto disciplinato dall'art. 56 comma 4 c.p. è stato definito come *ravvedimento attuoso* (ad es. da O. VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, 1943, p. 95); *ravvedimento attivo* (ad es. da V. SERIANNI, *La desistenza volontaria ed il ravvedimento attivo*, Milano, 2008, *passim*; questa espressione sarà utilizzata nel presente lavoro per delineare la circostanza attenuante di cui all'art. 62 n. 6 secondo periodo c.p.); *ravvedimento operoso* (v., ad es., S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982, p. 9 ss.); *recesso volontario* (ad es. da D. FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa. Desistenza volontaria e genesi del disvalore penale*, Torino, 2009, p. 9) o, semplicemente, *recesso* (ad es. da D. NOTARO, *Il tentativo*, in *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di G. DE FRANCESCO, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da F. PALAZZO-C.E. PALIERO, II, Torino, 2011, p. 137).

² Non si riscontrano Autori che si riferiscono all'istituto di cui all'art. 56 comma 3 c.p. in termini diversi da *desistenza* o *desistenza volontaria*.

nel corso dell'*iter criminis*) saranno indicate dal sintagma *recesso* (in senso lato)³.

Una volta esplicitata la scelta terminologica adottata nella presente ricerca, occorre anche chiarire che quest'ultima non ha come obiettivo l'esauritiva indagine delle note costitutive della fattispecie di recesso attivo che, essendo oramai consolidate e confortate da vasto consenso in Italia e negli ordinamenti più vicini al nostro, possono essere presupposte, ai fini dell'esposizione, come dati acquisiti.

Piuttosto, l'intento del presente studio è quello di valutare dal punto di vista ermeneutico alcuni aspetti salienti della disciplina dell'art. 56 comma 4 c.p., per individuarne le possibili ricadute sulla collocazione sistematica e, in ultima analisi, le conseguenze impattanti sul complessivo sistema sanzionatorio del recesso (in senso lato) dal delitto tentato.

Quello appena delineato è un fronte che, da un lato, non ha trovato particolare attenzione nella letteratura, anche monografica, che pone il *focus* sull'argomento⁴. Dall'altro lato, suscita dei problemi anzitutto prasseologici, ma, a monte, anche nella stessa sistematica del pur variegato ed eterogeneo *genus* delle c.d. cause privilegianti il trattamento sanzionatorio, in termini di esclusione (attenuazione, nel caso) della risposta punitiva e, in definitiva, quantomeno in relazione al *quantum* della punibilità.

Per percorrere con passo più sicuro questo itinerario di riflessione sulla natura giuridica e sulla valenza sistematica della figura privilegiata di delitto incompiuto di cui in oggetto (cui è specificamente dedicato il secondo capitolo), ci è sembrato indispensabile premettere una ricognizione inevitabilmente descrittiva – tenuto conto del consolidamento della lettura dogmatica dell'istituto del “fatto tipico di recesso attivo dal delitto tentato” – avente ad oggetto quelli che a nostro giudizio possono essere considerati i punti fermi che dottrina e giurisprudenza hanno ormai acquisito in relazione ai diversi profili della fattispecie.

³ La dottrina utilizza spesso il termine recesso per indicare congiuntamente le ipotesi di cui ai commi terzo e quarto dell'art. 56 c.p.; v., ad es., L. MONACO, *Sul recesso dal delitto tentato. Problemi di delimitazione e spunti critici per la revisione dell'art. 56 III e IV c. c.p.*, in *Studi Urbinati*, 1978-1979, p. 219 ss., *passim*; G. FORNASARI, *Il recesso dal tentativo negli ordinamenti penali tedesco ed italiano*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 500. Vi sono tuttavia Autori che per designare il medesimo significato utilizzano il termine *ravvedimento* (v., ad es., G. FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, Padova, 1984, *passim*).

⁴ V., ad es., gli Autori citati alla nota 1, Cap. I.

Si tratta di ‘punti fermi’ che non necessariamente debbono essere considerati anche ‘punti di arrivo’; del resto, da sempre la fisionomia del recesso attivo è stata oggetto di continue rappresentazioni (talvolta contrapposte) e proprio per questo il pentimento operoso è stato argutamente definito come il *Sorgenkind* della dogmatica penale⁵.

Solo fissando con maggior chiarezza possibile quelli che a nostro giudizio sono i tratti fisiognomici ineludibili dell’istituto – pur senza pretendere di trovare una totale condivisione nelle soluzioni raggiunte – sarà possibile sviluppare il ragionamento sul suo inquadramento teorico e sistematico – pure esso indirizzato verso esiti non sempre condivisi dalla letteratura del settore – dal momento che alcuni passaggi che lo hanno reso possibile sono connessi ed implicati dalle premesse che nel primo capitolo si è ritenuto di stabilire come pre-condizioni logico-ermeneutiche del discorso.

⁵ La definizione del recesso dal delitto tentato come «*un vero Sorgenkind dei penalisti*» si deve a H. KEMSIES, *Die tätige Reue als Schuldaufhebungsgrund. Eine Untersuchung zur Schuldlehre und zum besonderen Teil der Strafgesetzentwürfe*, Königsberg, 1929, p. 9 (sulla paternità di questa felice metafora v. K. ULSENHEIMER, *Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis*, Berlin-New York, 1976, p. 34 e, nella dottrina italiana, L. MONACO, *Sul recesso dal delitto tentato*, cit., p. 219 nota 1).

CAPITOLO I

IL RECESSO ATTIVO: CAMPO D'APPLICAZIONE E DISCIPLINA

SOMMARIO: 1. I punti fermi (reali e apparenti) nell'analisi del recesso attivo: riflessioni introduttive. – 2. I casi problematici di delimitazione interna e l'inadeguatezza del criterio tradizionale. – 3. La teoria della signoria sull'azione. – 4 (Segue): e le sue applicazioni. – 5. La signoria sull'azione e i reati omissivi. – 6. La delimitazione esterna: il recesso attivo dai reati di mera condotta. – 7. La volontarietà del recesso attivo.

1. *I punti fermi (reali e apparenti) nell'analisi del recesso attivo: riflessioni introduttive*

La lettura dei principali contributi in tema di recesso attivo¹ restituisce un quadro tratteggiato da una serie di elementi strutturali e

¹ Sull'art. 56 comma 4 c.p. v. O. VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, 1943, p. 95 ss.; A.R. LATAGLIATA, *La desistenza volontaria*, Napoli, 1964, p. 201 ss.; G. CONTENTO, *La condotta susseguente al reato*, Bari, 1965, p. 54 ss.; L. MONACO, *Sul recesso dal delitto tentato. Problemi di delimitazione e spunti critici per la revisione dell'art. 56 III e IV c. c.p.*, in *Studi Urbinati*, 1978-1979, p. 219 ss.; S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982, p. 43 ss.; V. SERIANNI, *La desistenza volontaria ed il ravvedimento attivo*, Milano, 2008, p. 175 ss.; G. FORNASARI, *Per un diverso inquadramento delle ipotesi di desistenza e recesso in un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1336 ss.; ID., *Il recesso dal tentativo negli ordinamenti penali tedesco ed italiano*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 499 ss.; E. LA ROSA, *La desistenza volontaria tra vecchi problemi e nuove prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 1298 ss.; D. FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa. Desistenza volontaria e genesi del disvalore penale*, Torino, 2009, p. 9 ss. e 160 ss.; M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, II, Torino, 2011, p. 889 ss. Ovviamente, il tema del recesso attivo è affrontato (sovente insieme a quello della contigua figura della desistenza volontaria) nella manualistica, nei trattati, nei commentari al Codice penale e nelle enciclopedie giuridiche. Sia quindi consentito, per il momento, un richiamo solo

dogmatici che possono ritenersi acquisiti, quantomeno nell'interpretazione maggioritaria.

In questa sede, ed in coerenza con lo scopo della presente ricerca sembra utile, *in limine*, non andare oltre una loro sintetica illustrazione, in modo da porre le premesse per uno sforzo di rivisitazione critica di alcuni aspetti che l'opinione prevalente in tema di recesso attivo considera – forse non completamente a ragione – privi di profili problematici.

(a) Un primo aspetto che raccoglie la quasi unanimità dei consensi riguarda la qualificazione dogmatica dell'istituto.

Talvolta l'individuazione della natura del recesso attivo è effettuata per così dire *à rebours*, dopo aver saggiato la ben più incerta collocazione sistematica della desistenza volontaria²; così che, quasi in

ad alcune fra le principali opere: GU. SABATINI, *Istituzioni di diritto penale*, Catania, 1933, p. 165 ss.; S. ALEO, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2010, p. 372 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, p. 506 ss.; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2013, p. 448 ss.; G. COCCO, *La estensione del fatto tipico*, in *Trattato breve di diritto penale, Parte generale, Il reato*, I, 2, a cura di G. COCCO-E.M. AMBROSETTI, Padova, 2017, p. 387 ss.; D. PETRINI, *Delitto tentato*, in C.F. GROSSO-M. PELISSERO-D. PETRINI-P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Milano, 2017, p. 497 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2018, p. 473; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2019 p. 335 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, p. 500 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2020, p. 495 ss.; M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, II, Torino, 2020, p. 84 ss.; G. MARI-NUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2021, p. 551 ss.; R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, II, Torino, 1958, p. 73 ss.; A. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. GROSSO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO, II, Milano, 2007, p. 361 ss.; D. NOTARO, *Il tentativo*, in *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di G. DE FRANCESCO, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da F. PALAZZO-C.E. PALIERO, II, Torino, 2011, p. 137 ss.; M. ROMANO, *Art. 56*, in *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, p. 604 ss.; M.C. UBIALI, *Art. 56 B*), in *Codice penale commentato*, diretto da E. DOLCINI-G.L. GATTA, I, Milano, 2021, p. 1138 ss.; G. FORNASARI, *Art. 56*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-P. VENEZIANI, *Codice penale*, Torino, 2018, p. 360 ss.; A. SANTORO, voce *Tentativo (Diritto penale)*, in *Nss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 1153 ss.; M. MADDALENA, voce *Ravvedimento operoso*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 752 ss.; M. SINISCALCO, voce *Tentativo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXV, Roma, 1993, p. 8 ss.; E. MORSELLI, voce *Tentativo*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, p. 198 ss.

² Cfr. A. PAGLIARO, *Il reato*, cit., p. 363 ss.; M.C. UBIALI, *Art. 56 B*), cit., p. 1141 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 473. Il dibattito sulla natura della desistenza volontaria, che esula dalla presente ricerca, è senza dubbio molto più vivace di quello in tema di recesso attivo. Per una completa disamina delle varie tesi (causa sopravvenuta di non punibilità; causa di risoluzione o annullamento del reato; causa di esclusione della capacità a delinquere; causa di atipicità; limite

contrapposizione con un problema teorico più complesso, la soluzione del problema della natura della desistenza possa trovare una ben più facile risposta, suggerita dal dato incontestabile rappresentato dalla diminuzione di pena rispetto al delitto tentato stabilita dal comma 4 dell'art. 56 c.p.

È, infatti, praticamente incontrastata l'opinione che, proprio basandosi sulla astratta riduzione della cornice edittale del comma 1 dell'art. 56 c.p. per chi volontariamente impedisce l'evento, ritiene il recesso attivo una circostanza attenuante³; più precisamente: «l'unica attenuante, speciale e ad effetto speciale, del delitto tentato»⁴.

Su questa linea di pensiero si schiera anche la giurisprudenza in modo, per quel che risulta, unanime⁵.

(b) Di conseguenza, la qualificazione del recesso attivo in termini di circostanza attenuante porta all'integrale applicazione della disciplina prevista dagli art. 59 ss. c.p.

normativo) v. D. FALCINELLI, *L'attualità dell'offesa*, cit., p. 20 ss. Da notare, tuttavia, che l'opinione prevalente inquadra la desistenza volontaria nell'ambito delle cause personali sopravvenute di non punibilità (in questi termini v., per tutti, M. ROMANO, *Art. 56*, cit., p. 612).

³ V., *ex multis*, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 496; M. ROMANO, *Art. 56*, cit., p. 612; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2021, p. 366; V. SERIANNI, *La desistenza volontaria ed il ravvedimento attivo*, cit., p. 185; R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, II, Torino, 1958, p. 73 ss.; G. FORNASARI, *Per un diverso inquadramento*, cit., p. 1357; E. MORSELLI, *Condotta ed evento nella disciplina del tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 61; A. SANTORO, *Le circostanze del reato*, Torino, 1952, p. 40 ss.; e, già in sede di commento al progetto del codice Rocco, G. DELITALA, *Le dottrine generali del reato nel progetto Rocco (I titoli III e IV del Progetto)*, in *Osservazioni intorno al Progetto preliminare per un nuovo codice penale*, Milano, 1927, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976, p. 309. Il tema del possibile diverso inquadramento teorico del recesso attivo sarà trattato nella seconda parte del presente lavoro.

⁴ T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 337. In questi termini, ad es., D. NOTARO, *Il tentativo*, cit., p. 140, G. FORNASARI, *Art. 56*, cit., p. 361 e E. LO MONTE, *Il delitto tentato. Contributo all'individuazione della condotta punibile*, Torino, 2013, p. 144.

⁵ Contengono, in parte motiva, una espressa qualificazione del recesso attivo come «circostanza», ad es., Cass. sez. I, 06/06/1984, in *DeJure*; Cass. sez. I, 08/10/2009 (dep. 26/10/2009), n. 40936, in *DeJure*; Cass. sez. I, 28/02/2012 (dep. 29/03/2012), n. 11746, in *DeJure*; Cass. sez. I, 26/02/2014 (dep. 24/09/2014), n. 39222, in *DeJure*; Cass. sez. I, 14/03/2014 (dep. 08/04/2014), n. 15745, in *DeJure*; nella giurisprudenza di merito v., ad es., Tribunale Avellino sez. uff. indagini prel., 19/12/2017 (dep. 13/01/2018), n. 247, in *DeJure*. Talvolta, invece, la Cassazione utilizza il termine «diminuente» che, comunque, necessariamente implica la classificazione nell'ambito delle circostanze (v., fra le più recenti, Cass. sez. V, 16/12/2020 (dep. 30/03/2021), n. 12045, in *DeJure*; Cass. sez. V, 22/07/2020 (11/09/2020), n. 25946, in *DeJure*; Cass. sez. II, 18/06/2019 (dep. 24/07/2019), n. 33482, in *DeJure*).

Ne discende che il recesso attivo, in primo luogo, viene assoggettato alla disciplina del bilanciamento *ex art.* 69 c.p.⁶; inoltre, dal punto di vista dell'imputazione soggettiva della circostanza, la disciplina dell'art. 59 c.p. impone che il recesso attivo possa dispiegare efficacia oggettiva, ma non putativa.

Quanto al primo aspetto, la portata dell'applicazione della regola dell'art. 59 comma 1 c.p. al recesso attivo può considerarsi molto modesta dato che il requisito della volontarietà⁷ richiesto dall'art. 56 comma 4 c.p. pare impedire l'ipotesi di un impedimento effettivamente presente, ma ignorato o ritenuto insussistente per colpa dall'agente.

Quanto al secondo aspetto, invece, l'impossibilità di far valere un impedimento erroneamente supposto come tale appare perfettamente coerente con l'opinione prevalente secondo cui l'evento debba essere concretamente impedito dal recedente, non essendo sufficiente che l'agente faccia tutto quanto possibile per prevenire – infruttuosamente – il risultato lesivo della precedente condotta o ritenga erroneamente di essere giunto a quel risultato⁸.

Inoltre, com'è stato correttamente notato⁹, in presenza di un'ulteriore circostanza attenuante ad effetto comune, il recesso attivo delineerebbe una nuova forchetta edittale (rispetto a delitto tentato) sulla quale operare l'ulteriore riduzione di pena.

(c) Quindi, l'individuata natura circostanziale del recesso attivo dovrebbe, poi, indurre l'interprete a confrontarsi con il problema dei rapporti fra l'art. 56 comma 4 c.p. e l'art. 62 n. 6 seconda parte c.p. (c.d. ravvedimento attivo).

Infatti, quest'ultima disposizione contiene una attenuante comune che opera nel caso in cui il colpevole, prima del giudizio, si sia adoperato efficacemente e spontaneamente per elidere o attenuare le conseguenze pregiudizievoli del reato.

L'eventuale concorso fra le due attenuanti è però reso impossibile in virtù del dato letterale del medesimo art. 62 n. 6 seconda parte c.p.

⁶ Conseguenza pacifica della premessa circa la natura circostanziale: v., ad es., G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 551; M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, II, cit., p. 91 e M. MADDALENA, voce *Ravvedimento operoso*, cit., p. 754.

⁷ V., *infra*, par. 7.

⁸ V. M. ROMANO, *Art. 56*, cit., p. 611; G. COCCO, *La estensione del fatto tipico*, cit., p. 389.

⁹ M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, II, cit., p. 90 ss.

che ne limita il campo di applicazione al di fuori delle situazioni cui è applicabile il recesso attivo.

È questo argomento letterale che ha fatto propendere la prassi a stabilire che la circostanza comune si applica solo in caso di perfezione del reato, mentre il recesso attivo trova il suo spazio applicativo in un momento antecedente e cioè prima della verificazione dell'evento¹⁰.

Per contro, si è convincentemente argomentato che la clausola di esclusione impedisce solo la compresenza di recesso attivo e ravvedimento attivo nel medesimo comportamento, ben potendosi ipotizzare che l'agente dopo aver impedito l'evento si adoperi ulteriormente per attenuare le conseguenze dannose della propria condotta¹¹.

* * *

Una volta tratteggiata la *communis opinio* in merito all'essenza dogmatica del recesso attivo ed abbozzate le principali ricadute in termini di disciplina, appare necessario confrontarsi con i problemi di delimitazione del recesso attivo rispetto alle contigue figure della desistenza volontaria, del delitto perfetto e del delitto tentato.

(aa) La sintetica illustrazione dei confini che separano il recesso attivo dal delitto perfetto – delimitazione esterna¹² – può prendere le

¹⁰V. Cass. sez. I, 08/10/2009 (dep. 26/10/2009), n. 40936, cit.; Cass. sez. I, 17/01/1996 (dep. 11/07/1996), n. 7033, in *DeJure*; Cass. sez. II, 20/10/1988, in *Cass. pen.*, 1991, p. 549 ss.; Cass. sez. II, 29/05/1985, in *Cass. pen.*, 1988, p. 814 ss. (in senso critico rispetto a questa decisione v. A. LAI, *La circostanza attenuante della riparazione del danno e il delitto tentato*, *ivi*, p. 815 ss.). Per l'analisi delle posizioni più risalenti della giurisprudenza v. D. GROSSO, *Brevi note in tema di compatibilità tra l'attenuante del risarcimento del danno anteriore al giudizio ed il delitto tentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 313 ss. V., anche, Cass. sez. I, 14/03/2014 (dep. 08/04/2014), n. 15745, in *DeJure*, che giunge al medesimo risultato facendo leva su di un asserito rapporto di specialità fra il recesso attivo ed il ravvedimento attivo (precisando però che non ci sono zone di interferenza normativa). In senso contrario v. M. MADDALENA, voce *Ravvedimento operoso*, cit., p. 765 ss. Ovviamente, la sfera di applicabilità del ravvedimento attivo è influenzata, in una diversa prospettiva, anche dalla individuazione della natura – solo non patrimoniale o anche patrimoniale – del danno risarcibile ai sensi dell'art. 62 n. 6 seconda parte c.p. (sul punto v. L. MONTICELLI, *Art. 62*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-P. VENEZIANI, *Codice penale*, Torino, 2018, p. 445).

¹¹V. M. ROMANO, *Art. 62*, in *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, p. 678 ss.

¹²V. L. MONACO, *Sul recesso dal delitto tentato*, cit., p. 352. Va precisato che nel pensiero dell'Autore la delimitazione esterna riguarda sia i rapporti fra recesso

mosse da un truismo: la piana struttura delineata dall'art. 56 c.p. non consente l'applicazione della disciplina *ivi* prevista nel caso in cui il fatto tipico risulti completo di tutte le sue componenti.

A questo proposito pare utile riprendere la distinzione fra perfezione e consumazione: il reato è perfetto nel momento in cui sono integrati tutti gli elementi di tipicità del reato nel loro contenuto minimo, mentre la consumazione si verifica quando il fatto giunge alla sua massima gravità concreta¹³.

Di conseguenza, è già con la perfezione che si concretizza la situazione di incompatibilità con il recesso attivo determinata dalla impossibilità – logica, in primo luogo – di realizzare gli estremi oggettivi delineati dall'art. 56 comma 4 c.p. in termini di impedimento dell'evento¹⁴. Pertanto, se, dopo aver integrato tutti gli estremi di tipicità del reato, il soggetto si attiva per impedire la produzione di un evento ancora più dannoso (ad es. l'usuraio che, prima del completamento dei pagamenti da parte della vittima, rimette il rimanente debito), non vi sarà spazio per il recesso attivo (e neppure per la desistenza volontaria o il tentativo)¹⁵.

Il recesso attivo, quindi, opera in una fase anteriore a quella della perfezione, come desumibile dalla formula contenuta nell'art. 56 comma 4 c.p., che si riferisce all'impedimento dell'evento.

Simile premessa non pone problemi in caso di reati di evento (in

attivo e tentativo, sia la distinzione dell'area applicativa del recesso attivo rispetto a quella del reato perfetto (ID., *op. cit.*, p. 360).

¹³ Per una completissima analisi delle varie declinazioni della nozione di perfezione (contrapposta a quella di consumazione) proposte dalla dottrina, per il vero minoritaria, e per una argomentata critica alla categoria della perfezione v., di recente, A. AIMI, *Le fattispecie di durata. Contributo alla teoria dell'unità o pluralità di reati*, Milano, 2020, p. 187 ss. Per una difesa della validità della distinzione tra perfezione della fattispecie e consumazione del reato e, contestualmente, una delimitazione delle possibilità di dissociazione fra questi due momenti dell'*iter criminis* ad alcune ipotesi dei reati di durata (essenzialmente reati permanenti nei quali la concreta modalità di realizzazione della condotta risulti protratta nel tempo – ad es. furto di energia elettrica – nonché reati a condotta reiterata o a consumazione prolungata) e al caso in cui vi siano più condotte tipiche separate da un intervallo temporale (ad es. più fendenti inferti alla vittima) v. S. BRASCHI, *La consumazione del reato. Fondamenti dogmatici ed esigenze di politica criminale*, Padova, 2020, p. 232 ss. e 323 ss. Su questi aspetti rimane fondamentale il pensiero di Ferrando Mantovani (F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 468).

¹⁴ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 469.

¹⁵ Secondo F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 471, inoltre, dopo la perfezione e prima della consumazione non sarebbe configurabile neppure l'attenuante di cui all'art. 62 comma 6 c.p.

senso naturalistico): con tutta evidenza il recesso può ben manifestarsi prima che il decorso causale abbia portato alla produzione del risultato materiale cui era tesa la condotta¹⁶.

Differentemente, nei reati di mera condotta, il momento della perfezione si colloca al termine del completamento dell'azione tipica. Aderendo a questa impostazione si dovrebbe ritenere sussistente un'incompatibilità – innanzitutto logica – fra recesso attivo e reati di mera condotta poiché, non essendovi evento naturalistico da impedire, non vi sarà spazio per il recesso attivo¹⁷.

Le considerazioni appena riassunte portano l'opinione prevalente a ritenere che nei reati di mera condotta sia ammissibile il tentativo (se l'azione non viene portata a compimento per cause indipendenti dalla volontà dell'autore), la desistenza volontaria (se l'azione viene interrotta volontariamente dall'autore), ma non il recesso attivo, poiché se l'azione è conclusa allora il reato è perfetto e non più recedibile.

(bb) La sfera di operatività del recesso attivo rispetto al delitto tentato si delinea alla luce di due requisiti previsti dall'art. 56 comma 4 c.p.

Il primo, esplicito, è quello della volontarietà dell'impedimento dell'evento che, invece, è assente nel delitto tentato. Al tema della volontarietà, sia in relazione alle pregnanti caratteristiche di questo requisito, sia in relazione al ruolo che il relativo giudizio di sussistenza ha assunto nella soluzione di alcuni casi difficili¹⁸ di delimitazione ester-

¹⁶ V. O. VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, cit., p. 116; A. PAGLIARO, *Il reato*, cit., p. 361; G. FIANDACA-G. LEINERI, *Art. 56*, in G. FORTI-S. SEMINARA-G. ZUCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2017, p. 247; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 507; D. NOTARO, *Il tentativo*, cit., p. 138.

¹⁷ Dottrina sostanzialmente concorde sul punto: v. V. SERIANNI, *La desistenza volontaria ed il ravvedimento attivo*, cit., p. 178; A. SANTORO, voce *Tentativo (Diritto penale)*, cit., p. 1153; M. SINISCALCO, voce *Tentativo*, cit., p. 8; M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, II, cit., p. 87; in questo senso v. anche F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 496 ss., il quale, tuttavia, pone l'accento sul fatto che il recesso attivo si colloca posteriormente al momento in cui il soggetto attivo ha realizzato tutti gli atti causali necessari ed interrompe il decorso causale in atto mediante contro-condotta. In giurisprudenza, nei medesimi termini, v. Cass. sez. VI, 16/10/1995 (dep. 03/11/1995), n. 10896, in *DeJure* e Cass. sez. VI, 17/3/2009 (dep. 26/6/2009) n. 26177, in *C.E.D. Cassazione*, Rv. 244356. Per una voce dissenziente v., *infra*, par. 6. Ovviamente, l'interruzione della condotta *in fieri* potrebbe dare luogo ad ipotesi di desistenza volontaria.

¹⁸ Circa la distinzione fra casi facili e casi difficili, anche per l'analisi delle sue ricadute sull'attività di interpretazione, v., in particolare, H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard l. rev.*, 1958, p. 607 ss. e, dottrina penalistica italiana, O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra crea-*

na, sarà dedicato uno specifico approfondimento nel prosieguo della trattazione¹⁹.

Il secondo requisito, implicito, riguarda l'astratta possibilità di consumazione che deve essere sussistente nel momento in cui il soggetto recedente compie la volontaria contro-azione finalizzata ad interrompere il decorso causale precedentemente attivato²⁰. Infatti, l'impossibilità di proseguire nell'*iter criminis* determina *per se* l'insorgenza della tipicità del delitto tentato che, necessariamente, chiude la porta a qualsiasi opportunità di recesso attivo per il soggetto agente.

Come noto, l'impossibilità di perfezione dell'illecito può essere di natura oggettiva o soggettiva²¹.

L'impossibilità oggettiva si dispiega sul piano materiale del fatto che non può essere portato a compimento dall'agente per fattori sopravvenuti, come nel caso in cui lo scassinatore che abbandona la cassaforte perché lo strumento che aveva ideato per la sua apertura non funziona.

Allo stesso risultato si perviene quando l'agente ritiene per errore che il delitto non possa essere portato a termine, ad es. quando lo scassinatore riesce con il suo attrezzo ad aprire la cassaforte ma, non accorgendosi del doppio fondo, se ne va senza sottrarre nulla. Inoltre, una particolare ipotesi di impossibilità soggettiva si ha quando l'autore ritiene che il reato sia già stato commesso, come nella situazione in cui l'omicida, dopo aver sferrato alcuni colpi mortali, si allontani dalla vittima credendola – erroneamente – morta²².

tività e vincolo alla legge, Milano, 2006, p. 68 ss. e 280 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale fra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 156 ss.

¹⁹ V., *infra*, par. 7.

²⁰ V. G. COCCO, *La estensione del fatto tipico*, cit., p. 388; S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., p. 63 e G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 551 (questi ultimi, però, con riferimento alla soggettiva convinzione di poter completare il reato che esclude la volontarietà; v. *infra* nel corpo del testo). In giurisprudenza v. Cass. sez. II, 07/07/2014 (dep. 23/10/2014), n. 44148, in *C.E.D. Cassazione*, Rv. 260855 (relativa ad ipotesi di desistenza volontaria, ma la caratteristica strutturale della possibilità di consumazione è comune alla desistenza volontaria ed al recesso attivo); Cass. sez. VI, 11/10/2011 (dep. 9/11/2011), n. 40678, in *C.E.D. Cassazione*, Rv. 251058 (esplicitamente riferita anche al recesso attivo) e Cass. sez. I, 4/02/2009 (dep. 27/02/2009), n. 9015, in *C.E.D. Cassazione*, Rv. 242877 (anch'essa in tema di desistenza volontaria).

²¹ M. ROMANO, *Art. 56*, cit., p. 605 ss., da cui sono tratti anche gli esempi che seguono nel corpo del testo.

²² Caso che risulta deciso nel senso del tentato omicidio da Cass. 9 dicembre 1969, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1971, p. 714 ss.

Il caso dell'impossibilità soggettiva di perfezione, come sarà meglio illustrato in seguito, rappresenta una particolare ipotesi di assenza di volontarietà della condotta di recesso attivo²³.

In sintesi, per quanto riguarda la delimitazione esterna, il recesso attivo, che è ammissibile solo per i reati di evento, si separa dal delitto consumato in quanto la circostanza prevista dall'art. 56 comma 4 c.p. non si perfeziona con la completezza del fatto; si distingue dal delitto tentato in quanto l'evento, che è conseguenza della condotta, non si manifesta per ragioni attinenti alla volontà dell'agente che decide di impedirlo, pur potendosi ancora giungere alla consumazione del reato.

(cc) La delimitazione interna deve essere per contro tracciata fra recesso attivo e desistenza volontaria ed è prevalentemente ricalcata sulla diade – tuttora proponibile dal punto di vista strutturale e sistematico – tentativo compiuto *vs* tentativo incompiuto²⁴.

Com'è noto, nel codice Zanardelli le disposizioni incriminatrici del tentativo si bipartivano²⁵. L'art. 61 puniva il tentativo incompiuto, sussistente quando il soggetto attivo, pur avendo cominciato l'esecuzione di un delitto con mezzi idonei, non compiva tutto ciò che è necessario alla sua consumazione per ragioni indipendenti dalla sua volontà; l'art. 62, invece, puniva chiunque avesse compiuto tutto ciò che è necessario alla consumazione di un delitto, se questa non si fosse verificata per circostanze indipendenti dalla sua volontà. La differenza fra le due ipotesi disciplinate dal codice previgente, quindi, risiedeva nel completamento della condotta necessaria alla consumazione del reato: nel tentativo incompiuto l'agente inizia l'esecuzione del reato ma non ne completa la condotta; nel tentativo compiuto l'agente inizia l'esecuzione e completa la condotta, ma il reato non si perfeziona. Nell'ottica del codice Zanardelli, il maggiore avanzamento dell'*iter criminis* nel tentativo compiuto rispetto a quello incompiuto rendeva più grave la prima figura rispetto alla seconda.

Questa distinzione, che ha obliterato le sue ricadute sul piano

²³ V., *infra*, par. 7.

²⁴ Sulla distinzione concettuale fra tentativo compiuto e tentativo incompiuto (o delitto mancato) v., per tutti, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 481.

²⁵ Sulla disciplina del tentativo nel codice Zanardelli, anche in relazione ai lavori preparatori ed alle scelte di politica criminale ad esso sottese v. S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2012, p. 421 ss. e, in prospettiva parzialmente differente, S. DEL CORSO, *Riflessioni sulla struttura del tentativo nella cultura giuridica italiana*, Torino, 2019, p. 67 ss.

sanzionatorio con il codice Rocco²⁶, mantiene una rilevanza teorica proprio nella delimitazione dello spazio applicativo del recesso attivo rispetto alla desistenza volontaria.

Infatti, in dottrina è estremamente frequente la constatazione del fatto che la desistenza volontaria può avvenire solo nella fase del tentativo incompiuto – prima che si sia perfezionata la condotta tipica –, mentre il recesso attivo si può configurare solo nelle ipotesi di tentativo compiuto, quando l'agente ha portato a termine la condotta ed innescato il decorso causale²⁷; tant'è che, secondo una voce autorevole, «sulla correlazione tra le due forme del recesso (*desistenza/pentimento operoso*) e le due fasi del tentativo (*incompiuto/compiuto*) non esiste il più piccolo dubbio in dottrina»²⁸.

Anche in giurisprudenza la distinzione concettuale fra tentativo compiuto e tentativo incompiuto è ampiamente utilizzata per separare le ipotesi di recesso attivo da quelle di desistenza volontaria²⁹.

La chiara distinzione fra tentativo compiuto e tentativo incompiuto comporta che, ad es., il soggetto che avvelena la vittima mediante la somministrazione ripetuta di piccole dosi di veleno possa avvalersi

²⁶ Tuttavia, nel senso che il comma 1 dell'art. 56 c.p. possa delineare la differenza non fra tentativo compiuto e tentativo incompiuto, ma fra tentativo nei reati d'evento e tentativo nei reati di mera condotta v., P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, p. 414 ss., il quale respinge l'ipotesi, negando valore alla distinzione fra reati materiali e reati formali in ragione della sua peculiare concezione di evento, qualificato come effetto della condotta, eventualmente concomitante, e dalla stessa causalmente derivato (ID., *op. cit.*, p. 176 ss.).

²⁷ V., ad es., F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 507; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018, p. 638; M.C. UBIALI, *Art. 56 B*), cit., p. 1142 ss.; V. SERIANNI, *La desistenza volontaria ed il ravvedimento attivo*, cit., p. 175 ss.; G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1982, p. 533 ss. *Contra*, in senso apertamente critico rispetto a questa impostazione in ragione degli effetti che si produrrebbero, v. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 497.

²⁸ L. MONACO, *Sul recesso dal delitto tentato*, cit., p. 228 nota 25. Concorde sull'esistenza di una prevalente opinione dottrinale nel senso indicato nel corpo del testo S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, cit., p. 46 ss.

²⁹ In questi termini, evocando esplicitamente la dicotomia tentativo compiuto – tentativo incompiuto, v. Cass. sez. II, 20/3/2018 (dep. 11/4/2018), n. 16054, in *DeJure*; Trib. Napoli, 2/10/2017 n. 9045, in *DeJure*; Cass. sez. V, 15/05/2017 (dep. 02/11/2017), n. 50079, in *DeJure*; Cass. sez. V, 30/01/2017 (dep. 11/04/2017), n. 18322, in *DeJure*; Cass. sez. II, 08/05/2015 (dep. 10/06/2015), n. 24551, in *DeJure*; Cass. sez. I, 28/02/2012 (dep. 29/03/2012), n. 11746, in *DeJure*; C. App. Palermo, 4/3/2010, in *DeJure*; Cass. sez. I, 07/07/2009 (dep. 29/07/2009), n. 31221, in *DeJure*; Cass. sez. I, 23/09/2008 (dep. 21/10/2008), n. 39293, in *DeJure*; Cass. sez. I, 10/12/1079, in *Giust. pen.*, 1980, II, p. 709.

della desistenza volontaria se interrompe la propria condotta prima che il veleno abbia assunto una concentrazione rilevante nell'organismo della vittima; viceversa, se il soggetto attivo versa una dose letale di veleno nella bevanda della vittima e, poi, impedisce che la vittima la beva rovesciando il bicchiere già nelle mani del soggetto passivo, si potrà configurare soltanto il recesso attivo.

Dall'applicazione della categoria concettuale del tentativo compiuto ed incompiuto al problema della delimitazione interna del recesso attivo rispetto alla desistenza volontaria discende una serie di conseguenze circa la struttura della contro-condotta nel recesso attivo e, specularmente, nella fattispecie di desistenza volontaria.

Per quanto riguarda i reati commissivi, il recesso attivo richiede un comportamento positivo dell'agente che si adopera attivamente per impedire la verificazione dell'evento cui tende il nesso causale dallo stesso attivato. Nella desistenza volontaria, invece, la condotta di recesso (in senso lato) dell'agente consisterebbe nel mero abbandono dell'azione *in fieri*, cioè in un contegno sintomatico di una 'susseguente omissione' del soggetto attivo che interrompe la condotta tipica prima che la stessa giunga ad esaurimento³⁰.

Di conseguenza, in base al criterio tradizionale di delimitazione interna, un comportamento omissivo solo eccezionalmente potrebbe rappresentare la contro-condotta in cui si sostanzia il recesso attivo dal delitto commissivo³¹.

Più complessa è la situazione per le ipotesi di recesso dai reati che prevedono un contegno omissivo.

La categoria dei reati omissivi propri pone già problemi sulla configurabilità del delitto tentato *tout court*³². Il tema, che non può essere approfondito in questa sede, incide solo parzialmente sull'oggetto della nostra analisi: una volta ipotizzata la configurabilità del tentativo nei reati omissivi propri, si dovrebbe necessariamente escludere l'astratta possibilità di sussistenza del tentativo compiuto – e quindi del recesso attivo – proprio in ragione dell'assenza dell'evento nella struttura del fatto tipico. Rimarrebbe un angusto spazio applicativo per le ipotesi di desistenza volontaria caratterizzate, a questo punto,

³⁰ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 507 ss.; A. SANTORO, voce *Tentativo (Diritto penale)*, cit., p. 1153.

³¹ In argomento e sulle ipotesi eccezionali che derogano alla regola come ricostruita nel corpo del testo v. D. NOTARO, *Il tentativo*, cit., p. 133 e p. 138.

³² Su questo aspetto v., ampiamente, M. ROMANO, *Art. 56*, p. 597 ss. e la dottrina *ivi* richiamata.

da connotazioni attive poiché il soggetto, dopo averla inizialmente omessa, intraprende l'azione doverosa.

Del pari, nei reati commissivi mediante omissione, la prospettiva tradizionale derivante dalla contrapposizione dei concetti di tentativo compiuto/tentativo incompiuto impone che la desistenza volontaria si sostanzi in un comportamento commissivo, teso all'impedimento della verificazione dell'evento³³.

Tuttavia, nel caso dei reati omissivi impropri, il criterio incentrato sulla dicotomia tentativo incompiuto vs tentativo compiuto non è dichiaratamente idoneo a risolvere i problemi di delimitazione interna fra desistenza volontaria e recesso attivo.

In questo caso, infatti, l'esaurimento della condotta e l'innescio del decorso causale sono dati poco significativi: il *non facere* rispetto all'obbligo giuridico di attivarsi, caratteristico della condotta omissiva³⁴, rende sostanzialmente impossibile identificare il momento in cui la condotta tipica è completa; inoltre, il decorso causale è attivato anche nelle ipotesi pacifiche di desistenza volontaria³⁵.

Per ovviare alle deficienze del criterio classico di distinzione la dottrina ha allora elaborato un differente canone, che risiede, in buona sostanza, nella normalità della contro-condotta.

In particolare, si avrà desistenza volontaria quando per il soggetto attivo è sufficiente attuare la condotta doverosa inizialmente omessa; si sarà invece in presenza di un recesso attivo se il decorso causale si è sviluppato fino al punto da esigere un'azione diversa e ben più significativa rispetto a quella inizialmente richiesta, nel frattempo divenuta inidonea a prevenire la verificazione dell'evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire³⁶.

³³ V. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 508; F.R. ARCIULI, *Il delitto tentato*, Torino, 2007, p. 77 (entrambi gli Autori non affrontano il tema del recesso attivo).

³⁴ Ai limitati fini di questa analisi, si può dare per scontata l'identificazione del fatto omissivo in termini normativi e non ontologici. Cfr. G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, p. 92 ss. e G. FIANDACA, voce *Omissione (diritto penale)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 547 ss.; P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., p. 153 ss. e, per una visione parzialmente differente, M. SPASARI, *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, 1957, spec. p. 24 ss. e 52 ss.

³⁵ Come nella classica ipotesi della madre che sospende l'allattamento del bambino citata da F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 508 quale situazione in cui può configurarsi desistenza quando la madre riprende l'alimentazione.

³⁶ In questi termini v. M.C. UBIALI, *Art. 56 B)*, cit., p. 1144; M. GALLO, *Diritto*