

QUESTIONI APERTE

Criteria di delimitazione tra desistenza volontaria e recesso attivo

La decisione

Desistenza volontaria e recesso attivo - Tentativo incompiuto - Dominio finalistico

(Art. 56, co. 3 e 4 c.p.)

In tema di tentativo incompiuto, la desistenza volontaria del singolo concorrente, perché si riverberi favorevolmente sulla posizione dei compartecipi, non può esaurirsi nella cessazione della azione criminosa individuale, ma deve instaurare un processo causale che determini l'interruzione volontaria della sequenza degli atti destinati a produrre l'evento antiggiuridico. (Fattispecie relativa a reato di abuso di ufficio in cui, in seguito a delibera comunale di affidamento senza gara dell'utilizzo di locali, è stata ravvisata l'esimente a vantaggio dei componenti dell'intera giunta con riguardo alla condotta della dirigente comunale che, prima che si addivenisse alla stipula della convenzione attuativa, decise di dare corso alla procedura di evidenza pubblica).

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. VI, 5 febbraio 2024 (ud. 25 ottobre 2023), n. 5077
- RICCIARELLI, *Presidente ed estensore*

Appunti sui criteri di delimitazione tra desistenza volontaria e recesso attivo

L'orientamento assolutamente prevalente in giurisprudenza aderisce alla concezione tradizionale secondo la quale l'unico criterio per distinguere desistenza volontaria e recesso attivo è costituito dal dato formale dell'esaurimento della condotta tipica: fino a quando essa non si è ancora compiuta, sarebbe configurabile la desistenza; qualora la condotta si è invece perfezionata, vi sarebbe spazio soltanto per la circostanza attenuante del recesso attivo.

Una parte della dottrina contesta questa impostazione sul presupposto che il criterio legale potrebbe comportare esiti irrazionali e censurabili e suggerisce di risolvere i rapporti tra desistenza e recesso secondo una diversa prospettiva, nella quale l'attenzione viene concentrata sul dominio finalistico che il soggetto agente può esercitare sul corso degli accadimenti.

La sentenza qui annotata, pur ritenendo configurabile la desistenza in quanto la condotta non si era ancora compiuta, impiega in via sussidiaria anche il criterio del dominio finalistico e questa apertura induce pertanto a riflettere su quale rilievo possa essere riconosciuto a detto parametro nel quadro dei rapporti tra desistenza e recesso e, soprattutto, sulla sua compatibilità con il dettato normativo dell'art. 56 c.p.

Notes on the delimitation criteria between voluntary desistance and active re-cessation.

The absolutely prevailing orientation in jurisprudence adheres to the traditional conception according to which the only criterion for distinguishing voluntary desistance and active withdrawal is the formal fact of the exhaustion of the typical conduct: as long as the conduct has not yet been completed, desistance would be configurabile; when the conduct has been perfected, there would only be room for the mitigating circumstance of active withdrawal.

Part of the doctrine disputes this approach on the assumption that the legal criterion could lead to irrational and censurable outcomes and suggests resolving the relationship between desistance and withdrawal according to a different perspective, in which the focus is on the finalistic dominion that the agent can exercise over the course of events.

The judgement noted here, while considering that desistance is configurable insofar as the conduct had not yet been completed, also employs in a subsidiary manner the criterion of the finalistic dominion and this opening leads one to reflect on what importance can be attributed to this parameter in the framework of the relations between desistance and withdrawal and, above all, on its compatibility with the normative dictate of Article 56 of the criminal code.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il caso oggetto della sentenza. – 3. I limiti del criterio tradizionale e la prospettiva di un suo definitivo superamento: il criterio del dominio finalistico o della continuità temporale. – 4. Il criterio del dominio finalistico nei reati di evento a forma libera. – 5. Il criterio del dominio finalistico in relazione ad una condotta che si può realizzare in contesti temporali distinti: osservazioni critiche.

1. *Introduzione.* La recente abrogazione della norma che configurava il delitto di abuso d'ufficio potrebbe indurre a ritenere superfluo l'esame del ragionamento con il quale la sentenza qui annotata ha affermato la possibilità di applicare la desistenza volontaria ai fatti di reato riconducibili all'art. 323 c.p.¹

D'altro canto, con questa sentenza, la Corte di Cassazione sembrerebbe essersi limitata a ribadire la posizione alla quale si ispira tutta la sua giurisprudenza, che ritiene configurabile la desistenza volontaria fino a quando non si è esaurita la condotta tipica descritta dalla fattispecie incriminatrice².

La sentenza può tuttavia essere esaminata secondo un diverso punto di vista, considerando che l'accostamento della desistenza all'abuso d'ufficio potrebbe quantomeno risultare "inusuale"³ se posto in correlazione ai consueti esempi⁴

¹ In argomento GAMBARDILLA, *Peculato, abuso d'ufficio e nuovo delitto di "indebita destinazione di denaro o cose mobili"* (art. 314-bis c.p.). *I riflessi intertemporali del decreto-legge n. 92/2024*, in *Sistema penale*, 17 luglio 2024; GATTA, *Morte dell'abuso d'ufficio, recupero in zona Cesarini del 'peculato per distrazione'* (art. 314-bis c.p.) e obblighi (non pienamente soddisfatti) di attuazione della direttiva UE 2017/1371, *Ivi*, 10 luglio 2024.

² La giurisprudenza assolutamente prevalente rimane ancorata alla concezione tradizionale, secondo la quale la desistenza sarebbe configurabile nelle ipotesi di tentativo incompiuto, quando cioè la condotta tipica non si è perfezionata; il recesso attivo ricorre invece rispetto ad un tentativo compiuto, nel quale la condotta si è esaurita ed è stato attivato il processo causale ma l'evento viene impedito. In questo senso la sentenza qui annotata richiama Cass., Sez. V, 20 gennaio 2020, n. 17241, in *Dejure*; Cass., Sez. I, 28 febbraio 2012, n. 11746, in *Dejure*.

³ Questa possibilità era già stata riconosciuta da Cass., Sez. VI, 13 dicembre 2013, n. 50334, in *Dejure*, in un caso simile a quello oggetto della sentenza in esame.

⁴ Si pensi ai classici esempi del furto e dell'omicidio mediante avvelenamento: nel primo caso un soggetto

in cui ci si imbatte costantemente sfogliando le pagine dei più autorevoli manuali della letteratura penalistica italiana e che consentono di esporre in modo semplice e lineare la distinzione tra desistenza e recesso alla luce del criterio tradizionale, imperniato esclusivamente sul dato formale dell'avvenuta compiutezza o meno della condotta tipica⁵. Ed è proprio questo punto di osservazione "statico" ad aver indotto una parte della dottrina alla affermazione comune secondo la quale il criterio tradizionale opererebbe correttamente soltanto sul piano teorico o, comunque, nella risoluzione di casi semplici⁶, mentre potrebbe entrare in crisi nelle ipotesi in cui risulta più complesso stabilire se la condotta tipica si sia effettivamente realizzata e nelle quali, dunque, l'alternativa tra la desistenza ed il recesso potrebbe favorire valutazioni arbitrarie e discordanti, come del resto accaduto in passato⁷.

Muovendo dalla opportunità di superare definitivamente il criterio tradizionale, si è così proposto di risolvere i rapporti tra desistenza e recesso mediante l'impiego di parametri diversi, ritenuti in grado di operare in modo più razionale e convincente, per quanto questa riflessione si sia svolta su un piano prevalentemente teorico considerando che, allo stato attuale, non sembra aver ricevuto particolare attenzione da parte della giurisprudenza. Una interessante apertura in questo senso può tuttavia essere rilevata proprio nella motivazione della sentenza a cui si riferiscono queste osservazioni: pur aderendo alla impostazione tradizionale, essa valuta la configurabilità della desistenza anche alla luce di una prospettiva simile alla concezione teorica sopra richiamata e,

abbandona l'appartamento nel quale si era introdotto senza sottrarre nulla; nel secondo la somministrazione del veleno viene interrotta quando le dosi già propinate non sono ancora sufficienti a cagionare l'esito fatale.

⁵ In argomento 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, 219 ss.

⁶ In questo senso ROMANO, *Art. 56, Commentario sistematico del Codice penale*, Milano, 1995, vol. I, 569; GALLO, *Appunti di diritto penale. Vol. III. Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2003, 123; MEZZETTI, *Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*, 2023, Torino, 524; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*⁶, Bologna, 2010, 483; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*⁶, Torino, 2011, 493; DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018, 639; PETRINI, *Delitto tentato*, in GROSSO-PELISSERO-PETRINI-PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*⁶, Milano, 2020, 542; PERINI, *Il tentativo*, in *Il sistema penale*, Torino, 2024, 440, curato da Paliero; CHIARAVIGLIO, *Il recesso attivo: 'accidentalità' o 'autonomia'? Quesiti sistematici del pentimento operoso*, Torino, 2022, 14.

⁷ Emblematico in questo senso è un caso sul quale si è pronunciata in passato la giurisprudenza italiana: una donna inserisce una cannula in vagina per procurare un aborto, ma la estrae prima che si sia verificata l'interruzione della gravidanza. Desistenza o recesso?

pertanto, la sua analisi costituisce lo spunto per una necessaria riflessione sul dibattito relativo ai rapporti di reciproca delimitazione tra desistenza volontaria e recesso attivo.

2. *Il caso oggetto della sentenza.* La vicenda sulla quale si è pronunciata la sentenza qui annotata concerne l'emanazione, da parte di una giunta comunale, di una delibera con la quale veniva disposto l'affidamento diretto per l'utilizzo dei locali di un immobile di interesse storico ad una associazione di promozione sociale. L'affidamento non si era tuttavia perfezionato con la semplice emanazione della delibera, posto che il provvedimento rimandava alla stipulazione con l'associazione di una successiva convenzione che ne avrebbe regolato tempi e modalità: ma la convenzione non veniva più sottoscritta a causa di una decisione della dirigente comunale incaricata della sua redazione.

L'imputazione per il reato di abuso d'ufficio nei confronti di tutti i membri della giunta comunale e del presidente dell'associazione contraente è giustificata, da un lato, dal fatto che il Sindaco non si sarebbe astenuto in presenza di un interesse proprio e, dall'altro, perché la legge amministrativa di riferimento non avrebbe consentito di affidare direttamente l'immobile ad un soggetto determinato, ma avrebbe imposto di bandire una gara ad evidenza pubblica aperta anche ad altri potenziali candidati.

Entrambe le sentenze di merito hanno escluso che il comportamento della dirigente comunale potesse costituire una desistenza volontaria sul presupposto della avvenuta consumazione del reato: l'emanazione della delibera, pur senza la successiva convenzione, avrebbe realizzato uno dei due eventi alternativi previsti dall'art. 323 c.p., consistente nell'aver procurato un danno ingiusto a tutti i soggetti astrattamente interessati all'affidamento dell'immobile e che erano stati pregiudicati dalla decisione di non disporre una gara ad evidenza pubblica ma di procedere con l'affidamento diretto all'associazione.

Di diverso avviso è invece la sentenza qui annotata, la quale ribadisce che se il capo di imputazione contesta quale unico risultato della condotta illegittima l'aver procurato un ingiusto vantaggio patrimoniale all'associazione, è esclusivamente a tale evento che si deve fare riferimento per stabilire se il reato si è consumato o meno e, quindi, se la semplice emanazione della delibera lo abbia realizzato.

La sentenza nega questa ipotesi rammentando che, secondo orientamento costante della giurisprudenza di legittimità⁸, per ingiusto vantaggio patrimoniale si deve intendere un qualunque accrescimento della situazione giuridica soggettiva propria o altrui. Si precisa quindi che la semplice emanazione della delibera, svincolata dalla successiva convenzione alla quale rimandava, non avrebbe potuto attribuire alcun titolo formale all'associazione per esercitare un potere giuridico sull'immobile e, proprio per questo, il reato non si può ritenere consumato.

Posto quindi che il delitto si è arrestato alla soglia del tentativo, si tratta a questo punto di chiarire in quale fase del processo esecutivo si è inserita la condotta della dirigente comunale che ha volontariamente deciso di non stipulare la convenzione.

Si deve sottolineare che, senza la stipulazione della convenzione, non soltanto non si verifica l'evento del reato, ma la condotta tipica non può ancora essere ritenuta illegittima, in quanto la violazione della legge amministrativa sarebbe consistita nell'affidamento diretto all'associazione: l'emanazione della delibera, quindi, segna l'inizio del procedimento amministrativo e - simmetricamente - il primo frammento di condotta tipica⁹. La delibera costituisce un atto presupposto per la stipulazione della successiva convenzione e viene quindi qualificato come un atto idoneo a procurare un ingiusto vantaggio patrimoniale all'associazione, posto che comunque è in grado di collocarla in una posizione favorevole rispetto a tutti gli altri soggetti che nella delibera non erano contemplati.

La condotta non si è quindi ancora compiuta e avrebbe richiesto la stipulazione di un atto successivo per il suo perfezionamento: nell'arco temporale intercorrente tra l'emanazione della delibera e la redazione dell'atto negoziale si assiste

⁸ Viene richiamata nella motivazione della sentenza Cass., Sez. III, 13 dicembre 2017, n. 4140, in *Dejure*.

⁹ In un caso molto simile, come anticipato, Cass., n. 4140, cit., aveva infatti affermato che: «In tema di abuso di ufficio, qualora l'azione amministrativa illegittima si caratterizzi per l'attribuzione al privato della gestione di servizi nell'interesse dell'amministrazione conferente, il vantaggio patrimoniale che integra l'evento del reato non si sostanzia né nell'atto, meramente interno, di scelta del privato né nell'ulteriore ed opposto estremo dell'acquisizione del *tantundem* patrimoniale derivante dall'esecuzione del servizio, ma nella stipula dell'atto negoziale nel quale si incontrano le volontà dell'amministrazione, rappresentata all'esterno, e del soggetto beneficiario, in quanto in questo momento la sfera patrimoniale del privato si accresce ingiustamente delle posizioni soggettive connesse all'accordo con l'amministrazione; in assenza, invece, della stipula di un atto negoziale, la consumazione del reato coincide con il momento di materiale affidamento del servizio».

ad una protrazione della condotta tipica, interrotta dalla inerzia della dirigente comunale¹⁰.

Aderendo al criterio tradizionale, la sentenza si snoda secondo un impeccabile rigore logico: una volta dimostrato che la condotta tipica prevista dal reato di abuso d'ufficio non si è ancora integralmente realizzata, e che si versa in una ipotesi di tentativo incompiuto, si ritiene correttamente applicabile la desistenza volontaria¹¹.

Come segnalato nella introduzione alle presenti osservazioni, la sentenza afferma la medesima conclusione sulla base di un altro punto di vista, pur espresso in modo molto sintetico, nel quale viene valorizzato il concetto di dominio finalistico sull'azione. Dopo aver richiamato l'orientamento prevalente in giurisprudenza, secondo il quale la desistenza sarebbe esclusa nella ipotesi in cui è stato attivato il processo causale che potrebbe cagionare l'evento, la sentenza puntualizza che questo momento del processo esecutivo comporta una perdita del controllo finalistico dell'azione: sembra quindi lecito dedurre da questa considerazione che, nella impostazione fatta propria dalla sentenza, il tentativo incompiuto sarebbe invece caratterizzato da una permanenza del controllo sul fatto. Muovendo dalla già nota precisazione che la condotta non si era ancora compiuta, e che la definizione del procedimento amministrativo non dipendeva da fattori esterni, la sentenza ha così ritenuto configurabile la

¹⁰ Il ragionamento con il quale la sentenza ha riconosciuto la possibilità di applicare la desistenza risulta ancor più apprezzabile se si tiene conto del fatto che il reato si sarebbe estinto per intervenuta prescrizione, ma si è ritenuto che potesse prevalere, quale causa di proscioglimento più favorevole, la desistenza volontaria.

¹¹ La sentenza non è chiamata a risolvere l'intricata questione del recesso del concorrente nell'ambito del concorso di persone. È noto che, secondo orientamento costante della giurisprudenza (puntualmente richiamata nella motivazione), per beneficiare della desistenza il concorrente dovrebbe eliminare gli effetti causalmente riconducibili al proprio contributo, così che possa affermarsi che l'attività collettiva non è più sua opera. Questo delicato accertamento - si diceva - non è tuttavia necessario nel caso in esame in quanto la desistenza volontaria della dirigente comunale ha interrotto la condotta tipica del reato commesso in concorso: si tratta di una ipotesi in cui il concorrente impedisce il reato concorsuale e, pertanto, se ne gioveranno anche gli altri partecipi. In argomento, sul recesso del concorrente, v. VIOLANTE, *Sulla natura dell'atto di desistenza del concorrente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 837; FIANDACA, *Sulla desistenza nella partecipazione criminosa*, in *Studi in onore di Giovanni Musotto*, 1980, 243; FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, Padova, 1984; RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, 303 ss.

desistenza anche sul presupposto che essa è avvenuta in una fase in cui non era stato perduto il controllo finalistico dell'azione¹².

Si dovrà tenere conto di questa fondamentale sottolineatura nello sviluppo delle successive osservazioni.

3. I limiti del criterio tradizionale e la prospettiva di un suo definitivo superamento: il criterio del dominio finalistico o della continuità temporale. Pur senza approfondire il concetto di dominio finalistico al quale espressamente si riferisce, la sentenza qui annotata esprime quindi una posizione che può risultare certamente innovativa rispetto alla impostazione dominante in giurisprudenza, nella misura in cui riconosce la possibilità che il criterio legale sia integrato da parametri diversi.

Ora, il concetto al quale fa riferimento la sentenza - quello del dominio finalistico dell'azione - non costituisce affatto una novità nel quadro della discussione sui rapporti tra desistenza e recesso, in quanto esso ha trovato puntuale approfondimento in quella parte della dottrina, richiamata in precedenza, la cui categorica conclusione può essere così riassunta: il criterio tradizionale comporta risultati talvolta irrazionali ed eterogenei e la soluzione preferibile consiste nel suo definitivo superamento.

Da una prima angolazione, il criterio tradizionale potrebbe infatti peccare di eccessivo formalismo quando esclude la configurabilità della desistenza in relazione ad una condotta che si è teoricamente compiuta, in quanto è stato attivato il processo causale, ma che il soggetto si potrebbe immediatamente attivare per interrompere¹³. Si pensi al seguente esempio: un soggetto alza il rubinetto del gas per intossicare il proprio coniuge che si trova dormiente nell'appartamento ma, senza aver mai abbandonato l'abitazione, decide di abbassarlo poco dopo, quando la quantità di gas fuoriuscita fino a quel momento non avrebbe avuto la minima capacità di cagionare l'evento letale¹⁴. La condotta si è

¹² Si osserva, a questo proposito, che «poiché viene in rilievo un reato connotato da una particolare condotta, la quale deve comunque cagionare un evento, e poiché nel caso di specie non si era completato il complesso iter, dal quale soltanto avrebbe potuto derivare il vantaggio per l'associazione, iter non rimesso a fattori esterni, ma al compimento di tutti gli atti ancora necessari, deve concludersi che la condotta della dirigente[...], in una fase in cui non era stato perduto il controllo finalistico dell'azione, ebbe l'effetto di impedire la prosecuzione dell'iter e dunque la progressione della condotta fino alla verifica dell'evento, in modo da privare di qualsivoglia effetto il contenuto della delibera incriminata».

¹³ ROMANO, *Art. 56*, cit., 572; CHIARAVIGLIO, *Il recesso attivo*, cit., 19.

¹⁴ L'esempio viene riportato in chiave critica da CHIARAVIGLIO, *Il recesso attivo*, cit., 22; FIANDACA-

formalmente compiuta ed è stato attivato il processo causale pertanto il comportamento negativo del soggetto non potrebbe che configurare una ipotesi di recesso attivo.

Questa soluzione potrebbe suscitare perplessità se comparata alla diversa situazione nella quale la condotta si sviluppa in un arco temporale piuttosto prolungato ed il soggetto agente potrebbe interromperla un istante precedente al suo formale perfezionamento: l'esclusione della responsabilità viene ritenuta da questa parte della dottrina una conseguenza eccessivamente benevola¹⁵.

Il limite rimproverato al criterio tradizionale viene quindi identificato nella sua incapacità di operare la delimitazione tra desistenza e recesso tenendo conto delle concrete modalità con le quali si verifica la condotta e ciò può imporre soluzioni tra loro incoerenti di cui gli esempi sopra esposti dovrebbe costituire una chiara dimostrazione.

La concezione teorica in esame propone di risolvere il problema dei rapporti tra desistenza e recesso secondo una prospettiva diversa, nella quale il dato dell'esaurimento della condotta non esercita più alcuna funzione di delimitazione e l'attenzione viene invece focalizzata proprio sulla permanenza del dominio finalistico dell'azione: la desistenza volontaria è ritenuta configurabile quando, nel contesto temporale in cui viene realizzata la condotta, il soggetto agente conserva il dominio sugli accadimenti e, se tale potere dovesse cessare, a causa di una interruzione di quel contesto, si potrà soltanto parlare di recesso attivo¹⁶.

Sotto questa nuova luce il criterio del dominio finalistico arricchisce di maggiore contenuto le figure della desistenza volontaria e del recesso attivo¹⁷.

MUSCO, *Diritto penale*, cit., 483; DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 640.

¹⁵ In questo senso ROMANO, *Art. 56*, cit., 572 ss., secondo il quale «alcune volte, infatti, l'impunità collegata dalla legge alla desistenza sembra una conseguenza eccessivamente benevola per l'agente: quando si abbiano pluralità di atti da compiere (o che siano comunque compiuti) a distanza anche considerevole di tempo, per esempio, non pare agevolmente accettabile che si possa desistere sino all'ultimo istante prima della consumazione». L'Autore propone quale esempio il caso di un soggetto che «scava giorno per giorno un cunicolo per evadere dal carcere, ma quando dopo mesi di lavoro starebbe per cadere l'ultimo diaframma abbandona e resta in cella», e che dovrebbe costituire un'ipotesi di tentativo punibile a meno che «non si muti l'esempio in modo che vi sia un'interruzione di un'operazione ravvicinata e continuativa di scavo: in tal caso, desistenza». Secondo MANTOVANI, *Diritto penale*¹, Milano, 2020, 497, l'esempio dovrebbe comunque essere risolto alla luce della desistenza volontaria.

¹⁶ ROMANO, *Art. 56*, cit., 572; CHIARAVIGLIO, *Il recesso attivo*, cit., 31 ss.; PERINI, *Il tentativo*, cit., 440.

¹⁷ Per una più approfondita esposizione di questa teoria v. CHIARAVIGLIO, *Il recesso attivo*, cit., 26 ss.

La desistenza non è più intesa come la semplice interruzione di una condotta ancora incompleta, ma è invece associata ad una situazione nella quale il soggetto agente conserva un potere diretto ed immediato sul corso degli accadimenti che gli deriva in quanto può essere esercitato nel medesimo contesto storico in cui viene posta in essere l'azione. La permanenza del dominio finalistico è dunque strettamente connessa all'idea di un'azione che si esaurisce in un contesto storico unitario o, comunque, molto ristretto ed è proprio questo rapporto di contestualità a consentire in modo agevole e potestativo di interrompere la condotta e, se questa si è già compiuta, di neutralizzare il processo causale.

Logicamente, il recesso attivo è il rovescio della medaglia di questa rappresentazione e presuppone che, a causa di un'interruzione del contesto in cui opera il soggetto agente, egli abbia perso il dominio finalistico sul fatto¹⁸. Proprio perché è cessato il potere sugli accadimenti, il comportamento negativo del soggetto non presenta le medesime possibilità di successo che caratterizzano la desistenza: il soggetto si espone al rischio che la sua attivazione possa non sortire l'effetto auspicato e questa prospettiva viene valorizzata anche al fine di restituire maggiore coerenza alla soluzione normativa di configurare il recesso attivo come una circostanza attenuante e non come una causa di esclusione della responsabilità.

L'esposizione delle linee generali di questa teoria consente di rilevare una evidente differenza rispetto al ragionamento elaborato dalla sentenza qui annotata. Nella prima, la nozione di dominio finalistico si sposa perfettamente con l'idea di un'azione che è in piena esecuzione, materialmente sotto il controllo del soggetto agente, con la conseguenza che la desistenza potrebbe risultare

¹⁸ CHIARAVIGLIO, *Il recesso attivo*, cit., 31 ss., «la rottura temporale rende manifesto il superamento di una situazione di dominio sull'azione (tipica della desistenza) e introduce un nuovo contesto in cui l'agente può attivarsi per impedire l'evento, interrompendo la serie causale precedentemente attivata, ma in questo caso la volontà interruttiva e la sua conseguente attuazione nei fatti hanno perso il carattere di potestatività, in cui il risultato prefissato era inevitabilmente ed unicamente legato alle scelte del reo. Prima della perdita del dominio, quando vi è ancora unità temporale con gli atti esecutivi idonei, il soggetto è padrone del divenire dell'azione e dispone a sua volontà della possibilità che il fatto di reato giunga a perfezione; una sua eventuale attivazione, in questa fase, è condizione sufficiente per interrompere l'*iter criminis*. Viceversa, se il soggetto attivo si determina in senso antagonista dopo aver perso il dominio sull'azione, l'esito di questa nuova fase volitiva si presenta, al momento dell'avvio della contro condotta, come incerto. Il nuovo comportamento dell'agente non è condizione sufficiente per impedire la perfezione poiché questo risultato deve essere raggiunto vincendo i fattori causali sui quali non inevitabilmente la contro condotta è destinata a prevalere».

aprioristicamente esclusa in tutte le ipotesi nelle quali la condotta può essere frazionata nel tempo. La sentenza sembra invece aderire ad un postulato diverso, secondo il quale il dominio finalistico sull'azione può perdurare nel tempo, anche se si verifica una interruzione temporale del contesto esecutivo, fino a quando non si è esaurita definitivamente la condotta tipica.

Converrà quindi riflettere su quale spazio possa essere riconosciuto al criterio del dominio finalistico in relazione alle due ipotesi problematiche dalle quali ha tratto spunto la sua elaborazione – da un lato, l'azione che si esaurisce in un medesimo contesto storico, dall'altro quella che può svilupparsi in più intervalli temporali – al fine di verificare soprattutto la sua compatibilità con l'art. 56 c.p.

4. *Il criterio del dominio finalistico nei reati di evento a forma libera.* La prima ipotesi problematica è contrassegnata dalla possibilità per il soggetto agente di attivarsi immediatamente per interrompere un processo causale ancora inidoneo a cagionare l'evento e, mediante un'analisi degli esempi approfonditi in questo dibattito¹⁹, si può constatare che tutte le fattispecie chiamate in causa siano reati di evento a forma libera.

Le conseguenze riconducibili all'impiego del criterio tradizionale sono puntualmente dimostrate dall'esempio del rubinetto del gas: il dato formale dell'avvenuto esaurimento della condotta ed il conseguente innesco del meccanismo causale dovrebbero precludere qualsiasi discussione sulla operatività della desistenza, e ciò nonostante l'impedimento dell'evento avvenga nella fase iniziale del processo causale, contrassegnata da un grado di disvalore decisamente inferiore rispetto alla diversa ipotesi nella quale il soggetto agente dovesse abbandonare l'appartamento e in un secondo momento chiamare i soccorsi affinché intervengano.

Per quanto i due scenari siano tra loro diversi sotto più punti di vista, come per esempio la fase del processo causale in cui si innesta l'intervento del soggetto agente oppure il grado di esposizione al pericolo del bene giuridico, la

¹⁹ Oltre all'esempio del rubinetto del gas, esposto in precedenza, si può pensare ai seguenti casi: a) il caso dell'inserimento di una cannula per fini abortivi che, come abbiamo visto, è l'esempio più comunemente impiegato per sottolineare i limiti del criterio tradizionale; b) un soggetto avvelena la bevanda e la porge alla vittima ma gliela strappa di mano immediatamente dopo; c) un soggetto lancia un tizzone ardente nel fondo di un vicino per provocare un incendio, ma lo raccoglie rapidamente e lo spegne prima che il fuoco si sia sviluppato; d) un soggetto pone un ostacolo sui binari per far deragliare il treno che passerà dopo qualche ora, ma decide di rimuoverlo essendo sempre rimasto in prossimità dei binari. Tutti questi esempi vengono puntualmente richiamati da CHIARAVIGLIO, *Il recesso attivo*, cit.

qualificazione giuridica del ravvedimento dovrebbe rimanere la medesima: la condotta si è formalmente compiuta ed in entrambi i casi sarebbe lecito rievocare soltanto il recesso attivo.

Una soluzione più convincente può essere ottenuta impiegando il criterio del dominio finalistico: la stabile permanenza dell'autore del reato all'interno dell'abitazione garantisce una situazione ancora sotto il suo controllo, che può essere facilmente invertita abbassando il rubinetto del gas, e che dovrebbe in definitiva costituire una desistenza; diversamente, se il soggetto agente dovesse lasciare l'appartamento interrompendo il contesto esecutivo nel quale aveva prima operato, si verifica una cessazione del dominio finalistico con il conseguente pericolo che l'esposizione della vittima al gas sia sempre più elevata ed i soccorsi potrebbero tardare, così che l'eventuale impedimento dell'evento dovrebbe ricadere nell'ambito del recesso attivo.

Il criterio del dominio finalistico risulta in queste ipotesi uno strumento particolarmente efficace per correggere i discutibili risultati dettati dalla impostazione, talvolta eccessivamente formalistica, del criterio tradizionale. È chiaro che da un punto di vista strettamente formale tutto quanto era necessario per attivare il meccanismo causale è stato compiuto, ma escludere soltanto per questa ragione la configurabilità della desistenza potrebbe risultare una soluzione contraria ad un principio di comune buon senso.

La proposta di estendere l'applicazione della desistenza ad una condotta che potrebbe apparire formalmente compiuta²⁰ è quindi condivisibile e, a nostro

²⁰ Questa possibilità viene affermata, sulla base di un esempio parzialmente diverso, anche da PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 495: Tizio intende uccidere Caio somministrandogli la sera dei cioccolatini che ha provveduto ad avvelenare la mattina ma, durante il pomeriggio, desiste dall'intenzione criminosa eliminando la scatola in cui erano contenuti i cioccolatini avvelenati. Osserva l'Autore che «nonostante qualche possibile dubbio al riguardo, sembra più esattamente configurabile la desistenza, poiché - a ben vedere - la contro condotta di Tizio non interviene su un processo causale che in effetti non si è ancora immescato, mentre piuttosto priva per così dire la condotta della sua efficacia causale. Diversamente, qualora Caio avesse già mangiato i cioccolatini e Tizio fosse intervenuto per portarlo all'ospedale facendolo sottoporre a lavanda gastrica, senza dubbio saremmo in presenza di un recesso attivo». L'Autore conclude dall'analisi di questo esempio che «quanto or ora osservato mostra infine come non vi sia una perfetta e necessaria corrispondenza tra tentativo incompiuto e desistenza, da un lato, e tentativo incompiuto e recesso attivo, dall'altro. Come rivelato dall'esempio, infatti, la desistenza può innestarsi anche su una condotta già esaurita e cioè su un tentativo compiuto, mentre non è possibile che il recesso attivo intervenga prima dell'esaurimento della condotta tipica».

Giova ricordare che la compatibilità della desistenza rispetto ad una ipotesi di tentativo compiuto è stata in passato sostenuta da un orientamento minoritario della giurisprudenza, riconducibile a Cass., Sez. II, 24 settembre 2008, n. 42688, in *Dejure*; Cass., Sez. VI, 20 dicembre 2011, n. 203, in *Dejure*. Come

avviso, può trovare la sua compatibilità con il dettato normativo dell'art. 56, terzo comma, senza che ciò presupponga necessariamente una incondizionata adesione alla tesi secondo la quale il criterio del dominio finalistico dovrebbe essere impiegato come regola di carattere generale.

Una corretta impostazione del problema induce piuttosto a riflettere sulla modalità con la quale debba essere inteso il concetto di azione enunciato nella proposizione normativa dell'art. 56, terzo comma, c.p. nei reati di evento a forma libera. Come è noto, in questa categoria di reati la condotta si ritiene compiuta quando è stato attivato il meccanismo causale che potrebbe cagionare l'evento²¹ ed è infatti sulla base di questa considerazione che, negli esempi esaminati in precedenza, il criterio legale esclude la desistenza. Il formalismo nel quale incorre la concezione tradizionale consiste pertanto nel fatto che essa non prende in considerazione nessuna delle decisive caratteristiche rilevabili nella casistica in esame per valutare se l'azione possa concretamente ritenersi esaurita: attivandosi nel medesimo contesto in cui si è compiuta la condotta, il soggetto agente interviene su un processo causale nella sua fase iniziale, che non è ancora effettivamente idoneo a produrre il risultato lesivo e che rimane sotto il suo pieno controllo. Tutto ciò avviene nel quadro di un'azione che appare ancora nella sua fase esecutiva e deve indurre ad intendere il concetto di azione in una dimensione sostanziale, la quale potrà ritenersi definitivamente esaurita quando il soggetto agente la lascia andare senza una possibilità di tornare indietro.

L'interpretazione qui proposta sembra rievocare una autorevole concezione patrocinata nell'ambito della dottrina penalistica italiana secondo la quale la desistenza volontaria costituisce una causa di esclusione della tipicità del tentativo, una sua componente negativa²². Muovendo dall'adesione alla teoria finalistica dell'azione, questo originale contributo sottolinea che fino a quando il

rammenta anche Cass., n. 17241, cit., quest'orientamento affermava molto genericamente la possibilità di applicare la desistenza ad una condotta già compiuta sul presupposto che «detta esimente è configurata dalla legislatore come causa di esclusione *ab extrinseco* ed *ex post* dell'antigiuridicità del fatto, sicché la sua applicazione presuppone che l'azione sia penalmente rilevante perché pervenuta nella fase del tentativo punibile»; ed è stato superato in quanto «correttamente indicato come un'opzione dal fondamento quasi meramente assertivo, derivato dalla collocazione sistematica nella disposizione sul tentativo, che presupporrebbe il “fatto punibile” senza porla in relazione con l'attenuante, successiva sia dal punto di vista logico sia da quello sistematico, del pentimento operoso».

²¹ È il principio enunciato da Cass., n. 17241, cit.

²² LATAGLIATA, *La desistenza volontaria*, Napoli, 1964.

soggetto agente conserva il dominio sul fatto la sua condotta non avrebbe ancora rilevanza penale e la configurabilità del dolo dovrebbe essere valutata in relazione all'ultimo atto della sequenza: se il soggetto agente dovesse desistere non verserebbe più in dolo e, considerando che secondo la teoria finalistica l'elemento soggettivo è parte del fatto tipico, gli atti compiuti sarebbero penalmente irrilevanti.

Il punto che interessa sottolineare è l'incidenza che la permanenza del dominio finalistico esercita sul concetto di azione: «fino a che l'uomo è ancora in condizione di esplicare il suo potere di intervento finalistico e di orientare le forze della natura attraverso concrete rappresentazioni di scopo, la sua non è ancora un'azione perché gli resta sempre la possibilità di mutare proposito e di indirizzare così i fattori causali in una direzione diversa interrompendo il processo eziologico di produzione dell'evento. L'azione si ha solo quando l'individuo non ha più il controllo sul divenire causale, quando cioè le forze di impulso, già in strada verso l'attuazione di un fine predeterminato, vengano nuovamente affidate alle leggi dello sviluppo naturale»²³.

Ora, è opportuno precisare che richiamando queste considerazioni non si vuole certamente aderire o, comunque, rievocare il dibattito sulla dottrina finalistica dell'azione; e si deve anche sottolineare come questa teoria, ponendo in correlazione il dominio finalistico all'atto terminale della sequenza, sembra intendere evidentemente l'ultimo atto come quello che precede il formale perfezionamento della condotta²⁴.

²³ LATAGLIATA, *La desistenza volontaria*, cit., 181. Prosegue l'Autore sottolineando che «la natura finalistica della condotta si manifesta proprio nel momento in cui le componenti causali del comportamento tornano a reinserirsi nel flusso degli accadimenti naturali, ormai fuori del diretto controllo della volontà, che le ha indirizzate verso uno scopo determinato».

²⁴ LATAGLIATA, *La desistenza volontaria*, cit., 182, 188. «Il prendere la mira con un fucile per far fuoco contro la vittima è di per sé un'azione finalistica; tuttavia la volontà che anima il comportamento non è ancora volontà di realizzazione dell'evento morte, ma solo volontà di porre una condizione o di apprestare uno strumento necessario perché un atto di volontà successivo possa orientare definitivamente lo sviluppo causale verso la produzione dell'evento perseguito. Il dolo di uccidere e quindi l'azione di omicidio si ha per la prima volta quando l'autore affida alle leggi causali [...] le forze di impulso che egli ha intenzionalmente diretto verso la realizzazione dell'evento morte, e questo si verifica evidentemente solo quando egli compie con dolo l'ultimo atto dell'esecuzione criminosa (quando, per esempio, preme il grilletto dell'arma)». La considerazione può altresì essere tratta quando il chiaro Autore sottolinea la differenza della disciplina tra desistenza e recesso: «quando ci si chiede, infatti, perché l'autore che rinuncia al proseguimento dell'attività criminosa non risponde del tentativo ma eventualmente solo ad altro titolo per gli atti già compiuti (qualora questi costituiscano per se è un reato diverso), mentre se si adopera

Ci sembra tuttavia che il pensiero sopra riportato esprima con chiarezza il concetto che fino a quando il soggetto agente conserva un potere immediato sul processo causale, ancora materialmente sotto il suo pieno dominio, l'azione non possa ritenersi sostanzialmente compiuta e quindi, in definitiva, esso possa estendersi a ricomprendere l'eventuale intervento del soggetto agente volto ad interrompere il meccanismo causale nel quadro della desistenza volontaria.

Si deve aggiungere che questa prospettiva può risultare in linea rispetto all'orientamento prevalente in giurisprudenza, secondo il quale, nei reati a forma libera, «la desistenza volontaria, che presuppone un tentativo incompiuto, non è configurabile una volta che siano posti in essere gli atti da cui origina il meccanismo causale capace di produrre l'evento, rispetto ai quali può invece operare, se il soggetto agente tiene una condotta attiva che valga a scongiurare l'evento, la diminuzione per il cosiddetto recesso attivo»²⁵. L'attenzione deve essere posta sulla sottolineatura secondo la quale la desistenza è esclusa quando siano stati realizzati gli atti dai quali trae origine il meccanismo causale e questo è capace di produrre l'evento: ciò a dimostrazione della tesi che se il processo causale non possiede ancora questa qualità residuerebbe la possibilità di applicare la desistenza.

Il criterio del dominio finalistico riesce quindi a spiegare da un punto di vista teorico l'opportunità di estendere la desistenza ad una condotta formalmente compiuta, con la necessaria precisazione che esso può rilevare in quanto consente di intendere il concetto di azione secondo una prospettiva sostanziale, più aderente alla realtà dei fatti, nel quadro di una interpretazione a nostro avviso compatibile con il parametro delineato dalla legge, secondo il quale la desistenza presuppone una condotta che non si è ancora esaurita.

Nei reati di evento a forma libera il criterio del dominio finalistico costituisce quindi un parametro integrativo e complementare rispetto a quello tradizionale²⁶.

efficacemente per evitare l'evento, dopo aver portato a termine l'esecuzione progettata, non beneficia della stessa impunità ma, al contrario, soggiace alla pena stabilita per il delitto tentato sia pure con la diminuzione da un terzo alla metà, l'unica spiegazione plausibile è che, in un caso, gli atti compiuti dal soggetto non configurano ancora il tipo di fatto incriminato come delitto tentato, là dove, nel secondo caso, sussiste già un'azione rilevante a titolo di tentativo».

²⁵ Cass., n. 17241, cit.

²⁶ Come già sottolineato da BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose. Strumenti e percorsi per uno studio avanzato*³, Torino, 2019, 238.

5. *Il criterio del dominio finalistico in relazione ad una condotta che si può realizzare in contesti temporali distinti: osservazioni critiche.* Considerazioni diverse devono invece essere sviluppate rispetto alla ipotesi nella quale la condotta si può compiere in più contesti temporali. Il concetto di dominio finalistico sembra infatti scontare il prezzo della sua definizione eccessivamente circoscritta: come già detto, ritenendo che il controllo sugli accadimenti è legato al contesto nel quale si svolge l'azione, la desistenza sarebbe esclusa in relazione ad una condotta che, pur frazionabile nel tempo, risulta ancora incompleta e ciò può ovviamente entrare in tensione con il principio fissato dal terzo comma dell'art. 56 c.p.

La fondatezza di quest'ultima considerazione potrà essere più compiutamente verificata esaminando le conclusioni proposte da una più recente ed approfondita indagine²⁷, nella quale viene ribadita l'opportunità che il criterio del dominio finalistico venga impiegato come regola di carattere generale. In particolare, muovendo dallo studio di taluni casi pratici, questa indagine ritiene che il criterio del dominio finalistico consentirebbe di delimitare i rapporti tra desistenza e recesso in modo più coerente e, in linea generale, di ottenere risultati più razionali e condivisibili: limitiamo la nostra analisi agli esempi che risultano maggiormente aderenti all'oggetto del presente lavoro.

Il primo esempio, tratto dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione²⁸, riguarda fatti di truffa ed estorsione compiuti con il fine di ottenere la consegna di un bene o il pagamento di una somma di denaro, il cui adempimento viene dilazionato ad un momento successivo. La questione è se l'inerzia dell'autore del reato che non si dovesse volontariamente presentare all'appuntamento fissato per riscuotere il profitto sia riconducibile alla desistenza o al recesso.

²⁷ Il riferimento è al più volte menzionato lavoro di CHIARAVIGLIO, *Il recesso attivo*, cit.

²⁸ Cass., Sez. VI, 23 settembre 2014, n. 11294, in *Dejure*, secondo cui «Si ha un'ipotesi di desistenza, ai sensi dell'art. 56, comma 3, c.p., nelle fattispecie in cui è sollecitata la consegna di un bene da parte della vittima, con condotte artificiose o minacciose, e tale consegna non avvenga per un atteggiamento di 'rinuncia' del soggetto attivo che non completa la condotta necessaria al fine della *traditio* della cosa. Il recesso attivo è invece ravvisabile laddove la cosa verrebbe consegnata, nell'inerzia dello stesso agente, e ciò non avvenga a causa di una condotta impeditiva dello stesso (riconosciuta, nella specie, l'ipotesi di desistenza, atteso che l'imputata, accusata per i delitti tentati di truffa e millantato credito, in quanto aveva indotto la persona offesa a farsi consegnare una somma di denaro, dichiarando di poter condizionare la valutazione medica concernente una sua domanda di indennità d'accompagnamento, non si era presentata all'appuntamento per la consegna del denaro fissato con una telefonata di cui erano stati avvertiti i Carabinieri)».

La Corte di Cassazione ha ritenuto applicabile la desistenza sul presupposto che, senza la successiva riattivazione del soggetto agente, mancherebbe l'ultimo frammento di condotta tipica necessario alla verifica dell'evento. L'indagine in esame critica questo ragionamento sottolineando che nel momento in cui è stata realizzata l'attività ingannatoria o estorsiva, ed è stato raggiunto l'effetto psicologico richiesto per la configurazione delle due fattispecie - l'inganno o la costrizione, la condotta tipica si sarebbe già esaurita: il successivo comportamento volto a riscuotere il profitto sarebbe estraneo al fatto tipico e la eventuale inerzia del soggetto agente, quindi, ricondotta nell'ambito del recesso attivo²⁹. Si aggiunge che, ritenendo applicabile la desistenza, il recesso attivo potrebbe non trovare mai applicazione se non in circostanze, considerate equiparabili sul piano della gravità, nelle quali sia la vittima a presentarsi presso l'abitazione dell'autore del reato per pagare e costui gli chiuda la porta in faccia "impedendo l'evento".

Si ritiene quindi che il criterio del dominio finalistico potrebbe risolvere in modo più corretto i rapporti tra desistenza e recesso: una volta posta in essere la condotta ingannatoria o estorsiva, il soggetto agente perderebbe il dominio finalistico degli accadimenti e sarebbe infatti esposto ad una serie di conseguenze che non può controllare, come per esempio la presentazione di una denuncia da parte della vittima che ha scoperto l'inganno o che ha deciso di non piegarsi alle richieste estorsive e che dovrebbero in definitiva consigliare l'esclusione della desistenza³⁰. Da questo angolo visuale il criterio del dominio finalistico restituisce più ampio spazio al recesso attivo, così risolvendo in modo univoco situazioni tra loro simili.

Ora, a nostro avviso è assolutamente condivisibile la precisazione secondo la quale, nel caso in esame, la condotta tipica si è già perfezionata e di conseguenza dovrebbe risultare configurabile il recesso attivo: una corretta applicazione del criterio tradizionale consente pertanto di superare le obiezioni sopra espresse. Altrettanto non può dirsi in relazione alla più ampia riflessione tratta dall'analisi di questo esempio, nel senso che, se in un determinato caso concreto il recesso attivo potrebbe idealmente non trovare applicazione, ciò

²⁹ CHIARAVIGLIO, *Il recesso attivo*, cit., 24. L'esempio viene risolto in questo senso anche da PADOVANI, *Diritto penale*⁴¹, Milano, 2017, 328, che lo impiega per sottolineare che il recesso attivo può consistere anche in un comportamento puramente negativo, quale per l'appunto il non presentarsi all'appuntamento per riscuotere il profitto.

³⁰ *Ivi*, 47.

dovrebbe dimostrare in linea generale i limiti e le incongruenze del criterio tradizionale.

La medesima obiezione – che sarà più diffusamente esposta in seguito – può essere del resto rivolta alla teoria del dominio finalistico quando aderisce ad una concezione nella quale si esclude in modo arbitrario la desistenza in relazione a tutte le ipotesi in cui la condotta si può sviluppare in un arco temporale prolungato: questa alterazione nei rapporti tra desistenza e recesso risulta ancora più significativa considerando che la desistenza non è una semplice circostanza attenuante ma una causa di esclusione della responsabilità.

Ciò premesso, non ci sembra che se in relazione ad un singolo caso concreto il recesso attivo non risulta configurabile, questo dimostra che il criterio tradizionale comporta esiti irrazionali in quanto si deve tenere conto che le fattispecie incriminatrici si possono verificare secondo le modalità più diverse e quindi non appare possibile prevedere sempre una ordinata delimitazione dei rapporti tra desistenza e recesso. Conforta in questo senso il caso sul quale si è pronunciata la sentenza: fino a quando la convenzione non viene stipulata, la condotta tipica non si è ancora compiuta; ma se tale atto dovesse venire alla luce, per decisione dell'unico organo titolato a redigerlo - nel pieno del dominio finalistico degli accadimenti, si potrebbe osservare - il reato sarebbe consumato e nessuno spazio residuerebbe pertanto per il recesso attivo.

Lo studio dei rapporti tra desistenza e recesso vive quindi di un confronto costante con la struttura delle singole fattispecie e delle concrete modalità con le quali esse si verificano nella realtà e da questo incontro possono trarre origine i risultati più diversi, come per esempio la non configurabilità del recesso attivo. Risulta pertinente, a questo proposito, l'affermazione secondo la quale il dibattito sulla precisazione del confine tra atti preparatori ed esecutivi nel tentativo sia da risolvere nella parte speciale del diritto penale³¹. Il rilievo sembra poter essere esteso anche alla adiacente materia dei rapporti tra desistenza e recesso: il fatto che in relazione ad un singolo caso concreto si possa presentare un'incongruenza – se così si vuole intendere l'inapplicabilità del recesso attivo – non può costituire una prova sufficientemente dimostrativa che il criterio legale, in linea generale, non funziona in modo corretto.

³¹ Il riferimento è alla nota affermazione del Mayer, riportata nella dottrina italiana anche da PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Padova, 1966, 15.

Il secondo esempio proposto da questa indagine illustra l'incidenza che il criterio del dominio finalistico esercita su una condotta che può essere eseguita in contesti temporali distinti.

Un soggetto si trova su un treno in corsa, sottrae il bagaglio ad un viaggiatore e lo lancia sui binari al fine di poterlo recuperare in un secondo momento in sicurezza³². Si deve innanzitutto premettere che, a nostro modesto avviso, l'esempio non risulta propriamente pertinente considerando che, una volta gettato il bagaglio dal treno, il reato sembrerebbe essersi già consumato e quindi l'eventuale riattivazione del soggetto agente che dovesse segnalare l'accaduto alle autorità per riportare il proprietario nel possesso del bagaglio non potrebbe essere ricondotto nell'ambito della desistenza o del recesso.

Ciò premesso, si osserva che in questo caso, dopo la sottrazione del bene, la condotta non si sarebbe ancora esaurita posto che il soggetto agente si dovrebbe attivare, in un contesto successivo, per impossessarsi definitivamente del bene: l'applicazione della desistenza, configurabile fino all'eventuale impossessamento del bagaglio, potrebbe risultare una soluzione iniqua rispetto alla ipotesi in cui il soggetto interrompesse subito l'atto di sottrazione del bene³³. Quando il soggetto agente ha infatti gettato il bagaglio dal treno avrebbe perso il dominio finalistico sugli accadimenti in quanto l'oggetto potrebbe per esempio essere stato ritrovato da qualcun altro e la desistenza dovrebbe così essere circoscritta all'unico frammento temporale in cui vi è una permanenza del controllo sulla situazione, corrispondente al contesto nel quale viene compiuta la sottrazione; qualsiasi comportamento negativo che avvenga successivamente, caratterizzato da una perdita del dominio dell'azione, posto che il bagaglio non è più nella sua disponibilità materiale, dovrebbe ricadere nella sfera del recesso attivo nonostante la condotta non si è ancora esaurita.

La soluzione si pone apertamente in contrasto con il dettato normativo dell'art. 56 c.p., il quale riconosce univocamente la possibilità di desistere fino a quando non si è esaurita la condotta. Questa è del resto una necessaria conseguenza del postulato che ispira tutta questa impostazione teorica, secondo la quale ad una interruzione temporale del contesto esecutivo consegue inderogabilmente

³² CHIARAVIGLIO, *Il recesso attivo*, cit., 51. Si deve precisare che, secondo l'Autore, il recesso attivo sarebbe compatibile anche rispetto ai reati di mera condotta, sul presupposto che il concetto di "evento" espresso nel quarto comma dell'art. 56 c.p. non dovrebbe essere inteso nella sua dimensione naturalistica ma in quella giuridica, quale offesa all'interesse tutelato.

³³ *Ibid.*

una perdita del dominio finalistico, ma come si diceva la desistenza viene così esclusa in modo arbitrario ed ingiustificato, in quanto nessuna indicazione normativa conforta questa visione, rispetto a tutte le ipotesi nelle quali la condotta può svilupparsi in un periodo temporale prolungato. Si pensi ad un inganno, rilevante per i delitti di truffa e circonvenzione di incapace, posto in essere in modo subdolo e velato che per raggiungere il suo effetto richiede più incontri con la vittima, che si svolgono a distanza temporale l'uno dall'altro.

La desistenza potrebbe altresì essere esclusa in relazione a quelle fattispecie che, per la loro particolare configurazione normativa, richiedono il compimento di due distinte condotte tipiche tra le quali si instaura un rapporto di presupposizione logica nel senso che per l'esecuzione della seconda è necessario sia stata realizzata la prima³⁴. Si può osservare, in linea molto generale, che l'unica condotta tra le due a poter risultare incompleta per la configurabilità del tentativo è l'ultima³⁵, considerando che la prima potrebbe costituire un atto lecito o, ancora, non costituire un atto univoco. In questo ambito è comune il riferimento all'articolo 491 c.p. che punisce, richiamando l'articolo 485, il falso di un testamento olografo, di una cambiale o di altro titolo di credito quando venga fatto uso del documento. La fattispecie si compone di due distinte condotte tipiche consistenti nella formazione dell'atto falso, che di per sé non ha ancora rilevanza penale, ed il suo successivo impiego³⁶: la dottrina richiede per la configurabilità del tentativo che il soggetto abbia posto in essere atti diretti all'impiego del documento esternando quantomeno a terzi il proposito di fare un uso dell'atto³⁷. Non si vedono quindi ostacoli all'applicazione della desistenza qualora l'autore del falso, dopo aver preso accordi con terzi, decida in un successivo momento di abbandonare il proposito criminoso.

Viene quindi elaborata una disciplina dei rapporti tra desistenza e recesso decisamente più sfavorevole rispetto a quella delineata dalla legge e, per ritenerla

³⁴ In questa categoria BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, cit., 57 ss., riconduce le fattispecie incriminatrici previste dagli articoli 491 (in relazione alla quale si afferma che «è evidente il distacco temporale e logico tra i due comportamenti, ciascuno dotato di una sua autonomia, seppure l'uno strumentale rispetto all'altro: l'autore prima forma l'atto e poi ne fa uso, ma potrebbe anche rinunciarvi dopo averlo formato allo scopo»), 466 e 612-ter del codice penale.

³⁵ BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, cit., 236.

³⁶ Sul punto ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*¹⁵, Milano, 2008, vol. II, 129, a cura di Grosso; BORGOGNO, *Art. 485 (Falsità in scrittura privata)*, in *Reati contro la fede pubblica*, a cura di Ramacci, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Grosso-Padovani-Pagliaro, Milano, 2013, 517; BARTOLI, *Le falsità materiali*, in *Reati contro la fede pubblica*, a cura di Pelissero-Bartoli, Torino, 2011, 229.

³⁷ BARTOLI, *Le falsità materiali*, cit., 233.

comunque compatibile con il dettato normativo dell'art. 56, si osserva che l'interpretazione delle disposizioni che regolano desistenza e recesso dovrebbe avvenire senza tenere conto dell'inciso contenuto nel primo comma del medesimo articolo - «l'azione non si compie o l'evento non si verifica» - in quanto nessun vincolo esegetico potrebbe derivare dall'antica distinzione tra tentativo compiuto e incompiuto che tale proposizione si ritiene avrebbe puntualmente riproposto³⁸. Dovendo quindi prescindere da una interpretazione unitaria dell'art. 56, il terzo comma dovrebbe così essere inteso: «si profila così la possibilità di interpretare la formula «desiste dall'azione» nel senso di esercitare una delle possibilità offerte dalla situazione di controllo cronologicamente unitario sul divenire dell'azione costituente tentativo punibile, per bloccare la catena di atti che scorre verso la perfezione del reato e ciò indipendentemente dall'aver completato o meno tutti gli atti causali previsti dalla norma incriminatrice»³⁹.

Ora, si potrà anche non considerare la formula contenuta nel primo comma dell'art. 56 così decisiva e ritenere che essa abbia il solo compito di enunciare la disciplina del tentativo rispettivamente nei reati di condotta e in quelli di evento, ma è proprio l'interpretazione proposta del terzo comma del medesimo articolo a non poter essere seguita in quanto si finirebbe per porre in correlazione l'azione da cui si desiste al contesto storico nel quale è stata realizzata soltanto una frazione di condotta tipica. Come ci sembra evidente, la norma non parla di "atti", termine che viene invece impiegato per quelli che - ritenuta la desistenza - potranno costituire un reato diverso, ma di "azione" e questa non può che essere quella tipica.

Da una diversa prospettiva, potrebbe suscitare perplessità anche la regola posta a fondamento di questa concezione, secondo la quale ad una interruzione del contesto esecutivo in cui si realizza la condotta dovrebbe necessariamente corrispondere una perdita del dominio finalistico sul corso degli accadimenti. Se può essere verosimile in linea generale ritenere che un'azione in piena esecuzione è espressione di un dominio ancora attuale sul fatto, e che quindi una interruzione di quel contesto potrebbe astrattamente spezzare il controllo sulla situazione, si dovrebbe tenere conto di un altro, a nostro avviso, plausibile

³⁸ CHIARAVIGLIO, *Il recesso attivo*, cit., 39.

³⁹ *Ivi*, 41.

punto di vista e cioè che fino a quando la condotta non si è compiuta il soggetto conserverebbe la possibilità di portarla a consumazione.

L'automatismo con il quale una interruzione temporale decreterebbe sempre una cessazione del dominio finalistico sembra infatti ancora tutta da dimostrare, considerando anzi che ad una condotta ancora incompleta può agevolmente corrispondere un dominio sul fatto ancora attuale.

Questo punto di osservazione viene chiaramente posto in rilievo da quella concezione teorica esaminata in precedenza secondo la quale la desistenza costituisce una causa di esclusione della tipicità⁴⁰: "Il recedere dall'opera di determinazione finalistica del divenire causale è però possibile all'uomo fintanto che egli non perda, per il sopraggiungere involontario di circostanze oggettive, la possibilità di un intervento intenzionale, vale a dire il dominio del suo fatto". Si può del resto rapidamente riflettere su alcuni degli esempi visti in precedenza.

Questo è innanzitutto il ragionamento proposto dalla sentenza qui annotata: la desistenza viene riconosciuta anche sul presupposto che, quando la dirigente comunale ha deciso di non redigere volontariamente la convenzione, non erano emersi elementi tali da incrinare il controllo sull'azione, considerando peraltro che la stipulazione della convenzione era di esclusiva competenza della giunta. Il fatto che tra i due provvedimenti potesse trascorrere un intervallo temporale non costituisce quindi ancora un argomento per ritenere cessata la permanenza del dominio finalistico.

Nel caso del furto commesso su un treno in corsa, per quanto si ritiene che qui il reato si sia già consumato, l'interruzione del contesto esecutivo non comporta necessariamente una perdita del dominio finalistico, in quanto si potrebbe icasticamente osservare che il soggetto agente è l'unico ad essere a conoscenza del luogo presso il quale giace il bagaglio e questo potrà essere inteso come una dimostrazione del controllo ancora attuale sulla situazione.

Si pensi altrimenti ad un caso di truffa o di circonvenzione di incapace nel quale l'inganno viene realizzato nel corso di più incontri alla presenza della sola vittima, senza quindi nessuno che possa concretamente interferire.

La continuità spazio-temporale della condotta non sembra quindi essere la sola condizione a garantire la permanenza del dominio finalistico in quanto questa si può agevolmente riscontrare in relazione ad una condotta che si sviluppa in

⁴⁰ LATAGLIATA, *La desistenza volontaria*, cit., 185 ss.

un arco temporale prolungato nel tempo. È poi chiaro che se la nozione di dominio finalistico viene impostata in questi termini perché si ritiene concettualmente più corretto escludere la desistenza quando la condotta si protrae nel tempo, non potrà che valere l'obiezione sopra descritta secondo la quale questa concezione propone una visione dei rapporti tra desistenza e recesso eccessivamente sfavorevole e, per questo, in contrasto rispetto alla disciplina prevista dalla legge.

FILIPPO SANTARELLI