

LUCIO MONACO

SUL RECESSO DAL DELITTO TENTATO

**PROBLEMI DI DELIMITAZIONE E SPUNTI CRITICI
PER LA REVISIONE DELL'ART. 56 III E IV c. C.P.**

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Dal codice Zanardelli al codice Rocco: recesso dal delitto tentato e codificazioni. — 2. La *ratio* unitaria dell'art. 56 III e IV c.: la teoria del "ponte d'oro". In particolare: il problema della diversa rilevanza penale del pentimento operoso rispetto alla desistenza dall'azione. — 3. Alcuni rilievi metodologici sull'approccio della teoria alla *ratio* dell'art. 56 IV c. Cenni critici sulla *ratio* dell'art. 56 III e IV c. c.p.

1. - L'istituto del recesso dal delitto tentato è per i penalisti « un figlio che dà un sacco di preoccupazioni »: così dichiarava nel 1928 un giovane studioso tedesco, che esprimeva in modo forse pittoresco ma certamente efficace e calzante un reale disagio della scienza penale del suo tempo ⁽¹⁾.

(1) La definizione del recesso quale « Sorgenkind » dei penalisti si deve a KEMMIES, *Die tätige Reue als Schuldaufhebungsgrund*, Diss. Königsberg 1928, 9. Negli anni alla fine dell'800, così come nei primi decenni del nostro secolo, si sviluppa in Germania una discussione dai toni molto acuti sulla normativa del recesso dal delitto tentato: le polemiche si accesero soprattutto durante i lavori preparatori del codice della Lega del Nord, e si potressero poi da allora pressoché ininterrottamente. Il più brillante tra gli oppositori del par. 44 dell'*Entwurf eines Norddeutschen Bundes*, in cui si sanciva l'impunità per il recedente, fu probabilmente JOHN, che per l'estrema lucidità delle sue impostazioni non mancò di creare gravi imbarazzi ai suoi antagonisti, i quali, alle sue richieste di vedere « fatti e cifre » che giustificassero l'utilità concreta della normativa sul recesso per la prassi, riuscivano spesso soltanto a rispondere, ad esempio con SEEGER, che tale utilità era insita nella « realtà stessa delle cose » (*in der Natur der Sache*), e che del resto la rilevanza penale del recesso si fondava « essenzialmente su una base giuridica » (v. JOHN, *Entwurf mit Motiven zu einem StGB für den Norddeutschen Bund*, 1868, 220 e ss.; la stessa tesi viene poi ribadita in *Das deutsche Strafrecht in Norddeutschland*, 1879, 16, nota al par. 31. V. invece SEEGER in: *Bemerkungen zu dem Entwurf eines Norddeutschen Strafgesetzbuches*, in *Archiv für preussisches Strafrecht*, Goldammer 1870, 233). Tra gli altri oppositori del recesso v. soprattutto COHN, il quale profetizzava che la relativa norma sarebbe rimasta semplicemente « lettera morta » (*Die Grundsätze über den Tatbestand der Verbrechen und der heutige Gattungsbegriff des versuches*, 1889, 48, n. 16 e già prima v. anche *Zur Lehre vom versuchten und*

A distanza di molti anni questo « figlio » non cessa di preoccupare: ed i penalisti d'oltralpe continuano a seguirlo con assiduo interesse, anche se ormai di frequente emergono qua e là sintomi di stanchezza (2).

unvollendeten Verbrechen, 1880, 555 ss.; COHN rimase fermo a questo suo atteggiamento anche quando, molti anni dopo, tornò ad occuparsi del tema: *Die Revisionsbedürftigkeit des heutigen Versuchsbegriffs*, 1916, 152), OTTO *Vom Versuch der Verbrechen*, 1854, 85 ss. e v. BURI, *Zur Lehre vom Versuch*, in *Gerichtssaal* 19 (1867), 177 e *Über das Wesen vom Versuche*, in *Goldammers Archiv für Strafrecht*, 25 (1877), 291. Altri ponevano invece soprattutto l'accento sulla superfluità per la prassi di una norma che disciplinasse i casi di recesso dal tentativo: « casi di questo tipo nelle aule giudiziarie appartengono al novero delle rarità », affermava per esempio HERBST, *Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch nach § 46 Abs. 1 des deutschen StGB*, in *Archiv für Strafrecht (Goldammer)* 1884, 119; considerazioni più o meno analoghe facevano BAUER, *Wie unterscheiden sich der beendigte und der unbeendigte Versuch, und ist auch bei dem beendigten Versuch noch ein Rücktritt möglich?*, in *Gerichtssaal* 1865, 111; e SCHWARZE, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, II, 1871, 304. Quanto invece ai fautori del recesso, v. in seguito.

(2) Per dare un'idea della intensità del perdurante dibattito condotto dalla dottrina tedesca sui problemi del recesso basterà citare le più importanti monografie che solo in questi ultimissimi anni si occupano da vicino del tema: v. SCHEURL, *Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer*, 1972; BURKHARDT, *Der Rücktritt als Rechtsfolgebestimmung. Eine Untersuchung anhand des Abgrenzungsproblems von beendetem und unbeendetem Versuch*, 1975; BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschliessungs- und Strafaufhebungsgründe*, 1976; ULSENHEIMER, *Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis*, 1976; BOTKE, *Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten*, 1979; WALTER, *Der Rücktritt vom Versuch als Ausdruck des Bewährungsgedankens im zurechnenden Strafrecht*, 1980. Non minore importanza presenta poi la nutrita schiera di articoli, note, commenti che mantengono il problema costantemente sul tappeto: ad essi si farà ampio riferimento nel corso dell'indagine. La "stanchezza" cui si fa accenno nel testo si esprime nelle richieste, tutt'altro che sopite, di rinunciare al tradizionale effetto esimente del recesso, per sostituirvi una risposta penale più elastica, che consenta, se necessario, anche di infliggere una sanzione. Quest'orientamento era già stato portato da Welzel all'attenzione dei membri della *Grosse Strafrechtskommission*, ma era stato ivi respinto (v. *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, 1955, 2 Band, 198), fu poi negli anni successivi ripreso e fatto proprio da SCHRÖDER (*Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch*, in *Monatsschrift für deutsches Recht*, 1956, 324, come anche *Die Koordinierung der Rücktrittsvorschriften*, in *Festschrift für Helmut Mayer*, 1966, 381), da Lang-Hinrichsen (*Bemerkungen zum Begriff der Tat*, in *Festschrift Engisch* 1969, 372) e da Dreher (*Anmerkung zu BGH 11.6.68*, in *Juristische Rundschau* 1969, 107). Più di recente si sono espressi in questo stesso senso ancora BURKHARDT, *op. cit.*, 184 ss. e 195 ss., ULSENHEIMER, *op. cit.*, 346

In Italia le cose sono andate in maniera diversa. Questo "figlio ribelle" non mancò per la verità di creare seri problemi ai penalisti nostrani, che se ne occuparono a lungo — come si sa — e con passione⁽³⁾. Poi lentamente si consolidò l'opinione che pronosticava nel sistema penale una proficua e tranquilla esistenza all'istituto del recesso⁽⁴⁾. Questa opinione

e 347, ESER, in Schönke-Schröder, *StGBKommentar*, 20 Auflage, 1980, § 24, n. 74, 323. V. però a questo proposito le osservazioni con cui Bottke (*op. cit.*, 569 ss.) motiva il suo atteggiamento « scettico » circa l'opportunità di una normativa più elastica, e quelle con cui WALTER (*op. cit.*, 55) arriva alla stessa conclusione, nel quadro però di una diversa prospettiva.

(3) Anche in Italia, in tutto il secolo scorso, vivissime erano le discussioni intorno all'istituto del recesso dal delitto tentato: discussioni che concernevano anche l'opportunità di esentare da pena il reo pentito, dal momento che su questo punto non erano proprio tutti d'accordo. Soprattutto GIOVANNI CARMIGNANI manifestò forti perplessità sull'opportunità di lasciare impunito il desistente, preferendo per casi del genere almeno una pena correzionale (così già in *Juris Criminalis Elementa*, Ed. V, 1823 (I ed. 1807), v. I, § 245 e n. 4): l'idea di « arrestare il braccio del facinoroso in mezzo al debito coll'allettamento della impunità » gli sembrava infatti il frutto « di una soverchia fiducia, che alcuni erroneamente collocano nella efficacia politica della pena » (*Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, 1833, libro II, 345). Su questa scia taluni, come BENEVOLO (*Il tentativo*, 1887, 85-86), si limitavano a chiedere per la desistenza comunque una pena, seppur « notevolmente mite », mentre invece altri, come per esempio BARSANTI (*Del pentimento nei reati*, 1885, n. 12, 22) ingaggiavano una vera e propria battaglia contro il recesso, cui non disconoscevano affatto la capacità di influenzare la psiche del reo, però in senso negativo, nel senso cioè di togliere all'agente remore ad intraprendere la commissione del reato!

(4) Grandissima influenza ebbe, ovviamente, l'opinione di CARRARA, il quale dichiarò che seppure da un punto di vista « ontologico » si sarebbe dovuto punire il desistente (*Grado nella forza fisica del delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, 1878, v. I, § 118), tuttavia « i riguardi politici debbono assorbire ogni altra considerazione di rigida giustizia » (ivi, § 119). Almeno nel merito, questo giudizio è avallato da tutta la dottrina, che coincide nel riconoscere al recesso il suo giusto posto nell'ordinamento penale: v. tra gli altri ALIMENA (*I limiti ed i modificatori dell'imputabilità*, 1896, II, 415), PESSINA (*Elementi di diritto penale*, 1871, 239 ss.), IMPALLOMENI (*Istituzioni di diritto penale*, 1905, 354), CIVOLI (*Manuale di diritto penale*, 1900, 154 ss.), MANZINI (*Trattato di diritto penale*, 1920, v. II, 379). Se è del tutto fuori discussione che l'opinione dominante è nel senso di garantire l'impunità al desistente, per motivi prevalentemente riconducibili — come si vedrà — ad esigenze di politica-criminale, non va sottovalutato che una notevole efficacia stabilizzatrice di questo orientamento è sicuramente dovuta anche alla progressiva teorizzazione del principio secondo cui gli atti compiuti dal desistente rimangono punibili se costituiscono di per sé reato consumato: tale principio viene infatti elaborato anche co-

colse almeno in parte nel segno: il recesso dal delitto tentato non costituisce una « preoccupazione » per i penalisti da un buon numero di anni⁽⁵⁾. Se a torto o a ragione, questo è un altro discorso.

Con l'art. 56 III e IV c.⁽⁶⁾ il codice Rocco si pone nella scia di una tradizione legislativa che ininterrottamente, almeno dalle codificazioni preunitarie, riconosce effetti giuridico-penali al recesso volontario dal delitto tentato⁽⁷⁾. Recepem-

me tentativo di compromesso tra le due opposte teorie che esigono rispettivamente la punibilità (piena o attenuata) e l'impunità del desistente. V. GIULIANI (*Istituzioni di diritto criminale*, III Ed. 1856, v. I, 137), che presenta appunto il principio in questione come ipotesi intermedia tra l'opinione di CARMIGNANI da un lato (*op. loc. ult. cit.*) e quella di DE SIMONI dall'altro (*Dei delitti considerati nel mero affetto*, 1783, p. I, cap. VII, par. VIII, 190 ss.), e PUCCIONI, (*Il codice penale illustrato*, 1855, v. II, 20 ss.).

(5) Gli ultimi contributi monografici sui problemi del recesso risalgono ormai alla prima metà degli anni '60 (CONTENTO, *La condotta susseguente al reato*, 1965; LATAGLIATA, *La desistenza volontaria*, 1963); quanto poi alla recente produzione non monografica sull'art. 56 III e IV c. la situazione è ancora più desolante, dal momento che non si rinvencono più di pochi contributi, e comunque in anni non proprio recentissimi: VIOLANTE, *Sulla struttura dell'atto del desistente*, in *Riv. it.*, 1968, 837; D'ARCENTO, *Brevi riflessioni in tema di desistenza volontaria*, in *Arch. Pen.* 1969, I, 246; MORELLI, *La desistenza volontaria del compartecipe nel contesto del reato concorsuale consumato*, in *Giust. pen.* 1971, II, 308; DE LEONE, *Appunti in tema di esistenza volontaria e pentimento operoso*, in *Arch. pen.* 1973, 499; CARPEGGIANI, *Desistenza volontaria e recesso attivo del concorrente non esecutore*, in *Riv. pen.* 1978, 361.

(6) Così dispongono rispettivamente:

« Se il colpevole volontariamente desiste dall'azione, soggiace soltanto alla pena per gli atti compiuti, qualora questi costituiscano per sé un reato diverso.

Se volontariamente impedisce l'evento, soggiace alla pena stabilita per il delitto tentato, diminuita da un terzo alla metà ».

(7) Già nel Progetto di Codice penale per il Regno d'Italia del 1807, della cui redazione furono incaricati NANI e RAFFAELLI, l'art. 69, par. 1, prevedeva l'impunità per la desistenza volontaria (decisiva a tal riguardo l'influenza di NANI: *Principi di giurisprudenza criminale*, II ed., 1856 - I ed.: 1812 - 56, § 117): v. *Collezione dei travagli sul codice penale*, 1807, v. I. L'impunità al desistente veniva espressamente garantita anche dal codice del 1808 per il Regno di Napoli (art. 18), da quello del 1819 per il Regno delle due Sicilie (art. 73: v. il commento di ARABIA, *I principi del diritto penale*, 1859, 151 ss., ed altresì le osservazioni di NICOLINI, *Questioni di diritto*, I ed. 1844, 273 ss., e ROBERTI, *Corso di diritto penale*, v. II, n. 833 e ss.), dal codice del 1839 (art. 106) e da quello del 1859 per il regno di Sardegna

do gli affinamenti, le correzioni, gli sviluppi della dottrina del tentativo e mettendo a frutto le esperienze normative precedenti, già il codice Zanardelli aveva definito in verità con sufficiente precisione l'ambito di rilevanza della desistenza dal c.d. reato tentato ⁽⁸⁾: non così per il recesso dal c.d. reato mancato, dove l'obbiettiva ambiguità della formulazione legislativa rifletteva fedelmente i ritardi e le incertezze della dottrina nella concettualizzazione di questo specifico aspetto del fenomeno ⁽⁹⁾.

L'eliminazione di questa lacuna è appunto merito del legislatore del '30, che con l'art. 56 IV c. assume anche su questo punto una posizione estremamente chiara. I problemi del

(art. 101), dal codice toscano del 1853 (art. 48: v. al riguardo PUCCIONI, *Il codice toscano illustrato*, 1855, v. II, 55 ss.). Invece, il Regolamento pontificio del 1832 prevedeva la pena della detenzione da 1 mese ad 1 anno (art. 11: v. al riguardo GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale*, III ed. 1856, v. I, 136 ss.).

(8) Art. 61 cpv.: « Se volontariamente desista dagli atti d'esecuzione del delitto, soggiace soltanto alla pena stabilita per l'atto eseguito, ove questo costituisca di per sé un reato ». L'espressione « reato tentato » non è certo l'unica di cui si serve la dottrina per indicare la fase del tentativo in cui è possibile la desistenza dall'azione: cfr., ad esempio, per questa terminologia, PESSINA, *Elementi di diritto penale*, III ed. 1871, 242.

(9) Art. 62: « Colui che, al fine di commettere un delitto, compie tutto ciò che è necessario alla consumazione di esso, se questo non avvenga per circostanze indipendenti dalla sua volontà, è punito... ». Poiché anche nella definizione normativa del reato tentato era inserita la condizione che la consumazione fosse stata impedita da circostanze indipendenti dalla volontà del colpevole (art. 61, I c.), ma ciò non ostante era espressamente prevista l'ipotesi della desistenza (art. 61 cpv.), si era verificata in dottrina una profonda spaccatura: da una parte coloro che esigevano l'impunità anche per l'impedimento volontario dell'evento, argomentando appunto che in tali casi non si realizzava un requisito essenziale alla punibilità del reato mancato (così IMPALLOMENI *op. cit.*, 355; MAINO, *Commento al codice penale*, 1915, v. I, n. 317; PESSINA, *op. cit.*, 241; VANNINI, *Desistenza volontaria e ravvedimento attuoso*, in *Suppl. Riv. pen.*, 1918, 183 ss.); dall'altra, invece, chi riteneva che in tali casi il reato mancato trapassasse semplicemente in reato tentato, con relativa cornice di pena (così ALIMENA, *Diritto penale*, v. I, 391; MANZINI, *op. cit.*, 390 ss.) ovvero che si dovesse solamente attenuare la pena prevista per il reato mancato, (così PUGLIA, *Manuale di diritto penale*, 1890, v. I, 230). Ma la disputa non era solo di carattere interpretativo del diritto vigente: uno sguardo alla letteratura fin qui richiamata lascia intendere agevolmente come fossero in realtà tutt'altro che chiare le idee sia sulla nozione del reato mancato e sia sulla possibilità stessa di

recesso — almeno quelli essenziali — sembrano così risolti una volta per tutte: dottrina e giurisprudenza possono dedicarsi con soddisfazione al dettaglio, alla precisazione dei soliti “piccoli” quesiti di cui nessun legislatore vuole, o può, preoccuparsi; possono ritornare per esempio con ritrovato, sereno distacco alla vecchia e defatigante polemica sulla « natura giuridica » dell'esonazione da pena concessa al desistente ⁽¹⁰⁾.

2. - « La legge, per prevenire il danno o il pericolo che può scaturire da un'azione non compiuta o per renderne meno gravi gli effetti, fa anche assegnamento sulla desistenza stessa dell'agente, rivolta a non completare il processo esecutivo del delitto; e fa pure assegnamento, nel caso di azione già compiuta, sull'opera dell'agente rivolta a impedire che l'evento si verifichi. Ciò spiega la ragione degli istituti della volontaria desistenza dall'azione e del pentimento operoso, (...) ». In questo modo, e negli anni stessi dell'entrata in vigore del nuovo codice, Saltelli—Romano Di Falco spiegavano la *ratio*

configurare, sul piano concettuale, il recesso dal reato mancato. Valga, per tutti, il riferimento a CARRARA, che da una parte consigliava l'eliminazione dal codice della figura del reato mancato proprio perché se pur « vera nel punto di vista scientifico » era tuttavia « difficile a capirsi dai non giuristi » e perciò fonte di « insuperabili difficoltà ed ingiustizie » nella pratica (in: *Codice penale dello Impero Germanico*, tradotto da Gultierotti e Feroci, con note di Ellero e Carrara, 1874, 12, n. 1) e dall'altra era costretto a complicate acrobazie logico-giuridico-politiche per mettere d'accordo in qualche modo reato mancato e recesso mediante impedimento dell'evento (v. *Programma del corso di diritto criminale*, 1871, Ed. IV, Parte generale v. I par. 417, 275).

(10) Questo problema è senza dubbio tra quelli che con maggiore assiduità hanno riscosso l'attenzione della teoria del recesso. Un'informazione accurata ed esauriente circa lo stato della questione prima dell'entrata in vigore del codice Rocco può attingersi in VANNINI, *Desistenza volontaria e ravvedimento attuoso*, loc. cit.; ID., *La natura giuridica del ravvedimento attuoso*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1914, I, 74 ss. Per quanto riguarda invece la dottrina successiva al 1930 v. PIOLETTI, *Ravvedimento del colpevole*, in *Nuovo Digesto Italiano*, 1939, XVII, 1149 ss. con ulteriori indicazioni bibliografiche; infine, per una completa trattazione del problema nella moderna teoria v. CONTENTO, *La condotta susseguente al reato*, cit., *passim*, e LATAGLIATA, *La desistenza volontaria*, cit., *passim*, nel quadro di prospettive del tutto diverse.

delle norme sul recesso ⁽¹¹⁾. Non che ciò costituisse una novità, tutt'altro. Almeno da quando Franz v. Liszt aveva dichiarato, col peso della sua autorità, essere buona strategia penale costruire un « ponte d'oro » al reo che torna sui suoi passi, questa politica del recesso era all'apice della notorietà e del successo, in tutta l'area giuridico-culturale europea ⁽¹²⁾. E del resto ancor prima di v. Liszt la paternità scientifica della teoria « politica » del recesso veniva fatta risalire niente meno che a Feuerbach, il « fondatore della moderna scienza del diritto penale » ⁽¹³⁾. Di « garanzie » ce n'erano dunque

(11) *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, 1931, v. I, p. I, 378.

(12) v. LISZT, *Das deutsche Reichsstrafrecht*, 1881, 143-4. Per la verità già intorno alla metà dell'800 vi erano stati in Germania richiami abbastanza decisi ad « urgenti motivi di politica-criminale » che avrebbero consigliato di allentare il recedente con la promessa di un trattamento favorevole (LEONHARDT, *Commentar über das Criminalgesetzbuch für das Königreich Hannover*, 1846, 170), come del resto anche in altri paesi, e parecchi anni prima, non erano mancati accenni in tal senso (v. per esempio DE SIMONI, *op. loc. cit.*, NANI, *op. loc. cit.*, ROSSI, *Traité de droit pénal*, 1852, 353). Ma è appunto con v. LISZT che la teoria criminal-politica del recesso viene compiutamente delineata, creando così le premesse della sua definitiva affermazione: per quanto riguarda la dottrina tedesca di quel tempo v. soprattutto v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, 1930, Bd. II, 411; ALLFELD, *Der Rücktritt vom Versuch*, in *Festgabe für Frank*, 1930, Bd. II, 76; ZIMMERL, *Der Aufbau des Strafrechtssystems*, 1930, 291.

(13) La definizione è di LÜDERSSEN, *Feuerbach P.J.A.*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 1971, 1119. Nella famosa *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche* del 1804 scriveva infatti Feuerbach: « in presenza di certe condizioni lo Stato deve rinunciare totalmente alla minaccia di pena, se per impedire il tentativo non vuole invece favorire la consumazione del reato »: questo accadrebbe appunto se non si promettesse l'impunità a chi recede, dal momento che « il disgraziato, che si lasciò trasportare ad intraprendere un reato, saprebbe già, se così non fosse, di aver meritato la pena, di non aver più niente di consistente da guadagnare attraverso il pentimento, di non aver più niente di significativo da perdere con la consumazione del reato » (*Erster Theil*, 102-3). Più che di costruire un « ponte d'oro » al colpevole, dunque, Feuerbach si preoccupa piuttosto di non abbatterglielo: ed è questa una variante tutt'altro che secondaria rispetto alla teoria sviluppata poi da v. Liszt. L'ipotesi di Feuerbach si muove infatti (implicitamente) su condizioni empiriche *diverse*, e fa dipendere la sua validità da fattori empirici *diversi* rispetto ad una teoria come quella di v. Liszt; in breve: quest'ultima si colloca in una prospettiva *motivante* al recesso, la prima invece si preoccupa di non *demotivare* il recedente (cfr. BOCKELMANN, *Wann ist der Rücktritt*

a iosa perché la teoria del « ponte d'oro » potesse proseguire agevolmente il suo cammino ⁽¹⁴⁾.

Un cammino certo non breve, che la conduce senza scosse fino ai nostri giorni ⁽¹⁵⁾: naturalmente l'illusione di spingere qualcuno a « ravvedersi » attraverso la rinuncia alla pena, o con sconti più o meno consistenti, si è ormai da tempo rivelata per quello che è ⁽¹⁶⁾. Al di là di questa aspirazione ben difficilmente realizzabile rimane però la fiducia — non meno salda che ai tempi di v. Liszt — sulla funzione preventiva, di difesa sociale, che verrebbe appunto al meglio garantito dalla politica della « contropinta psicologica » in relazione ai rei non definitivamente decisi a portare a termine l'impresa. Di questa spiegazione la teoria del recesso è tuttora pienamente paga, né si preoccupa eccessivamente del *se* e del *come* si concili con questa prospettiva la diversa rilevanza assegnata

vom Versuch freiwillig?, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1955, 1419; BLOY, *op. cit.*, 150; ULSSENHEIMER, *op. cit.*, 42).

(14) Così dichiarava CARRARA che l'impunità concessa al desistente corrispondeva ad « un sommo principio di ragion politica, la quale esige che con ogni studio si provochi il pentimento » (*Programma*, cit., *Parte speciale*, I, par. 1180, 241), e ripeteva ALIMENA che « la società à interesse a far diminuire, in qualunque modo, il numero dei delitti. La desistenza, dunque, è sempre la benvenuta. » (*Diritto penale*, v. II, 379-80).

(15) ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, 1975, *Parte gen.*, 405; MANTOVANI, *Diritto penale*, 1979, 398; BETTIOL, *Diritto penale*, 1976, 541; GALLO, *Le forme del reato*, 1964, 71; BOSCARRELLI, *Compendio di diritto penale*, 1976, 151; SANTORO, *Tentativo*, in *Novissimo Dig. it.*, 1152; DE MARSICO, *Diritto penale*, 1969, 257; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, 1961, IV ed., v. II, 475 e 480; MACCIARELLI, *Diritto penale*, 1951, 550; BATTAGLINI, *Diritto penale*, 1949, 435; VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, 1952, 120. Sul problema della *ratio* del recesso non sembrano invece assumere esplicitamente posizione PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, 1972, 504 e NUVOLONE, *Sistema del diritto penale*, 1975, 392. Per un orientamento volto a ricercare la *ratio* dell'art. 56 III e IV c. e la loro diversa rilevanza in considerazioni attinenti alla capacità a delinquere, v. MESSINA, *La desistenza volontaria dal tentativo come causa di esclusione della capacità a delinquere*, in *Scuola positiva*, 1954, 11 ss. La teoria del « ponte d'oro » appare oggi seguita nella letteratura tedesca solo da MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, 1971, 518.

(16) *Contra*: BETTIOL, *op. cit.*, 541-2, e BOCKELMANN, *Wann ist der Rücktritt*, cit., 1421 (ora anche in *Strafrecht, Allg. Teil*, 1975, 201).

alle ipotesi di recesso previste dall'art. 56 IV c. rispetto a quelle del comma III. Qualche voce in tal senso, per la verità, c'è sempre stata ⁽¹⁷⁾; ed anche oggi non manca chi si domanda con perplessità se sia davvero opportuna o necessaria una tale divergenza ⁽¹⁸⁾: sia tenendo in conto la maggiore intensità degli « stimoli » di cui ha certamente bisogno per recedere chi è già quasi alla fine del « lavoro », rispetto a chi è invece ancora agli inizi, e sia considerando che proprio le ipotesi di ravvedimento previste dall'art. 56 IV c. sarebbero meritevoli di miglior trattamento, dato il più forte « impegno di volontà » di cui esse sarebbero sempre espressione ⁽¹⁹⁾.

A queste perplessità la teoria del recesso non ha mai attribuito soverchia importanza: soprattutto in anni meno recenti normalmente le ignorava, o sennò replicava seccamente, e con un tono di ovvietà piuttosto vicino — per intenderci — a quello con cui la Relazione ministeriale sul progetto semplicemente dava per scontata ed evidente la necessità di una diversa rilevanza delle due forme del recesso ⁽²⁰⁾. Esentare

(17) V. soprattutto le perplessità espresse da DELITALA nelle *Dottrine generali del reato nel progetto Rocco* (ora in *Diritto penale, Raccolta degli scritti*, I, 309-10), poi ribadite da CARNELUTTI (*Teoria generale del reato*, 1933, 59). In una prospettiva diversa, tali perplessità venivano condivise anche da VANNINI, *op. cit.*, 121.

(18) BETTIOL, (*op. cit.*, 543) si chiede per esempio se vi sia davvero una « sufficiente giustificazione logica », mentre ANTOLISEI (*op. cit.*, 406) afferma chiaramente che essa « non si giustifica facilmente ».

(19) BOSCARRELLI, *op. cit.*, 152-3.

(20) Si trova scritto nella Relazione (*Lav. prep., vol. V, p. I, Relaz. libro I*, 101): «...se la volontà operi prima che l'azione sia compiuta, evidentemente ricorre la vera e propria desistenza volontaria dell'agente, mentre se, avendo compiuta l'azione, costui riesce solo ad impedire l'evento, non può parlarsi più di desistenza (non si può desistere da un'azione già compiuta), ma solo di ravvedimento, o pentimento che dir si voglia. Le conseguenze giuridiche della distinzione non possono essere che quelle sanzionate dal Progetto: nel primo caso, la desistenza elimina la punibilità del tentativo, salva l'incriminabilità degli atti compiuti come fatti per sé considerati; nel secondo, il ravvedimento, o pentimento, può solo influire nella misura della pena ». Appoggiandosi implicitamente a questa « interpretazione autentica », spesso la teoria del recesso prendeva semplicemente atto della diversità di trattamento, senza spendere una sola parola per giustificarla o criticarla: DE MARSICO,

da pena anche chi avesse impedito l'evento sarebbe stato veramente « eccessivo », dicevano alcuni ⁽²¹⁾; l'azione esecutiva è in questi casi ormai completa, e la diminuzione della pena prevista per il delitto tentato costituisce una « elargizione » del legislatore, aggiungevano altri ⁽²²⁾; il momento in cui si verifica il recesso deve pur significare qualcosa, è giusto perciò che nelle ipotesi di pentimento operoso la pena sia solo diminuita ⁽²³⁾: più o meno in questi termini si chiudeva il discorso, senza prenderlo però neanche troppo sul serio — come ognuno avrà inteso. La moderna dottrina non ha tanto rivisto — nel merito — questo atteggiamento, quanto ha invece cercato, seppur fuggacemente, di precisarne meglio le ragioni: ed ha concluso che « una qualche sanzione penale » è in fondo giustificata ⁽²⁴⁾, perché il recesso mediante impedimento dell'evento si verifica nella fase del « tentativo compiuto », cioè una fase in cui — come viene precisato — sono già tutte poste le condizioni necessarie ai verificarsi del risultato lesivo, cosicché il tentativo ha ormai raggiunto « il massimo di pericolosità per il bene protetto » ⁽²⁵⁾.

op. cit., 257; RANIERI, *Diritto penale*, 1952, 372-3; FROSALI, *Sistema penale italiano*, 1958, v. II, 75 ss.; SANTORO, *Manuale di diritto penale*, 1958, I, 465 ss.; PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, 1967, 652. BATTAGLINI, *op. cit.*, 437, si limitava invece ad affermare che « esattamente » il legislatore aveva attribuito al pentimento operoso una rilevanza solo attenuante della pena per il tentativo.

(21) Così SALTELLI-ROMANO DI FALCO, *op. cit.*, 380; anche MAGGIORE riteneva che bene avesse fatto il nuovo codice « schivando l'eccesso della impunità », senza soffermarsi però a motivare questa sua opinione (*op. cit.*, 552).

(22) Così FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, 1932, 445.

(23) Così SANTORO, *Teoria delle circostanze del reato*, 1952, 40.

(24) PAGLIARO, *op. cit.*, 505.

(25) Così espressamente MANTOVANI, *op. cit.*, 398 ed anche SABATINI, *Istituzioni di diritto penale, Parte generale*, 1935, 281. 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: oltre agli autori già citati, v. ancora per la letteratura di lingua italiana ANTOLISEI (*op. cit.*, 405), BETTIOL (*op. cit.*, 533, 543), NUVOLONE (*op. cit.*, 393), GALLO (*op. cit.*, 67); per quella di lingua tedesca v. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, 407; STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* I, 2. Auflage 1976, 207, 708; BAU-

Se così è, bisogna dire che la terminologia di cui fa correntemente uso la teoria del recesso non è affatto idonea ad esprimere questa caratteristica *costante* di pericolosità che dovrebbe appunto connotare la condotta criminosa antecedente

MANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage*, 1977, 532; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB KOMMENTAR, 20. Auflage*, 1980, § 24-311; ULSENHEIMER, *op. cit.*, 131 ss.; BURCKHARDT, *op. cit.*, *passim*, la cui ricerca è appunto interamente dedicata al problema della delimitazione delle due fasi del tentativo nella prospettiva del recesso. L'idea della pericolosità dell'azione crescente in misura direttamente proporzionale al progredire delle fasi di sviluppo del delitto tentato è assolutamente scontata per la teoria del tentativo e del recesso: la moderna dottrina non avverte perciò nemmeno il bisogno di farvi riferimento esplicitamente o di illustrarla in qualche modo, essa è semplicemente *evidente*. Perché sia così, è facile spiegarlo: quest'idea costituisce il portato di uno sviluppo teorico che affonda le sue radici nelle origini stesse della moderna teoria del reato. Per fare solo un nome, basti ricordare come FEUERBACH (*Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1800, II, 270) nel collegare il grado di punibilità del tentativo, tra l'altro, all'entità del pericolo (inteso quale « probabilità di consumazione ») precisava come tale entità fosse connessa al « grado di prossimità » dell'azione esecutiva alla realizzazione del reato. In questo senso, quante meno « azioni intermedie » rimanessero da compiere per produrre l'evento, tanto maggiore sarebbe la punibilità del delitto tentato (271). La chiara concettualizzazione operata da FEUERBACH del nesso intercorrente tra grado del tentativo e gravità del pericolo consente appunto a questa idea di consolidarsi rapidamente: così per esempio, già non molti anni dopo, ZACHARIÄ poteva affermare con sicurezza che la pericolosità dell'azione « cresce evidentemente ad ogni momento del progredire dell'attività delittuosa », donde la necessità di graduare appunto in tal senso la pena del tentativo (*Die Lehre vom Versuch der Verbrechen*, 1839, II Teil, 54-5); su questi temi non mancano talune precise formulazioni già nella dottrina del tardo '700, come per esempio ad opera di KOCH in Germania, *Institutiones iuris criminalis*, 1779, LXXXIX, 69 e di ROMAGNOSI in Italia, *Genesi del diritto penale*, II ed., 1807, tomo IV, l. II, cap. IX, par. 823, 137. Su questa base può poi lentamente proseguire ed affinarsi lo sviluppo della dottrina del tentativo compiuto ed incompiuto in relazione al pericolo insito nelle due distinte fasi: questo processo raggiunge probabilmente con GOLDSCHMIDT (*Die Lehre vom beendigten und unbeeendigten Versuch*, 1879, 51 ss.) uno dei momenti di più limpida teorizzazione: il tentativo compiuto comporta un pericolo non solamente più « esteso », ma anche più « intenso » che nel tentativo incompiuto; la differenza non è insomma meramente « quantitativa » bensì pure « qualitativa » (nello stesso senso KÖSTLIN, *System des deutschen Strafrechts*, 1855, All. Teil, 85, 241 ss.). A questa impostazione si ricollega l'indirizzo che opera, sul piano dottrinario, un differente inquadramento della desistenza e del pentimento operoso: la prima quale *Strafauusschliessungsgrund* (operante come condizione risolutiva della punibilità del tentativo), la seconda quale *Strafauhebensgrund* (che eliderebbe cioè *ex post* la punibilità già sorta): così LAMMASCH, *Das Moment objectiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechenversuches*, 1879, 71-2; *contra*: HERZOG,

all'attività impeditiva. Se è forse anche vero, infatti, che almeno *tendenzialmente* l'azione esecutiva compiuta è più pericolosa di quella incompiuta ⁽²⁶⁾, non è invece affatto ne-

Rücktritt vom Versuch und tätige Reue, 1889, 184 ss. Nel quadro di un ordinamento giuridico che diversifica nel trattamento la desistenza ed il pentimento è pienamente comprensibile il perdurare di queste impostazioni, il sopravvivere di questi condizionamenti sia sul piano del tentativo che su quello del recesso: condizionamenti la cui incisività si può meglio misurare proprio negli atteggiamenti che assume la moderna dottrina nell'ambito di sistemi normativi che invece parificano a tutti gli effetti le due forme del recesso. Così per esempio ARTZ ritiene, in relazione al § 24 dello *StGB*, che mentre la *ratio* dell'impunità concessa al desistente risieda nella scarsa energia delittuosa dimostrata da quest'ultimo, l'impunità accordata al pentimento operoso si spieghi invece solo con l'idea del « premio » per il salvataggio del bene: un'interpretazione al cui fondo si ritrova appunto la diversificazione quantitativa e qualitativa delle due fasi del delitto tentato (*Zur Erfolgsabwendung beim Rücktritt vom Versuch*, in *Goldt. Archiv.*, 1964, 9 ss.; in una prospettiva pressoché analoga GRÜNWARD, *Das unechte Unterlassungsdelikt, seine Abweichung vom Handlungsdelikt*, 1957, 54 ss.). Un discorso a parte andrebbe invece fatto per quella parte della moderna dottrina che, in una prospettiva rigidamente orientata al concetto finalistico di azione (v. su questa concezione, per tutti, SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, 1955, *passim* ed in senso critico GALLO, *La teoria dell'azione finalistica nella più recente dottrina tedesca*, Rist. 1967, *passim*, e soprattutto MARINUCCI, *Il reato come « azione »*, 1971, 68 ss. e *passim*) teorizza la diversità qualitativa delle due forme del delitto tentato facendo leva sul disvalore oggettivo d'azione, proponendo poi l'esclusione del tentativo compiuto dalla sfera concettuale e normativa del tentativo e la sua assimilazione, invece, al reato consumato: v. in tal senso le proposte di ARMIN KAUFMANN (*Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf*, in *ZStW* 80 (1968) 51 ss.) intorno al § 25 II dell'AE in cui si prevedeva la diminuzione di pena obbligatoria per il delitto tentato; l'opinione di A. KAUFMANN è stata poi ripresa e sviluppata da ZIELINSKI (*Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, 128 e 216 ss.) e ribadita dallo stesso KAUFMANN più di recente (*Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, in *Fest. Welzel*, 1974, 393 ss.). Dopo la sferzante replica di STRATENWERTH (*Zur Relevanz des Erfolgsunrecht im Strafrecht*, in *Fest. Schaffstein* 1975, 177 ss. ed in particolare 182 ss.) la discussione sembrava sopita, finquando LÜDERSEN in un recentissimo ed acuto intervento, che ha per altro anche il merito di arricchire il dibattito di punti di vista originali rispetto a quelli tradizionali, ha dimostrato come soprattutto in relazione al problema della funzione e del significato dell'evento nel sistema penale i giuristi non hanno nessun motivo per ritenere esaurito il loro impegno ed i criminologi non possono ormai negare più a lungo il loro contributo (*Erfolgsszurechnung und « Kriminalisierung »*, in *Fest. Bockelmann* 1979, 181 ss. e soprattutto 186 ss.).

(26) Però, si badi bene, solo tendenzialmente. Ciò non costituisce del resto un'acquisizione della moderna teoria del delitto tentato: basti pensare che la « rivolta » contro il reato mancato condotta a buon fine dalla dottrina del secolo scorso

cessario — come è stato limpidamente dimostrato ⁽²⁷⁾ — che completezza dell'azione ed elevato grado di pericolosità della stessa a carico del bene protetto necessariamente coincidano: soprattutto se la pericolosità dell'azione rispetto al bene tutelato venga misurata — come sembra fare di consueto la teoria del recesso — col metro dell'imminenza dell'evento delittuoso ⁽²⁸⁾.

A questo punto perciò, delle due l'una: o è vero che la condotta delittuosa su cui si innesta il recesso mediante impedimento dell'evento racchiude *sempre* il massimo di pericolosità per il bene aggredito, ed allora l'espressione « tentativo

e dei principi del '900 venne portata innanzi, tra l'altro, anche ponendo in risalto che il pericolo insito nell'azione esecutiva compiuta *non sempre e non necessariamente* era maggiore che nei casi di azione incompiuta: v. VANNINI, *La dottrina del reato mancato*, in *Riv. pen.* 1923, 511 ss.; ANTOLISEI, *Osservazioni critiche sul concetto del delitto mancato*, in *Riv. dir. proc. pen.* 1912, 139 ss.; CIVOLI, *Il tentativo*, in *Enc. Pessina*, vol. V, 233 ss.; ALIMENA, *Principi di diritto penale*, 1910, 353. Più o meno negli stessi anni, ed in termini sostanzialmente analoghi, parte della dottrina tedesca si rivolgeva contro la previsione legislativa del *beendigter Versuch*, chiedendo l'abolizione della cornice di pena differenziata (scil. più alta) rispetto all'*unbeendigter Versuch*: v. ad esempio BINDING, *Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund*, 1869, 76; HÄLSCHNER, *System des preussischen Strafrechts*, A.T., 1858, 204 ss.; JOHN, *op. cit.*, 208.

(27) ROXIN, *Der Anfang des beendeten Versuchs*, in *Fest. Maurach*, 1972, 213 ss., che ha appunto il merito di aver posto definitivamente in chiaro che il completamento dell'attività esecutiva non è affatto sufficiente, di per sé, a fungere da criterio di identificazione del momento iniziale di punibilità del delitto tentato: anche perché, tra l'altro, al compimento dell'attività esecutiva non segue necessariamente un'apprezzabile messa in pericolo del bene protetto. I rilievi di Roxin hanno incontrato generalmente consenso: v. tra gli altri JESCHECK, *Lehrbuch*, 421; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB*, (ESER) § 22, n. 42; RUDOLPHI, in *Systematisches Kommentar StGB, II Auflage*, 1977, § 22, n. 19; *contra*, ma da prospettive diametralmente opposte, da una parte HERZBERG, *Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, in *Monatsschrift für deutsches Recht*, 1973, 89 ss.; dall'altra OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 1976, 226 ss. e GÖSSEL, *Anmerkung zu BGH 16.9.1975*, in *Jur. Rundschau* 1976, 248 ss., le cui argomentazioni appaiono quanto meno contraddittorie. V. però la successiva replica di ROXIN, *Tatenschluss und Anfang der Ausführung beim Versuch*, in *Jur. Schulung*, 1979, 10 ss.

(28) V. per tutti BETTIOL, *op. cit.*, 533 ed ANTOLISEI, *op. cit.*, 404-5; cfr. però il fondamentale lavoro di KERN: *Grade der Rechtswidrigkeit*, in *ZStW* 64, (1952), (255 ss.) 278 ss.

compiuto » è sicuramente inadeguata per difetto a descrivere una condotta del genere; o è vero invece che con il riferimento al tentativo compiuto si definisce esattamente lo stadio in cui si verifica il recesso ai sensi dell'art. 56 IV c. (semplicemente *dopo* il compimento dell'attività esecutiva) ed allora i corollari che se ne traggono circa l'elevato grado di pericolosità dell'azione stessa non sono giustificati, almeno non sempre.

La soluzione del dilemma non è affatto difficile: al di là infatti dei "termini" di cui si serve la teoria, è assolutamente fuori discussione che l'idea del pericolo imminente a carico del bene protetto si ritrova costantemente associata, nei discorsi della dottrina recente e non circa l'art. 56 IV c., al recesso mediante attività impeditiva dell'evento⁽²⁹⁾. Perché sia così, che cosa si celi dietro questa diffusissima tendenza, ed in che modo essa si rifletta — in definitiva — sulla ritenuta opportunità di non lasciare esente da pena il pentimento operoso, non deve essere certo scoperto ora. *Giacomo Delitala*, per esempio, non aveva nemmeno aspettato la promulgazione del codice per dirlo a chiare lettere: per dire appunto quali fossero i condizionamenti cui non riusciva a sottrarsi il legislatore del recesso ed in quale conto egli li tenesse. La semplice diminuzione di pena prevista per il pentimento operoso — scriveva Delitala⁽³⁰⁾ — si spiega, rispetto all'effetto totalmente esimente riconosciuto invece alla desistenza, solo col riemergere della figura del reato mancato tra le pieghe dell'art. 58, III cpv. Prog. def. (art. 56 IV c.p.): tale disciplina non può perciò non riproporre — aggiungeva

(29) Il modo più semplice per convincersi di ciò consiste probabilmente nel controllare gli esempi di cui si serve la teoria del recesso per illustrare le sue interpretazioni dell'art. 56 IV c: c'è *sempre* un pericolo grave ed imminente che viene appunto scongiurato dall'azione di tutela. Cfr. al riguardo la letteratura cit. in n. (15) e v. altresì quanto viene detto a questo riguardo nella Parte I di questo lavoro.

(30) *Le dottrine generali del reato nel progetto Rocco, cit.*, 309.

— le perplessità ed i dubbi insiti nel concetto stesso del reato mancato, perplessità e dubbi che hanno giustamente indotto il legislatore a sopprimerne l'autonoma previsione all'interno della normativa sul delitto tentato. La verità è che sia dal punto di vista « puramente logico » — così concludeva Delitala — che sotto l'aspetto politico-criminale non esistono ragioni valide per trattare il ravvedimento attivo diversamente dalla desistenza volontaria ⁽³¹⁾.

Considerazioni più o meno simili vengono ancora oggi ripetute ⁽³²⁾, quasi con rassegnazione, e non sortiscono certo effetto migliore di quello di allora nè presso la dottrina del recesso nè, a quanto sembra, in sede di riforma dell'art. 56 IV c. ⁽³³⁾: questo punto è in sostanza fuori discussione, non crea problemi a nessuno, non c'è perciò alcun bisogno di cambiare. Così come non c'è motivo per cambiare il tipo di rilevanza dell'art. 56 III c. ⁽³⁴⁾: tutto rimane com'è, e ciò si deve — in maggiore o minore misura — sicuramente *anche* al fatto che alla teoria del recesso ogni conto sembra tornare.

3. - Se questo breve *excursus* ha raggiunto il suo scopo, deve risultare ormai chiara una prima caratteristica essenziale della *teoria* dell'art. 56 III e IV c. c.p.: e cioè l'elevato grado di *stabilità interna* che dovrebbe esserle garantito dalla sua scelta pressocché unanime, e senza riserve, in favore dell'approccio c.d. politico-criminale al problema della *ratio* del recesso.

⁽³¹⁾ *Op. cit.*, 309 e 310.

⁽³²⁾ V. gli autori cit. in n. (18) e (19).

⁽³³⁾ Il più recente Progetto di riforma della parte generale del codice penale è, come si sa, quello approvato dal Senato in data 31.1.73 (pubblicato in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1973, 827 ss.): l'articolo 29 conferma la punibilità del pentimento operoso, ma rende più cospicua l'attenuazione obbligatoria di pena.

⁽³⁴⁾ Nel progetto del '73 rimane ferma la non punibilità della desistenza volontaria; del resto, non pare che la moderna dottrina abbia mai posto in discussione questa disciplina.

Col « ponte d'oro » infatti — questo è importante non sottovalutare — la dottrina del recesso non adotta soltanto un'interpretazione lungamente sperimentata, per così dire, sotto tutti i cieli ed a tutte le latitudini (con gli evidenti vantaggi che ciò di per sé comporta) ⁽³⁵⁾: essa fa propria piuttosto una *prospettiva* che è chiara, è plausibile ed è soprattutto storicamente idonea a fungere da punto di riferimento, da « controllo di ultima istanza » ⁽³⁶⁾ non solo in relazione ai non pochi nè semplici problemi applicativi ⁽³⁷⁾, bensì anche — come è stato proprio di recente sottolineato — in relazione ai problemi di *inserimento* di un istituto quale il recesso nel-

(35) La teoria del « ponte d'oro » ha adepti, per esempio, anche in Francia, dove c'è chi spiega che l'impunità concessa al recedente dall'art. 2 del codice penale (il tentativo è punibile se « è stato sospeso o ha mancato il suo effetto per circostanze indipendenti dalla volontà dell'agente ») è « estremamente facile a giustificarsi » proprio per l'evidente interesse della società a sollecitare i delinquenti a non portare a termine i loro reati (v. BOUZAT-PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie, Tome I, Droit pénal général*, 12 Edition, 1970, 295). Quanto ai vantaggi che di per sé comporta nel discorso scientifico l'adesione ad una teoria ricca di tradizione e da lungo tempo consolidata, va ricordata soprattutto la c.d. « funzione di alleggerimento » dell'onere argomentativo: « anche qui — come dappertutto — è impossibile mettere ogni volta tutto in discussione daccapo » (ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978, 329). In concreto: la teoria del recesso ormai da molti anni si limita ad « aderire » alla teoria del « ponte d'oro » senza avvertire la necessità di spiegare compiutamente le ragioni di questa scelta: chi voglia accertarle, deve perciò assumersi il peso di una lunga ricerca a ritroso che via via lo condurrà — come si è visto — almeno fino alla concezione di ANSELM FEUERBACH.

(36) Così si esprime, efficacemente, ULSENHEIMER, *op. cit.*, 4.

(37) Tra cui, innanzitutto, quelli relativi alla delimitazione delle sfere del recesso ed all'interpretazione del requisito della volontarietà: è del tutto pacifico in dottrina che nessuno di questi due grandi temi può essere correttamente affrontato senza aver chiara la logica in cui si inserisce il beneficio accordato dalla legge al recedente: v., per tutti, JESCHECK, *op. cit.*, 406, e ROXIN, *Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch*, in *Fest. Heinitz*, 1972, 251, al quale però non sfugge che l'interpretazione del concetto di volontarietà si ripercuote a sua volta sulla *ratio* del recesso e sulla collocazione sistematica dell'istituto. *Contra*, MAURACH, *op. cit.*, 518, secondo il quale non avrebbe alcun « significato essenziale » la discussione sulla *ratio* del recesso; ESER, *Juristischer Studienkurs, Strafrecht*, II, 1971, 81, ritiene invece che il ricorso alla *ratio* dell'istituto sarebbe consentito « solo con prudenza » nella soluzione dei singoli problemi del recesso .

l'ambito di un meccanismo normativo *funzionalmente* antitetico, qual'è appunto il sistema penale in quanto sistema di *imputazione* ⁽³⁸⁾.

Accennando poc'anzi al grado di stabilità della teoria del recesso si è detto che esso *dovrebbe* essere elevato: ed al lettore più attento non sarà sfuggito che l'uso del condizionale non è affatto casuale. Si è reso infatti necessario in considerazione di una seconda caratteristica — di metodo stavolta, ma non meno essenziale ed evidente dell'altra — che concerne in particolare l'approccio della dottrina all'art. 56 IV c.

Almeno nella sua versione moderna — quella lisztiana, per intenderci — la teoria del « ponte d'oro » assurge a fondamento dell'istituto del recesso dal delitto tentato in relazione a dati normativi che *unificano* nel tipo di rilevanza esimente le due distinte *forme* di manifestazione del recesso (art. 46 Cod. pen. ted. 1871) ⁽³⁹⁾ o prevedono espressamente,

(38) Ci riferiamo alla prospettiva in cui si sviluppa il recentissimo lavoro di WALTER, *cit.*, lavoro articolato essenzialmente sui seguenti punti: a) col recesso la legge consente di operare una correzione nel funzionamento del meccanismo di imputazione del sistema penale: il tentativo punibile diventa cioè non punibile; b) la correzione si fonda sul rilievo che la « decisione del fatto » si dimostra instabile presso il recedente; c) perciò diventa non indispensabile, sotto il profilo preventivo, irrogare la pena; d) la disponibilità a tenere un comportamento conforme alla norma dipende dal grado di socializzazione dell'agente ed il recesso dimostra che quest'ultimo è sufficiente a superare le occasioni criminali; e) nella rinuncia a punire il tentativo in caso di recesso si esprime il carattere frammentario del diritto penale: il tentativo non appare più meritevole di pena, rinunciando a questa viene evitato un inutile effetto di stigmatizzazione del soggetto (*passim*, soprattutto 1-127). Va senza dubbio riconosciuto a WALTER il merito di un notevole sforzo, con cui cerca, attraverso un'impostazione non priva di momenti originali, di superare la tradizionale discrasia tra politica criminale e dommatica che da sempre affligge la problematica del recesso. Va segnalato però che anche l'analisi di WALTER non è certo in grado di dissipare convincentemente ogni dubbio: soprattutto difficile a spiegare, nella sua prospettiva, è ad esempio il sopravvivere della piena punibilità del reato eventualmente consumato.

(39) Nella struttura della norma, la desistenza volontaria ed il pentimento operoso figuravano in due distinte previsioni, e si distinguevano soprattutto per la formulazione strettamente oggettiva del requisito della volontarietà adottata solo per la descrizione del pentimento operoso (l'impedimento dell'evento deve verificarsi « in

e sempre riconoscendo efficacia esimente, solo il recesso mediante desistenza dall'azione (art. 61 c.p.v. Cod. Zanardelli): in altri termini, la teoria del « ponte d'oro » non può vantare alcun precedente in relazione ad una normativa — come quella vigente — che diversifichi nel *quantum* di rilevanza le due forme del recesso, e soprattutto le diversifichi nel senso che almeno ad *una* di esse riconosca l'effetto “ tradizionalmente ” esimente ⁽⁴⁰⁾. La teoria del recesso, insomma, limi-

un momento in cui l'azione non è stata ancora scoperta»; sui problemi che da ciò derivavano e sul conseguente atteggiamento critico della dottrina verso questa formulazione, v. per tutti JESCHECK, *Lehrbuch, II Auflage*, 1972; 411-12; STRATENWERTH, *Strafrecht*, 1971, 204-5; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht, II Auflage*, 1969, 198-9. Per quanto riguarda la legislazione tedesca antecedente al *Reichsstrafgesetzbuch* del 1871 v. BAUMGARTEN, *op. cit.*, 228 ss.

(40) Su questo punto bisogna essere molto chiari. Quanto detto qui sopra non significa affatto che la teoria del « ponte d'oro » non conosca formulazioni in cui l'effetto psicologico-motivazionale sul reo venga affidato ad una semplice diminuzione di pena: già negli anni prima e dopo FEUERBACH, per esempio, si registra qualche voce in tal senso (CREMANI, *De jure criminali*, lib. I, c. V. n. IV, 78-9: è opportuno concedere al recedente « vel nulla vel levi poena » nell'interesse di coloro che sono minacciati dal reato; « Spes namque est fore ut is illectus desiderio poenam vitandi ab incepto scelere perficiendi revocetur »; CARMIGNANI, *Juris Criminalis Elementa*, V ed. 1833, § 245, 345-6). E nemmeno significa che non sia stata mai legislativamente accolta la differenza di trattamento del pentimento operoso rispetto alla desistenza volontaria (v. § 118 del codice penale del *Grossherzogtum Baden* del 1845, l'art. 34 del codice criminale del *Königreich Hannover* del 1840, ed altri codici tedeschi di quel periodo). Significa invece che almeno dalla metà del secolo scorso è nettamente dominante l'opinione che costruisce il « ponte d'oro » sulla promessa della piena impunità al recedente: tant'è che coloro i quali vorrebbero invece solo una diminuzione di pena, almeno per il pentimento operoso se non anche per la desistenza dall'azione (per tutti, KÖSTLIN, *Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, 1845, 395 ss.) argomentano, di regola, da posizioni *critiche* verso la teoria del « ponte d'oro », e si sentono dire, in risposta, che se già l'impunità difficilmente riesce a motivare nel senso giusto il reo, sarebbe assurdo diminuire l'offerta e pensare poi di poter egualmente ottenere l'effetto voluto (BAUER, *Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprozesse, I Band*, 1840, 358). Questa situazione è già alla fine del secolo scorso pienamente consolidata: ed il Guardasigilli Zanardelli quando nella sua relazione fa espressamente riferimento alla teoria del « ponte d'oro » si riferisce appunto ad una norma che prevede l'impunità per il recedente (Relazione sull'art. 61: « è debito di prudente legislatore stimolare il recesso dal delitto, affinché la pena non agisca nell'animo del delinquente come spinta alla completa violazione della legge »), allo stesso modo in cui le legislazioni preunitarie sempre e solo

tandosi ad *estendere* semplicemente il « ponte d'oro » fino all'art. 56 IV c. tralascia una verifica assolutamente indispensabile, che sarebbe consistita nel controllare *se e come* la « variabile » costituita appunto dall'art. 56 IV c. potesse essere assorbita ed elaborata all'interno della *ratio* « unitaria » del recesso. Col suo atteggiamento aprioristico la teoria dà invece per scontato proprio ciò che avrebbe dovuto dimostrare: prende infatti le mosse dall'assunto secondo cui i commi III e IV dell'art. 56 risponderebbero alla medesima logica, e solo *dopo* cerca di giustificare, per quanto può, il differente trattamento riservato al pentimento operoso. Laddove sarebbe stato quanto meno necessario partire appunto dalla diversità di quest'ultimo dato normativo per vedere *come* esso potesse spiegarsi in relazione alla tradizionale logica « utilitaristica » del recesso, e *se* per caso non si riflettesse in qualche modo sulla *ratio* stessa del recesso.

Ciò sarebbe stato il *minimo* che la teoria doveva fare proprio per restare coerentemente nell'ambito della prospettiva da essa prescelta. A voler osare di più, dovrebbe invece cominciare a guardarsi un po' intorno e prendere atto che il « ponte d'oro » — i cui pilastri non sono mai stati veramente solidissimi ⁽⁴¹⁾ — è crollato da un pezzo, anche se

l'impunità per il recesso dal delitto tentato avevano garantito. Perciò, il fatto che la moderna teoria spieghi l'art. 56 III c. con la teoria criminal-politica è, da questo punto di vista, pienamente plausibile: lo è invece meno quando ci si riferisca all'art. 56 IV c., dove, se si vuole sostenere che il legislatore ha previsto la diminuzione di pena nella stessa ottica del « ponte d'oro », bisogna dare spiegazioni convincenti, rendersi conto, insomma che il richiamo alla tradizione non solo non è più proponibile, ma è anzi pericoloso proprio per la presenza di una norma « tradizionale » quale l'art. 56 III c.

(41) Non sono mai mancate infatti voci che confutavano questa teoria proprio rivolgendo contro di essa le sue stesse argomentazioni: la promessa dell'impunità potrà anche arrestare qualche delinquente sulla via del delitto, ma quanti altri invece intraprenderanno reati proprio perché la legge lascia esente da tutela la zona iniziale dell'*iter criminis*? (V. tra gli altri SCHÜTZE, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1871, 115; BARSANTI, *op. loc. cit.*, e già alla fine del '700 KLEINSCHROD, *Systemati-*

senza eccessivo fragore ⁽⁴²⁾. Questo punto, che necessiterebbe — com'è evidente — un ampio approfondimento, potrà essere solo abbozzato in questa indagine, con qualche brevissimo cenno che serva unicamente a ricordare come le cose sono molto meno semplici di quanto possa sembrare.

La teoria del « ponte d'oro » argomenta sul piano motivazionale-psicologico e pone implicitamente due condizioni *empiriche* indispensabili alla sua effettiva validità: a) l'agente *sa* dell'esistenza della normativa sul recesso; b) egli *può* essere motivato attraverso una tale normativa ⁽⁴³⁾. La moderna teoria della prevenzione generale ha dimostrato da tempo che *nessuna* di queste due condizioni è ovvia, ma che al contrario ciascuna di esse soggiace a regole precise, e solo

sche Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts, I Teil, 1794, 74. Del resto, ribatteva COHN (*Die Revisionsbedürftigkeit*, cit., 157), le statistiche mostrano che i ponti d'oro « sono percorsi troppo raramente » per aver « rimorso » ad abatterli. Ed infine, commentava KEMSIES per buona misura, con una teoria come quella del « ponte d'oro » si può in fondo « spiegare » qualunque fenomeno del diritto penale (*op. cit.*, 71).

⁽⁴²⁾ Nella sua formazione « positiva » — che incontra appunto il favore della dottrina dell'art. 56 III e IV c. — la teoria del « ponte d'oro » è totalmente scomparsa dalla moderna letteratura, in prevalenza di lingua tedesca, sul problema del recesso: e ciò ormai da circa 30 anni, lentamente sepolta da una serie di valutazioni critiche a dir poco distruttive (es.: « pura speculazione », da tempo « immagazzinata nella camera delle curiosità », secondo GEILEN, *Zur Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch*, in *Juristenzeitung* 1972, 338; « poggia su una psicologia del tutto fuori della realtà », BOCKELMANN, *Wann ist der Rücktritt*, cit. 1419; addirittura « lontana dalla realtà della vita », secondo WELZEL, *Lehrbuch*, cit. 196). La mole di argomenti addotti contro di essa è veramente impressionante, e non può essere davvero qui riportata; sarà perciò sufficiente richiamare le tappe più importanti che segnano il declino di questa impostazione: innanzitutto gli studi di BOCKELMANN, *Wann ist der Rücktritt*, cit., 1419 ss. e JESCHECK, *Anmerkung zu BGH 14.4.1955*, in *Monat. Deutsches Recht* 1955, 563 ss., che avviarono la definitiva revisione critica di questa teoria; poi v. ancora LANG-HINRICHSSEN, *Bemerkungen zum Begriff der « Tat » im Strafrecht*, in *Fest. Engisch* 1969, 368; ROXIN, *Über den Rücktritt*, cit., 272, ed infine, di recente, ULSENHEIMER, *op. cit.*, 64 ss. e WALTER, *op. cit.*, 12 ss.

⁽⁴³⁾ Così giustamente HASSEMER, *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch*, in *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, a cura di LÜDERSSEN e SACK, *I Teilband*, 1980, 229 ss., 234.

in parte ben concettualizzate, che consentono di creare tutt'al più un terreno non sfavorevole al loro reale verificarsi ⁽⁴⁴⁾. Delle "certezze" su cui fu costruito il « ponte d'oro » non è rimasto assolutamente nulla.

Ma al di là di questo, la teoria dell'art. 56 III e IV c. avrebbe potuto avviare una seria revisione già solo prendendo atto di un risultato che *Bockelmann* mise a disposizione della teoria del recesso ormai più di 20 anni fa: quando con una analisi precisa, esauriente, approfondita, dimostrò che su un notevole numero di recessi esaminati *tutti* i motivi possibili ed immaginabili avevano forse indotto l'agente a lasciar perdere, ma *non una volta* l'idea di guadagnarsi l'impunità recedendo, nè considerazioni più o meno da vicino attinenti alla pena o al diritto penale ⁽⁴⁵⁾. Del resto, M. E. Mayer al principio del secolo non disponeva certo di analisi di questo tipo, nè poteva sapere ciò che oggi invece sappiamo sui tanti aspetti problematici del rapporto autore-norma ⁽⁴⁶⁾: si rendeva

(44) Per un'approfondita e chiarissima discussione di queste condizioni v. ancora HASSEMER, *Generalprävention und Strafzumessung*, in HASSEMER-LÜDERSSEN-NAUCKE: *Hauptprobleme der Generalprävention*, 1979, 29 ss. (ora anche in: *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di ROMANO e STELLA, 1980, 125 ss., traduzione di GRASSO: *Prevenzione generale e commisurazione della pena*); sull'altra faccia del problema, cioè sulle condizioni ed i limiti della prevenzione generale mediante minaccia di pena, v. soprattutto ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, (in *Teoria e prassi*, cit., 33 ss. e soprattutto 40 ss., traduzione di BERTOLINO), STELLA, *Il problema della prevenzione della criminalità*; (ivi, 13 ss. e soprattutto 22 ss.) e ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano* (ivi, 151 ss. e soprattutto 156 ss. e 172 ss.). Una ponderata riflessione sulle condizioni empiriche e metodologiche di effettività della prevenzione generale è ora offerta, nella letteratura italiana più recente, da DOLCINI, *La commisurazione della pena*, 1979, 219 ss. e soprattutto 230 ss., ed in quella di lingua tedesca da HAFFKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention*, 1976, 58 ss., oltre ai contributi apparsi nel volume di STELLA e ROMANO.

(45) *Wann ist der Rücktritt*, cit., 1417 ss. Del resto, per lasciar parlare ancora BOCKELMANN, la decisione di commettere un reato non nasce per lo più « in forma di una razionale ponderazione dei motivi *pro et contra* », *Vom Sinn der Strafe*, 1961, 33.

(46) V. su questo tema le acute osservazioni di LÜDERSSEN, *Die Generalprä-*

perfettamente conto, tuttavia, che le cose erano senza dubbio molto meno semplici di quanto pensassero i costruttori del « ponte d'oro », ed ironizzava perciò rimproverandoli di « sovravalutare il numero di coloro che hanno studiato giurisprudenza » (47).

La teoria dell'art. 56 c.p. vive al riparo da simili « complicazioni »: ed anche quando glielo si è fatto notare a chiare lettere non vi ha prestato orecchio (48), e se l'è poi dimenticato. Al dibattito quanto mai acceso che la moderna teoria del recesso — soprattutto di lingua tedesca — va conducendo sia in relazione alle perduranti carenze nella spiegazione del tradizionale effetto esimente del recesso, sia in relazione all'opportunità di restare fermi a questa tradizione (49), la dottrina dell'art. 56 c.p. non prende assolutamente parte, e commette così una grave leggerezza. Questi problemi, infatti, hanno un rilievo tutt'altro che meramente teorico: le impostazioni e le soluzioni date a questi problemi si riflettono infatti più o meno intensamente nell'agire della *prassi*, ed è soprattutto la *prassi* che è poi costretta a pagare i prezzi più cari per i ritardi e le insufficienze nell'elaborazione dei dati normativi in questione (50).

ventive Funktion des Deliktensystems, in Hauptprobleme der Generalprävention, cit., 70 ss. (ora anche nel citato volume di ROMANO e STELLA: La funzione di prevenzione generale del sistema penale, 99 ss., traduzione di GRASSO).

(47) In *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Lehrbuch*, 1915, 370, n. 7.

(48) È merito di LATAGLIATA aver denunciato vigorosamente anni addietro l'inaccettabilità della spiegazione dell'art. 56 III c. con la teoria del « ponte d'oro »: bisogna però dire con rammarico che ciò non è bastato a disancorare la dottrina italiana del recesso dalle sue posizioni tradizionali (v. *La desistenza*, cit., 28 ss.).

(49) V. gli Autori cit. in n. (2).

(50) Ciò è appunto quanto si cercherà di dimostrare nelle pagine seguenti, con riferimento al problema della delimitazione, e seppur di sfuggita, a quello della volontarietà. Per una recente riflessione, dal punto di vista teorico, del rapporto tra teoria e *prassi* con particolare riferimento ai problemi di interpretazione del diritto, v. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung, II Auflage*, 1976, 37 ss.

I terreni che con maggiore immediatezza costituiscono il “banco di prova” della teoria del recesso sono soprattutto due: quello della “volontarietà” e quello della “delimitazione” tra le sfere applicative della desistenza e del pentimento. Sul problema della volontarietà teoria e prassi dell'art. 56 c.p. hanno dato ciò che hanno potuto e saputo. Il problema della delimitazione lo hanno invece affrontato con insufficiente accortezza, senza rendersi conto fino in fondo, forse, della sua *complessità* e delle sue *implicazioni*. Questo problema viene appunto tematizzato nella presente ricerca, che ha uno scopo ben definito: evidenziarne la *struttura* e le *cause*, e precisare infine le linee di un approccio *metodologicamente* corretto.

PARTE I

La teoria della delimitazione della desistenza volontaria dal pentimento operoso

SOMMARIO: 1. La necessità del criterio di delimitazione. — 2. Il criterio *testuale* di delimitazione: i casi non problematici. — 3. I casi problematici: ovvero, le insufficienze del criterio testuale. — 4. La struttura del criterio (testuale) *ex post*. — 5. La struttura dei casi problematici e non: le capacità ed i limiti intrinseci del criterio *ex post*. — 6. I tentativi di correggere i difetti del criterio di delimitazione: a) desistenza come interruzione dell'azione collettiva; b) desistenza come interruzione dell'azione dell'*extraneus*; c) desistenza come auto-interruzione dell'azione esecutiva: la contro-azione di tutela. — 7. Sulla progressiva restrizione dell'art. 56 IV c.: significato e limiti di questa prospettiva. In particolare: a) la *comunicazione* e b) la *stabilizzazione* della teoria del recesso.

1. - Sulla necessità di un preciso criterio di delimitazione tra le due forme del recesso non è certo il caso di soffermarsi: la palese diversità di struttura dei due istituti, quale risulta ad una semplice lettura dei rispettivi dati normativi, lascia chiaramente intendere la necessità di approfondire il criterio di distinzione, affinché sia garantito al meglio l'inquadramento delle condotte di recesso nello schema *binario* dell'art. 56 c.p. (III e IV c.) ⁽¹⁾.

È opportuno sottolineare fin d'ora che questa necessità, se sussiste in qualunque ordinamento più o meno esplicitamente orientato alla struttura " bifasica " del recesso ⁽²⁾, acqui-

⁽¹⁾ Questa terminologia viene qui consapevolmente adoperata in una accezione più ampia di quella della moderna sociologia del diritto: sulla natura, la funzione ed i vantaggi dello « schematismo binario » v. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 1972, v. II, soprattutto 176 ss. e *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, trad. it., 1978, 125 ss.

⁽²⁾ Cfr. ULSSENHEIMER, *op. cit.*, 2-3; JESCHECK, *Lehrbuch*, 437.

sta un rilievo del tutto particolare proprio in un contesto normativo, quale il codice penale italiano, che ricollega conseguenze profondamente diverse alla desistenza volontaria ed al pentimento operoso. Prendendo spunto da un famoso esempio ⁽³⁾, si può dire che se l'agente, dopo aver spedito la scatola di dolci avvelenati, riesce a rientrarne in possesso a casa della vittima prima ancora che questi l'abbia aperta, la problematica della delimitazione presenta un rilievo meramente teorico in tutti i sistemi penali dove si prevede la stessa disciplina — ad esempio l'impunità — tanto per la desistenza dall'azione quanto per l'impedimento dell'evento. Stabilito che il caso di specie è *comunque* riconducibile alla sfera normativa del recesso dal delitto tentato, è infatti assolutamente irrilevante preoccuparsi del suo ulteriore inquadramento all'interno dello schema dicotomico del recesso stesso. Invece, è sempre essenziale risolvere la questione nell'un senso o nell'altro in un ordinamento penale come il nostro, dove dalla soluzione adottata dipende la scelta tra i poli dell'alternativa: punibilità — non punibilità del tentativo.

2. - I limiti applicativi dei due istituti sembrano emergere « chiaramente » dal testo della norma, che fissa l'ambito di oscillazione del recesso tra due estremi esplicitamente definiti: l' *azione punibile* e l' *evento delittuoso* ⁽⁴⁾. Il termine ultimo perché possa aversi una *desistenza* efficace consisterebbe nel momento immediatamente precedente al completamento del-

(3) Come per tutti gli esempi di cui si serve la teoria del recesso, è veramente difficile attribuirne con certezza la paternità: quello di cui si parla nel testo costituisce una variazione di un esempio fatto, tra gli altri, da IMPALLOMENI, *L'omicidio*, 1900, 319.

(4) PISAPIA, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, 1970, 120. Importante è sottolineare che *tutta* la teoria del recesso concorda sia sul merito di questo approccio al problema della delimitazione e sia, soprattutto, nel rilievo — anche se non sempre esplicito — che l'esame della formulazione testuale dell'art. 56 III e IV c. offrirebbe senza sforzo gli elementi per operare la delimitazione.

l'azione esecutiva; quando questa sia compiuta, rimarrebbe spazio solo al volontario intervento impeditivo dell'evento, insomma al *pentimento operoso* dell'agente (5).

Accertare se il recesso del soggetto costituisca desistenza o pentimento sarebbe perciò indagine di mero fatto, che impegna il giudice a rilevare *ex post* il decorso naturalistico degli accadimenti. La sua attenzione deve qui soffermarsi sull'*ultimo* atto della condotta del reo, e procedere poi a ritroso nell'analisi della catena causale cui si connette il *non* verificarsi dell'evento. Stabilire così la *qualità* del nesso che intercorre sul piano causale tra i due termini del rapporto: la condotta dell'agente e la mancanza dell'evento. Dalla correlazione dei c. III e IV dell'art. 56 risulterebbe così positivizzato un criterio di distinzione che sembrerebbe sicuro e di facile attuazione, proprio perché richiederebbe un semplice accertamento da condursi col metodo della rilevazione *ex post* degli svolgimenti dell'episodio: più precisamente, attraverso un giudizio postumo sul *grado* di sviluppo del fatto al momento del recesso e sul *tipo* di attività svolta dall'agente per interrompere il tentativo. Dal risultato di questa operazione meramente *ricognitiva* discenderebbe l'inquadramento del recesso nell'ambito della desistenza esimente o del pentimento attenuante. Chiameremo questo criterio di delimitazione *criterio ex post* (6).

Procedendo in questo modo — è vero — non si incontra spesso alcuna difficoltà nello stabilire se il recesso dal delitto tentato configuri l'ipotesi prevista dal III c. dell'art. 56 c.p. o piuttosto quella di cui al comma successivo. Alcune situazioni recentemente verificatesi nella prassi sono al riguardo emblematiche. Così, ad esempio, il fatto di colui che,

(5) V. per tutti ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 404-5; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 396-7; BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 542-3.

(6) Con grande chiarezza, seppur con termini diversi da quelli del testo, questo procedimento è descritto, per esempio, da PAGLIARO, *Principi*, cit., 503.

avendo inferto a taluno due colpi di coltello alla zona toracica, si rese conto dell'imminente pericolo di vita della vittima e ne scongiurò la morte affrettandosi a richiedere l'intervento di un medico. O ancora il caso dell'innamorato respinto che una sera, dopo aver investito violentemente con l'auto l'ex-fidanzata che si allontanava in bicicletta dal luogo dell'incontro, si diede poi cura di accompagnare sul posto un medico, che prestò i primi soccorsi (7).

Qui non sorge la minima incertezza nell'inquadrare immediatamente queste ipotesi nello schema normativo del pentimento operoso: a prescindere dal fatto che già il comune senso giuridico ci segnala come la sfera concettuale della desistenza dall'azione è di gran lunga superata, è agevole constatare — *a posteriori* — che la mancata consumazione del reato costituisce l'effetto di un'attività di tutela *distinta* e *successiva* all'esaurimento dell'attività esecutiva dell'agente. L'aggressione al bene protetto ha raggiunto un grado di sviluppo estremamente *elevato*, assai prossimo alla distruzione del bene stesso. Che ciò non sia avvenuto si riporta sul piano causale all'ultimo atto posto in essere dal reo: un atto con finalità di tutela che effettivamente consegue lo scopo (8).

(7) Entrambe le situazioni qui riportate si sono presentate di recente all'esame della giurisprudenza tedesca; vedile rispettivamente in *BGHSt* 1968, *Bd.* 21, 216 ss. ed in *BGHSt* 1971, *Bd.* 24, 48 ss. (quest'ultima anche in *Jur. Schulung* 1971, con nota di BRINGEWAT: *Kenntnis des Verletzten und tätige Reue*, 403 ss. e risposta di BAUMANN: *Noch einmal: Kenntnis des Verletzten und tätige Reue*, 631 ss.).

(8) Alla configurazione del pentimento operoso è infatti indispensabile un effettivo impedimento dell'evento: le buone intenzioni non bastano, perché « mettendo in moto gli avvenimenti il soggetto si è venduto al caso » (così, efficacemente, SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allg. Teil*, 1975, 627). Su questo principio la giurisprudenza è costante: v. per esempio, Cass. 28.4.1961, in *Mass. Ann. Cass. pen.* 1961, 901 e di recente Cass. 23.9.1977, in *Riv. pen.* 1977, 964. Pieno accordo anche in dottrina: per tutti, JESCHECK, *Lehrbuch*, 441; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, § 24, (ESER) 312, n. 61. Va ricordato che il § 24 StGB concede l'impunità al recedente che si sia « adoperato volontariamente e seriamente » ad impedire il reato quando l'evento sia stato evitato da altre cause: e ciò costituisce l'accoglimento di una istanza che la dottrina tedesca aveva tenacemente sostenuto sotto il codice precedente (v. JESCHECK, *Lehrbuch*,

3. - Ma veramente le cose sono sempre così lineari come in questi casi? Uno sguardo ad un diverso tipo di situazioni fa vedere chiaramente come la delimitazione tra le due sfere del recesso sul filo di questo criterio diventa estremamente problematica, ed esposta a rilevanti margini di dubbio.

È indicativa la casistica inerente al recesso dal tentativo di aborto, su cui la giurisprudenza si è espressa in termini esattamente antitetici. Se la donna che si è fatta introdurre una cannula in vagina la estrae volontariamente dopo un lasso di tempo più o meno breve, comunque sufficiente ad evitare di per sè che l'aborto si verifichi, viene realizzata un'ipotesi di desistenza non punibile: così ha deciso talvolta la Cassazione, sul presupposto che l'estrazione della cannula costituisca interruzione dell'azione esecutiva del reato⁽⁹⁾. Nella medesima situazione, però, ha optato all'opposto per il pentimento operoso: la desistenza volontaria dall'azione è appunto interruzione dell'attività di esecuzione, ha ragionato stavolta la Cassazione⁽¹⁰⁾, ed ha concluso — evidentemente — che nel caso di specie l'attività di esecuzione si fosse esaurita con l'introduzione della cannula in vagina.

Quale di queste due interpretazioni è corretta? Con lo

II Auflage, cit., 411). Con questo non sono però risolti tutti i problemi: rimane per esempio da accertare come regolare le ipotesi di errore sull'efficacia dell'azione impenitente (per l'impunità del recesso presunto: SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, cit., 321 n. 64 e 314 n. 23; C. SCHRÖDER, *Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch*, in *Jur. Schulung* 1962, 82; per la punibilità del tentativo: JESCHECK, *Lehrbuch*, 441), e come regolare i casi in cui l'attività di tutela dell'agente viene frustrata dall'intervento autonomo di terzi o dallo stesso soggetto passivo (l'orientamento prevalente è per l'impunità: v. ancora JESCHECK, *Lehrbuch*, 441; OTTO, *Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht*, in *Fest. Maurach* 1972, 99; MUÑOZ-CONDE, *Der Misslungene Rücktritt*, in *Goldammers Archiv*, 1973, 34 ss.). A questa problematica non sembra interessarsi troppo, in verità, la moderna dottrina italiana del recesso (v. qualche accenno in LATAGLIATA, *Desistenza*, cit., 55).

(9) V. la massima in JANNITTI PIROMALLO, *Esposizione critica della giurisprudenza sul codice penale. Nella sua attuazione dal 1941 ad oggi*, v. III, 187, IV, 2.

(10) Cass. 17.7.1940, in *Riv. pen.* 1940, 818, n. 2616.

strumento interpretativo di cui fin qui si dispone è difficile dirlo. Ed il *Rechtsgefühl* ci aiuta ancor meno ⁽¹¹⁾.

L'analisi *ex post* del grado di sviluppo del fatto e delle modalità di interruzione del tentativo non riescono a fornire un risultato *sostanzialmente* appagante: questo è il motivo per cui la Cassazione, applicando il medesimo schema interpretativo, perviene a risultati diametralmente opposti, ciascuno dei quali può segnare punti a suo vantaggio ed avanzare pretese di validità.

È vero infatti, da una parte, che con l'introduzione della cannula in vagina l'*azione esecutiva* del reato sembrerebbe compiuta. Ma d'altra parte appare difficile considerare la semplice estrazione della cannula non come interruzione dell'attività abortiva bensì come condotta impeditiva dell'*evento*, rilevante perciò solo nei limiti dell'art. 56 IV c. . Il confronto con le ipotesi precedentemente illustrate rende forse esplicito il fondamento razionale di queste prime perplessità.

L'aspetto in cui questi ultimi esempi differiscono profondamente dagli altri risiede infatti non tanto nella *forma* — per così dire — meno appariscente in cui si manifesta l'attività di tutela, quanto piuttosto nel fatto che il solo allontanamento della sonda dalla vagina non possiede quel carattere di "rottura dinamica" del tentativo che caratterizza l'azione impeditiva dell'evento come momento antitetico e soprattutto autonomo rispetto all'attività anteriormente svolta.

E del resto l'atto che è qui sufficiente a garantire il buon esito del recesso si realizza in una fase in cui il disvalore oggettivo del fatto, che si esprime nella misura dell'aggressione

(11) Un tentativo di definizione abbastanza ben riuscito del concetto di *Rechtsgefühl* è contenuto ora in BIHLER, *Rechtsgefühl, System und Wertung*, 1979, 59; sull'importanza e la concreta incidenza del *Rechtsgefühl* nella *Rechtsfindung* v. soprattutto 90 ss.

al bene tutelato ⁽¹²⁾, è così poco elevato da non trovare riscontro nelle situazioni precedentemente esaminate. Cosicché, se da un punto di vista *formale* sembra forse più corretto l'inquadramento nello schema normativo del pentimento operoso, sul piano *sostanziale* queste ipotesi di recesso dal tentativo di aborto sembrano senz'altro più prossime alla sfera di valore della desistenza volontaria. Nell'impossibilità di risolvere convincentemente l'alternativa nell'un senso o nell'altro risiede la prova della superficialità dell'approccio che attraverso un'interpretazione meramente esegetica dell'art. 56 III e IV c. ritiene di delimitare le due sfere del recesso.

4. - Si può trarre perciò una prima indicazione: l'applicazione del criterio *ex post* rende la distinzione tra desistenza e pentimento in talune situazioni arbitraria. Così inteso, il criterio è perciò inaccettabile perché può condurre a soluzioni cui difettano i requisiti minimi che qualunque decisione giuridica deve possedere per essere normativamente « giusta » in un sistema di diritto penale codificato ⁽¹³⁾: 1) la conoscenza della norma astrattamente applicabile e della fattispecie concreta che potrebbe esservi ricondotta non dà nessuna « apprezzabile garanzia » sulla *prevedibilità* del risultato ⁽¹⁴⁾; 2)

(12) V. per tutti JESCHECK, *Lehrbuch*, 185 ss. e 709. In particolare, per quanto riguarda il delitto tentato, STRATENWERTH, *Die fakultative Strafmilderung beim Versuch*, in *Festgabe zum Schweizerischen Juristentag*, 1963, 264; PETROCELLI, *Il delitto tentato, II Ristampa* 1966, 23 ss.

(13) Su questo tema è praticamente impossibile qualunque nota bibliografica almeno lontanamente esauriente, come è noto al lettore più informato. V. perciò, a titolo meramente esemplificativo, ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972, 46 ss., 202 ss.; ALEXI, *Theorie*, cit., 264 ss.; i contributi di ELLSCHEID, *Das Naturrechtsproblem in der neueren Rechtsphilosophie*, 23 ss., soprattutto 34 ss., di HASSEMER, *Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz*, 72 ss. ed in particolare 77 ss., e di SCHNEIDER/SCHROTH, *Sichtweisen juristischer Entscheidung. Argumentation und Legitimation*, 254 ss. ed in particolare 264 ss., nel volume a cura di KAUFMANN ed HASSEMER: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 1977.

(14) V. ancora HASSEMER, *Rechtssystem*, cit., 75-6; Id., *Automatisierte und*

il risultato stesso non è stringente nelle argomentazioni che lo sostengono perché esse sono *ambivalenti*, in quanto possono legittimare anche la validità della conclusione opposta ⁽¹⁵⁾.

La casistica dell'aborto è servita ad introdurre in termini di concretezza l'analisi del criterio di delimitazione che abbiamo chiamato *ex post*. Di questo criterio sappiamo ancora poco. Soprattutto non è chiara la sua portata *complessiva* (potrebbe *non* funzionare *solo* per il recesso dal tentativo di aborto), nè è del tutto chiaro il meccanismo di derivazione di questo criterio da un'interpretazione dell'art. 56 III e IV c. palesemente orientata — su ciò non c'è dubbio — al metodo c.d. testuale ⁽¹⁶⁾. Su queste linee direttive deve perciò proseguire la ricerca.

Il criterio dell'analisi postuma sembra articolarsi, come si è detto, in due distinte fasi: la rilevazione del *grado* di sviluppo dell'azione esecutiva al momento del recesso e l'esame del *tipo* di condotta impeditiva dell'evento. Con riferimento ai due diversi gruppi di ipotesi testè considerati (rispettivamente: tentato omicidio e tentato aborto) è necessario chiedersi *perché* questo criterio si dimostra praticabile nei

rationale Strafzumessung, in *EDV und Recht*, Bd. 4, *Gesetzesplanung*, 1972, (95 ss.) 113.

(15) Come è stato ancora di recente ribadito, « ogni motivazione di una decisione solleva implicitamente la pretesa di un'argomentazione stringente e consistente » (BÜLLEBACH, *Methoden zur Rekonstruktion von Gerichtsurteilen*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft n. 14, 1980, 128): quando invece questa pretesa si rivela di fatto infondata, alla motivazione manca la condizione *minima* indispensabile per potersi dire « riuscita », in quanto la decisione non è « ricostruibile », non discende cioè logicamente dalle argomentazioni espresse ed implicite con cui essa è in relazione (ALEXY, *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Bd. 14, 1980, 184).

(16) Su questo ben noto metodo interpretativo ci limitiamo a segnalare alcuni « classici »: LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, III Auflage, 1975 307 ss.; ENGISCH, *Methoden der Strafrechtswissenschaft*, Teil I, in *Enzyklopädie der Geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden*, 1972 (39 ss.), 47 ss.; HRUSCHKA, *Das Verstehen von Rechtstexten*, 1972, 27-41; PARESCHE, voce *Interpretazione*, in *Enc. del diritto*, v. XXII, 1972 (152 ss.), 223 ss.

primi e fallisce invece negli ultimi casi prospettati. La risposta è la seguente: questo criterio è troppo *indifferenziato* rispetto alla funzione discretiva che deve svolgere. È perciò comprensibile che talune volte funzioni, altre no. Funziona per i reati commissivi che presentino, nei casi concreti, un *iter criminis* — per così dire — lineare, in cui l'azione esecutiva appare cioè ben nitida, naturalisticamente definita, temporalmente separata dal prodursi del suo effetto. Qui è facile mettere alla prova — con successo — il criterio *ex post*. L'agente colpisce la vittima, la scaglia nel fiume, la induce a bere la pozione avvelenata, presenta all'assicurazione la richiesta truffaldina, dà fuoco alla parete della baracca⁽¹⁷⁾, etc.: in questi casi è agevole giudicare il *grado* di sviluppo dell'azione esecutiva; ancor più semplice è l'esame del *tipo* della condotta di tutela quando l'autore ha poi trasportato la vittima in ospedale, l'ha tratta in salvo dalle acque, le ha dato il contro-veleno, ha presentato " confessione " scritta all'assicurazione, ha spento le fiamme prima che si propaghino, etc. L'inquadramento di queste ipotesi nello schema normativo del pentimento operoso non suscita alcun dubbio: l'applicazione del criterio discretivo *ex post* fornisce risultati del tutto univoci in relazione ad *entrambi* gli elementi su cui il criterio si articola.

(17) Non è esagerato affermare che questi esempi sono ormai tratteggiati per la teoria del recesso: soprattutto quello dell'avvelenamento seguito da contro-veleno e quello del lancio nel fiume con successivo tuffo di salvataggio si ritrovano pressoché ininterrottamente da almeno 400 anni nella letteratura sul recesso: per esempio MENOCHIO (1532-1607), uno dei « padri » del reato mancato, per illustrare il caso del conato in cui all'agente « *nihil agendum superest ad criminis perfectionem* », così scriveva alla fine del '500: « *Sit exemplum in propinante alteri venenum causa homicidi, quod quidem venenum is bibit, sed ad mortem non nocuit, propter adhibita medicamenta* » (*De arbitrariis iudicium quaestionibus et causis, libri duo, casus CCCLX*, n. 20, 663 — citiamo da un'edizione del 1672). È indubitabile che per la loro estrema semplicità e chiarezza si prestano meravigliosamente a scopi didattici: non dovrebbe sfuggire però che come base esemplificativa per la discussione scientifica sul pentimento operoso tali esempi sono, da soli, largamente insufficienti, e perciò pericolosi.

Ma le cose non sono sempre così semplici: ed il guaio è che la praticabilità del criterio in questione si assottiglia, quasi svanisce, proprio là dove maggiore è l'esigenza del metro *normativo* di distinzione ⁽¹⁸⁾. La casistica dell'aborto, che è servita a dimostrare questo assunto, consente qualche ulteriore riflessione, con cui è forse possibile precisare quale sia — al di là delle insufficienze più strettamente connesse alle caratteristiche strutturali della tipologia prospettata — il limite “ interno ” del criterio di delimitazione *ex post*.

A ben guardare, questo criterio si articola solo *apparentemente* nei due momenti ormai noti: l'accertamento “ in due fasi ” che dovrebbe guidare l'inquadramento della condotta di tutela nella corrispondente ipotesi di recesso si riduce, di fatto, alla rilevazione empirica della interferenza causale con cui l'agente interrompe le modificazioni *in corso* nella sfera del bene aggredito. Si riduce, insomma, *solo* alla seconda fase. La prima, cioè appunto l'analisi del *grado di sviluppo* raggiunto dall'azione esecutiva al momento del recesso, è in realtà “ di facciata ”: si tratta infatti di un semplice corollario che scaturisce per via logico-deduttiva dall'argomentazione che lo precede. Gli esempi dell'omicidio, dell'avvelenamento, della truffa, non sono stati scelti a caso né selezionati in un'unica direzione: sono invece i *solì* su cui la teoria e la prassi dell'art. 56 c.p. hanno elaborato il criterio di delimitazione in esame ⁽¹⁹⁾.

(18) Sono questi i casi nei quali la decisione — secondo BIHLER — deve essere presa « ohne Rechtsgefühl »: la decisione deve discendere « solo dal sistema », senza il controllo « personale » dell'interpretazione (*op. cit.*, 91); per l'approfondimento teorico di questo problema v. ancora BIHLER, *op. cit.*, 92 ss.

(19) Per quanto riguarda la teoria, v. gli Autori cit. in n. (15) dell'Introduzione. In ciò risiede una causa non secondaria delle insufficienze della dottrina del recesso: entrando, senza accorgersene, in un circolo vizioso, essa ha infatti costruito la teoria dell'art. 56 IV c. ritagliandola su pochi schemi esemplificativi tralattati, ed all'uopo “ anticipati ”, sui quali non ha probabilmente riflettuto abbastanza; con la conseguenza che poi, ovviamente, le sue impostazioni si rivelano fruttuose solo

5. - Questa constatazione imprime alla ricerca una svolta precisa: l'indagine deve compiere un passo indietro ed acquisire le peculiarità della casistica presa a modello, accertare se vi sia alla base un "tipo" fondamentalmente comune alle diverse fattispecie in questione, deve eventualmente esaminarlo in relazione ai due momenti — ormai noti — su cui si articola il criterio *ex post*. Questa casistica — che chiameremo « di riferimento » — si presenta poco articolata: tentativo di omicidio, di truffa, di incendio. Le modalità dell'azione esecutiva sono — in questi esempi — estremamente standardizzate, così come le forme assunte dalla condotta di tutela. Il tentato omicidio si svolge mediante lesioni gravi, avvelenamento, annegamento; la truffa, mediante richieste infondate di risarcimento; l'incendio viene applicato alle pareti della baracca. In tutti questi casi l'autore "osserva" le conseguenze del suo operato, si pente, neutralizza la causalità in svolgimento: la corsa in ospedale, il ritiro della richiesta truffaldina, lo spegnimento del principio d'incendio⁽²⁰⁾. Questi esempi presentano alcune *costanti*: 1) l'attacco al bene giuridico ha già raggiunto uno stadio avanzato di *lesione*; 2) la gravità della lesione è in progressione rapidamente crescente; 3) l'azione di tutela "blocca" il decorso causale quasi nell'ultimo momento utile a consentire il salvataggio del bene. Quest'azione possiede, sotto il profilo causale, una qualità *evidente*⁽²¹⁾: è *antitetica* al prodursi del risultato tipico. Es-

se applicate a casistiche che presentino una struttura uguale o comunque sostanzialmente affine a quella "anticipata".

(20) Le caratteristiche strutturali di questa casistica possono dunque così sintetizzarsi: a) reati commissivi, b) con esecuzione monosoggettiva, c) evento naturalistico, d) del cui progressivo avvicinarsi il soggetto ha continua conoscenza, e) mantiene inoltre una costante *chance* di intervento nel decorso causale, f) tra il momento conclusivo dell'attività delittuosa dell'agente ed il subentrare dell'evento intercorre un breve lasso di tempo, g) l'attività impeditiva è piuttosto "vistosa". Alla struttura di questa casistica « di riferimento » si farà molto spesso richiamo nel prosieguo della ricerca.

(21) Ciò spiega appunto come mai la dottrina, se si sofferma già poco ad il-

sa rappresenta senza dubbio la fase più *significativa* dell'episodio: da essa si traggono gli elementi più pregnanti per la valutazione penale del fatto, in essa si rinengono spunti decisivi per la valutazione legale della persona del reo (22).

Nei casi di recesso dal tentativo di aborto presentatisi al vaglio della giurisprudenza il criterio *ex post* non può funzionare. Introduzione della cannula in vagina, permanenza più o meno breve, estrazione: qui non si realizza *nessuno* degli elementi su cui è costruito lo "schema". L'attacco al bene *non* ha ancora prodotto danni di alcun genere: c'è — al più — un pericolo che va lentamente crescendo. La condotta di tutela non è antitetica al *risultato* (l'aborto) ma all'*azione* che doveva produrlo (introduzione della cannula) e *non* interviene a scongiurare alcun danno *imminente*: nella sua qua-

lustrare le caratteristiche della condotta aggressiva del bene tutelato, indugia ancor meno a precisare la struttura oggettiva dell'azione di tutela, e soprattutto non avverte la necessità di controllare se in quello specifico tipo di impedimento dell'evento si esaurisca appunto la previsione normativa dell'art. 56 IV c. al riguardo. Se questa analisi, che sarebbe stata invece essenziale, viene omessa, o per meglio dire, se nemmeno viene in considerazione l'opportunità di una tale verifica, è appunto perché le caratteristiche dell'attività impeditiva necessaria alla configurazione del pentimento operoso sembrano *evidenti*: non ci sarebbe perciò alcun bisogno di discuterle approfondendo il significato di questo fondamentale requisito di fattispecie dell'art. 56 IV c. Sul significato ed ilimiti dell'«evidenza», da un punto di vista generale, v. ESSER, *Vorverständnis* cit. 173 ss.; su questo problema rimangono di grande attualità le pagine critiche di SCHLICK (il fondatore del famoso «circolo viennese»): CARNAP, NEURATH, etc.), *Allegemeine Erkenntnislehre*, 1979 (ristampa della II ed. 1925), 171 ss.; più di recente, v. ancora A. SCHREIBER, *Theorie und Rechtsfertigung*, 1975, 134 ss., con particolare riguardo al problema del rapporto tra *Widerspruchsfreiheit* e concetto di *evidenza*.

(22) Da una parte ciò è particolarmente evidente in quegli orientamenti che proprio concentrando nell'azione impeditiva il significato *complessivo* e *sintetico* dell'episodio propugnano l'equiparazione, quanto agli effetti penali, del pentimento alla desistenza (v. n. 18 e 19, Intr.); dall'altra, ciò è ancora palese quando nell'attività di tutela svolta dal recedente si crede di poter identificare un elemento sintomatico dell'attenuata capacità a delinquere del reo (v. MESSINA, *op. loc. cit.*), o comunque, facendo appunto leva sull'azione conforme all'ordinamento, si introducono nella discussione sulla *ratio* e sui problemi applicativi del recesso argomenti connessi alla pericolosità dell'autore (v. BURKHARDT, *op. cit.*, 94 ss.).

lità peculiare *non* si presenta *evidente*. Essa perciò *non* è significativa — almeno non come il *modello di azione* da cui dipende la legittimazione concettuale del criterio.

Venuto meno il punto di riferimento “ reale ” per operare la delimitazione tra desistenza e pentimento, la giurisprudenza è costretta a ricorrere a quello “ apparente ”: la *completezza o meno dell'azione esecutiva*. Ne deriva un risultato insoddisfacente, che non dà alcuna garanzia di certezza. Ma come potrebbe essere altrimenti? Il solo riferimento al compimento dell'azione esecutiva costituisce un dato eminentemente formale, privo della consistenza necessaria a spiegare la rilevanza dell'effetto penale che dovrebbe esservi connesso. Avulso dal collegamento con l'incombente prodursi del danno al bene tutelato — cioè appunto l'aspetto *sostanziale* dello schema *ex post* — la delimitazione diventa problematica, il rischio di decisioni difformi in casi simili si profila da vicino. La giurisprudenza è lo specchio fedele di questa realtà: una realtà che dimostra in maniera esemplare come il ragionamento giuridico diventa inevitabilmente astratto, aprioristico, fine a se stesso, sempre più lontano dalla concretezza dei problemi a misura che vada perduto il contatto con la vita, con quei “ momenti ” di vita di cui la norma stessa è espressione ⁽²³⁾.

6. - Talvolta la teoria del recesso sembra non accorgersi di ciò: può perciò tranquillamente sostenere, applicando il criterio *ex post* in versione “ monofase ”, che si pente ai sensi dell'art. 56 IV c. c.p. colui il quale « avendo acceso una miccia col fine di cagionare un incendio, la spenga, così da impedire che l'incendio divampi » ⁽²⁴⁾. Più di frequente, in-

(23) V. al riguardo le bellissime pagine di CAPOGRASSI: *Il problema della scienza del diritto*, ora in *Opere complete*, v. II (379 ss.), 487 ss.

(24) BOSCARELLI, *op. cit.*, 152. Questo esempio è tutt'altro che insolito per la teoria del recesso, soprattutto quella di lingua tedesca: si ritrova infatti, tra gli

vece, si rende conto che le cose non sono affatto così semplici.

L'impraticabilità del criterio *ex post* in situazioni che chiameremo — per brevità — *atipiche* (scil. rispetto a quelle su cui il criterio fu costruito) si rivela palese non appena si trasferisca lo schema interpretativo dal piano meramente didattico-esemplificativo alla realtà di una situazione concreta: quando l'agente ha realizzato tutto quanto necessario *da parte sua* alla produzione del risultato, ma sono tuttavia indispensabili *altri* atti affinché l'evento si verifichi — da parte di terzi ignari, di complici, della vittima stessa — deve considerarsi *compiuta* l'azione esecutiva oppure no? La bevanda mortale è stata porta dal cameriere — estraneo ovvero partecipe del disegno criminoso — alla vittima ignara, oppure l'agente l'ha consegnata egli stesso al soggetto passivo: che accade se il reo strappa — o fa strappare — il bicchiere dalle labbra della vittima che si accinge a bere? (25).

altri, più o meno negli stessi termini, in BUSCH, *Leipziger Kommentar, IX Auflage*, 1970, § 43 n. 29; BLEI, *Strafrecht, I. Allgemeiner Teil*, 1977, 213; MAURACH-GÖSSEL-ZIFF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 5 Auflage*, 1978, § 41 V A, GÖSSEL), 39: non bisogna dimenticare però che lo *StGB* prevede l'impunità anche per il pentimento operoso, cosicché l'inquadramento di questo tipo di casistica all'interno della normativa sul recesso si presenta, per la letteratura tedesca, in una prospettiva e, soprattutto, con un rilievo del tutto diversi rispetto al nostro codice. In altri termini, se è forse comprensibile che per illustrare meglio la struttura del pentimento operoso la teoria del recesso si serva anche di esempi del genere — i quali rimangono comunque certamente indicativi di un certo atteggiamento interpretativo — fintantoché la delimitazione abbia un carattere meramente accademico, le cose stanno invece ben diversamente — anche sul piano meramente didattico-espositivo — quando dall'esito della delimitazione derivano differenti conseguenze penali. Su questi aspetti v. in particolare Parte III, § 1.

(25) Quando l'interruzione di tentativi di questo genere si verifica per circostanze indipendenti dalla volontà del colpevole, negli ordinamenti che mantengono la distinzione tra tentativo compiuto ed incompiuto — con le rispettive e distinte sanzioni — il problema della delimitazione si pone ovviamente già sul piano del delitto tentato: è quanto accade per esempio nel codice penale svizzero, dove l'art. 21 prevede l'*unvollendeter Versuch* e l'art. 22 il *vollendeter Versuch* (v. al riguardo SCHULTZ, *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, Erster Band*, 1977, 243 ss.).

La divergenza rispetto al “ modello ” è rilevante. Secondo il “ modello ”, infatti, la vittima ha già bevuto il veleno, versa ormai in pericolo di vita: l'azione di salvataggio consiste nella somministrazione del famoso antidoto, nel trasporto d'urgenza in ospedale, etc. Nell'ipotesi testè prospettata, niente di tutto questo: non può sfuggire perciò la diversità delle situazioni, il diverso “ peso ” delle rispettive azioni di tutela. La teoria del recesso dispone di un solo strumento operativo, che è appunto il criterio di delimitazione fondato sulla completezza dell'azione esecutiva. Applicare questo criterio a situazioni “ atipiche ” del tipo di quella prospettata può rivelarsi estremamente pericoloso, soprattutto per chi abbia il senso del ridicolo. Così, per esempio, se il reo strappa il bicchiere dalle mani della vittima *prima* di aver lasciato *completamente* il calice, desistenza volontaria—impunità. Un attimo *dopo*, pentimento operoso—pena. La teoria del recesso è talvolta fortemente esposta al rischio di dover accettare anche conseguenze di tal genere ⁽²⁶⁾, un rischio di cui peraltro non sempre si mostra pienamente consapevole quando pone a base della distinzione il criterio *ex post*. Accade anche, però, che ne prenda invece atto e non se la senta di assumersi rischi del genere ⁽²⁷⁾: allora non le resta che cercare un “ espediente ”.

(26) Cfr. GALLO, *op. cit.*, 68-9.

(27) Ciò è particolarmente evidente quando la definizione del criterio di delimitazione viene subito integrata dalla precisazione — più o meno espressa — del concetto di azione esecutiva che viene di volta in volta accolto. In questo modo la teoria del recesso consegue un duplice obbiettivo: da una parte, legittima agevolmente — almeno in apparenza — il criterio di delimitazione *ex post*, derivandolo dall'interpretazione letterale dell'art. 56; dall'altra, si riserva mano libera nel correggerne i difetti — almeno quelli che riesce a vedere — plasmando nel modo più opportuno il concetto di azione esecutiva. È inutile dire che il problema viene così solo aggirato, ma non certo risolto: il concetto di azione esecutiva con cui si lavora — quale che esso sia — non è « a parte » rispetto al criterio di delimitazione, i suoi confini — insomma — non possono essere fissati *ad libitum*, senza cioè l'obbligo di giustificarli puntualmente in relazione all'art. 56 c.p., proprio perché è da questo “ concetto ” che viene a dipendere l'estensione normativa delle due sfere del recesso.

a) La “ *correzione* ” da apportare al parametro discrezionale è fin troppo evidente: è suggerita — né più né meno — dalla stessa casistica in esame. E la teoria del recesso è troppo impegnata a salvare “ in qualche modo ” il salvabile per non recepire acriticamente tali indicazioni: ciò costa però un prezzo, che prima o poi bisognerà pagare.

L’obbiettivo è semplice: innanzitutto, estendere l’azione esecutiva fino a farvi rientrare gli atti posti in essere da persone diverse dall’agente. Se queste persone sono complici, la soluzione è a portata di mano: non sovviene forse il “ principio ” — elaborato dalla dottrina del reato concorsuale — per cui l’azione collettiva è unica e inscindibile per tutti i concorrenti? Fintanto che l’agente interrompe atti posti in essere da complici *desiste* dall’azione collettiva e va perciò impunito (28). Sembra facile, ed in realtà lo è, lo è anzi troppo.

L’accettazione acritica della *correzione* “ suggerita dai fatti ” comincia a produrre i suoi frutti perversi. Quali essi siano, è presto detto: se il medico interrompe l’azione del complice quando questi ha già iniettato buona parte del veleno, anche se in quantità non ancora sufficiente a provocare la morte, *desiste* dal tentativo di omicidio. Se invece blocca *l’ignaro* infermiere quando costui ha appena iniziato a praticare l’iniezione mortale, pentimento operoso (29).

(28) V. GALLO, *op. cit.*, 69; RANIERI, *op. cit.*, 367.

(29) Nella letteratura di lingua tedesca è del tutto usuale l’opinione secondo cui il tentativo è compiuto, e dunque un successivo recesso può configurarsi solo come pentimento operoso, quando l’agente ha svolto la sua parte per la produzione dell’evento ma è ancora necessario che si aggiunga alla sua azione quella della vittima stessa perché il risultato possa verificarsi: come appunto nell’ipotesi che la bevanda avvelenata sia stata portata alla vittima, e che questa debba però ancora berla (così espressamente SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, cit., 634). Deve essere sottolineato ancora una volta che non è possibile accostare questi atteggiamenti della dottrina tedesca alle posizioni più o meno affini della teoria dell’art. 56 c. p.: non soltanto per i motivi già prima sottolineati (in n. 24), ma anche perché essi sono espressione di due approcci metodologici del tutto diversi nella sostanza, seppur a prima vista simili. Su questo punto si avrà modo di tornare più innanzi: Parte III, par. 1.

b) Questa soluzione non convince ovviamente nessuno. Il confronto tra le due ipotesi riporta così il ragionamento nelle secche che con l'*escamotage* dell' "azione collettiva" si credeva di superare. Adesso, infatti, a quale "principio" si farà appello quando l'atto che deve aggiungersi a quello dell'agente perché si produca il risultato lesivo proviene dal terzo *estraneo*? Una cosa sembra sicura: se è desistenza impunita la condotta di tutela del primo esempio, può inquadrare come pentimento operoso l'attività di tutela del secondo solo chi si assuma l'onore di spiegare in che modo la *qualità* dell'esecutore si rifletta nel criterio discretivo tra le forme del recesso. E questa spiegazione, per la verità, non l'ha ancora fornita nessuno. Chi volesse farlo, dovrebbe per altro farsi carico di un'ulteriore, non meno imbarazzante conseguenza connessa alla correzione fin qui esaminata del criterio *ex post*: dal punto di vista politico-criminale sembrerebbe infatti ben strano privilegiare, ampliandola, la sfera della desistenza nell'ambito dell'azione collettiva — di regola più pericolosa e perciò più severamente disciplinata ⁽³⁰⁾.

(30) Una prova recente è fornita dalla disciplina introdotta dal nuovo *StGB* a proposito del recesso dal reato concorsuale. Se infatti, nel silenzio del codice precedente su questo specifico punto, la giurisprudenza era prevalentemente orientata ad ammettere il recesso del partecipe con il semplice annullamento del contributo personale all'azione collettiva (così si legge nella motivazione dell'*Entwurf* 1962, 146), la dottrina aveva invece presto manifestato due opposti orientamenti, confluiti poi da una parte nell'*E* 1962, in cui si esigeva che in ogni caso il partecipe impedisse la consumazione del reato, dall'altra nell'*AE*, che si accontentava invece — nel § 26 II — dell'annullamento del contributo personale al fatto. Il nuovo codice accetta, in sostanza, l'impostazione restrittiva dell'*E* 62 — v. § 24 II — seppur apportandovi qualche mitigazione (v. ROXIN, *Einführung in das neue Strafrecht*, 1975, 23): quanto qui interessa notare è che ciò avviene appunto perché « un fatto, cui partecipano più soggetti, è di regola più pericoloso di quello commesso da una sola persona, e tale elevata pericolosità non viene eliminata con il semplice annullamento del singolo contributo causale » (così il *Sonderausschuss*, in *BT - Dr. V/4095*, 12). Per la critica di questo orientamento v. soprattutto GRÜNWARD, *Zum Rücktritt des Tatbe-teiligten im künftigen Recht*, in *Fest. Welzel*, 201 ss.; LENCKNER, *Probleme beim Rücktritt des Beteiligten*, in *Fest. Gallas*, 1973, 281 ss.; v. SCHEURL, *Rücktritt*, cit.,

— e restringerla invece nelle corrispondenti ipotesi di azione individuale. E farà bene a non trascurare, chi voglia assumersi l'onere suddetto, che sono ormai veramente finiti i tempi in cui si poteva sostenere la validità di un'interpretazione con argomenti del tipo: " nulla vieta che sia esatto dal punto di vista dommatico ciò che è invece sbagliato sotto il profilo politico-criminale " ! ⁽³¹⁾ Il tempo in cui i giuristi teorizzavano la « netta, chiara separazione » ⁽³²⁾ tra dommatica e politica criminale non può non sembrare remoto a chiunque sia appena superficialmente informato dei profondi rivolgimenti che la scienza del diritto penale ha subito soprattutto a questo riguardo negli ultimi 15 anni. Quale sia " la " soluzione del problema è tutt'altro che acquisito: certo è però che di soluzioni " dommaticamente " corrette ma di dubbia o palese inconsistenza nei loro aspetti politico-criminali il diritto penale non sa più cosa farne ⁽³³⁾.

75 ss. e 148 ss., e da ultimo SCHONKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, cit., (ESER), § 24, n. 84 ss., 324 ss.

(31) Un simile rilievo dovrebbe per esempio muoversi a R. v. HIPPEL (*Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch*, 1966) che nel quadro della sua visione sistematica, in cui il recesso viene inquadrato come elemento negativo del *Tatbestand* del delitto tentato (31 ss., soprattutto 58 ss.) non ha difficoltà ad ammettere che l'impunità del partecipe non recedente — conseguenza necessaria, in questa prospettiva, del recesso dell'autore principale — sarebbe certo « non meritata », un grazioso regalo, insomma, all'indirizzo del reo. Ciò non è tuttavia sufficiente né per indurlo a chiedersi se la normativa sul recesso non sia stata per caso concepita *solo* per il reo che appunto recede — o almeno crede, o almeno si sforza di farlo — né a ricordargli che la sistematizzazione delle regole del diritto penale, siano esse di parte generale o speciale, non può affatto svolgersi prima o al di là di qualsiasi considerazione delle *funzioni* concrete del sistema penale stesso. Uno sforzo sistematico che trascuri esigenze essenziali come queste è certamente destinato a creare — oltre tutto — più problemi di quanti invece ne risolve: così, per esempio, non può meravigliare che alla prevedibile obiezione degli inevitabili — o quanto meno probabili — " vuoti " i quali si aprirebbero nel sistema penale del recesso in una prospettiva di tal genere, venga semplicemente risposto che con un'adeguata modifica legislativa delle singole fattispecie interessate sarebbe sicuramente possibile chiudere nuovamente le crepe (v. v. HIPPEL, *op. cit.*, 42).

(32) V. a questo proposito il lucido quadro tracciato da ROXIN nel suo ben noto *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, II Auflage 1973, 1-8.

(33) V. ancora ROXIN, *op. ult. cit.*, passim, ed HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik*

La teoria del recesso sembra accorgersi di questa realtà — o almeno si comporta come se la percepisse. La discrasia posta in luce dalla tipologia testè esaminata può essere eliminata in più modi: il più coerente con la prospettiva che si cerca qui di ricostruire nei suoi progressivi sviluppi presenta anche il vantaggio di sottrarre il criterio *ex post* — nella sua ultima ristrutturazione — agli attacchi della politica criminale. Si tratterebbe di compiere un ulteriore passo ed estendere il concetto di « azione esecutiva » anche alla condotta dell'*extraneus*: l'agente che la interrompesse desisterebbe dal tentativo. Tale passo è stato appunto compiuto ⁽³⁴⁾.

Giustificare questa interpretazione ha richiesto però non pochi sforzi: si trattava infatti di trovare un elemento di unificazione tra atti per definizione *autonomi* gli uni dagli altri. Come ognuno vede, era indispensabile un *termine medio* perché l'opera di « cucitura » fosse in grado di soddisfare almeno le esigenze minime che la logica impone a qualunque ragionamento. Ma dove trovare un « ponte » che consentisse di condurre nell'ambito concettuale dell'*azione esecutiva* del reato atti *non* finalizzati alla commissione di alcun reato? Come procedendo a ritroso la ricerca si arresta, per così dire, all'ultima spiaggia: gli atti posti in essere dall'agente e quelli dell'*extraneus* hanno in comune — ai fini della sussunzione nel concetto di « azione esecutiva » di cui all'art. 56 III c.p. — la loro qualità *essenziale*: gli uni e gli altri costituiscono *attività umana* ⁽³⁵⁾. Questo il termine medio del ragionamento, il « ponte » cui la teoria del recesso aggancia la sostenibilità della nuova correzione. La soluzione di uno

und Kriminalpolitik, 1974, che anche mettendo a frutto una serie di recenti acquisizioni delle scienze sociali, riesce ad elaborare un'originale concezione metodologica e teorico-sistematica della politica criminale (65 ss.) e della dommatica (143 ss.), il che gli consente altresì di tracciare le linee di un loro corretto rapporto (195 ss.).

⁽³⁴⁾ V. ad esempio PISAPIA, *op. cit.*, 121; VANNINI, *Tentativo*, *cit.*, 42 ss.; PIOLETTI, *op. cit.*, 1157.

⁽³⁵⁾ Così esplicitamente VANNINI, *op. loc. ult. cit.*, e PIOLETTI, *op. loc. ult. cit.*

specifico problema del recesso sarebbe resa possibile, così, dal ricorso ad una argomentazione assai poco specifica: tutto ciò che è *attività umana* diretta all'evento potrebbe essere interrotto dall'agente — non conta il come nè il quando — col beneficio dell'impunità per desistenza ⁽³⁶⁾.

c) Arretrando progressivamente la linea di difesa, nell'intento di parare i colpi inferti ora dalla logica, ora dall'ermeneutica, ora dalla politica criminale, ora dal diritto positivo, la teoria del recesso è costretta a cambiare la *qualità* e lo *spessore* delle sue argomentazioni: le conclusioni cui essa perviene costituiscono *sempre meno* il risultato di un'attività interpretativa dell'art. 56 c.p. ripercorribile e controllabile con l'ausilio dei normali strumenti di cui si serve la scienza giuridica a tale scopo ⁽³⁷⁾, e rappresentano invece *sempre più* il portato di riflessioni episodiche — spesso avulse dal diritto positivo — cui si può tutt'al più riconoscere il merito di orientarsi almeno al buon senso. Com'è noto, il buon senso non basta però a garantire la correttezza del ragionamento giuridico, e tanto meno la sua coerenza complessiva. Quanto poi ai risultati, basta valutare quello testè riferito alla luce del seguente esempio. Tizio ha dato ordine ai suoi operai di far brillare la dinamite in miniera all'ora X. Senza che questi ultimi lo sappiano, a quell'ora saranno al lavoro altri minatori, che l'agente intende uccidere. Dato l'ordine, egli ha esau-

(36) Non è del tutto semplice comprendere come sia potuto accadere che la teoria del recesso abbia concentrato l'attenzione solo sull'*estensione* del concetto di azione esecutiva, ed abbia invece del tutto trascurato gli altri elementi *esterni* all'azione stessa. Potrebbe essere plausibile pensare che ciò è una conseguenza della prospettiva stessa in cui la dottrina inquadra questo problema: si conduce infatti una discussione in cui va sostanzialmente perduto l'indispensabile, continuo riferimento alla tematica della delimitazione tra le sfere del recesso.

(37) Per esempio, non è facile cogliere come si concili un criterio di delimitazione connesso con una interpretazione letterale dell'art. 56 III e IV c. con l'accoglimento di un concetto di azione esecutiva sicuramente *non aderente* alla lettera della legge, quale è quello in cui rientra anche la condotta dell'*extraneus*.

rito la *sua* parte: l'*azione esecutiva* si compirebbe però solo quando gli ignari minatori facessero brillare le cariche. Fino a quell'istante Tizio potrebbe dunque utilmente *desistere*, revocando l'ordine. E se invece si fosse servito di un congegno automatico, che egli stesso disinnesta — poniamo — nel medesimo istante in cui nell'esempio precedente aveva arrestato i minatori? Allora si sarebbe semplicemente pentito!

Il perduto ancoraggio alla situazione "tipica" su cui era stato — consapevolmente o meno — ritagliato il criterio di delimitazione, continua a produrre i suoi amari frutti. Come vivendo alla giornata, la teoria del recesso è stata costretta a risolvere ora questo problema ora quello, allontanandosi sempre più dalla prospettiva originaria: ma — quel che è più grave — è stata costretta a farlo senza un punto di riferimento *sostanziale*, capace di conferire ai suoi discorsi plausibilità ed un minimo di coerenza. Può perciò meravigliare che anche così modificato — così smisuratamente ampliato — il concetto di « azione esecutiva » si dimostri impraticabile?

La contraddizione da risolvere è ora la seguente: per l'agente sarebbe *sempre* più agevole desistere quando si avvale dell'opera di terzi — estranei o complici — piuttosto che quando agisce da solo. Questa soluzione è senza dubbio debole per diverse ragioni ⁽³⁸⁾. Elencarle tutte — e discuterle — significherebbe ora spezzare la continuità dell'analisi; sarà sufficiente perciò rilevare come una conclusione del genere non potesse non sembrare assurda proprio nel quadro di una prospettiva indiscutibilmente orientata — più o meno consa-

(38) Una è, per esempio, che sarebbe perlomeno strano stendere un « ponte d'oro » più corto a chi per recedere deve fare solo appello a sé stesso, e più lungo a chi invece può recedere solo attraverso un'attività di per sé più complessa, perché coinvolge anche terzi; un'altra è che in questo modo ancora una volta si favorirebbe il recesso dall'azione collettiva rispetto a quello dall'azione individuale: una indicazione criminal-politica opposta al consueto atteggiamento di maggior severità assunto dal legislatore verso la reità associata; ed altre ancora, secondo le diverse prospettive in cui si inquadrano il fenomeno del recesso.

pevolmente — all'ampliamento della sfera della desistenza ai danni di quella del pentimento. Come accettare allora l'esclusione dall'ambito dell'art. 56 III c. proprio delle condotte di tutela più semplici, meno appariscenti, in breve: più lontane dal " modello " di recesso attivo sotteso al criterio di delimitazione?

Per uscire dall'*impasse* non vi era che un modo: quando l'agente " interrompe " la sua stessa azione annullandola con una contro-azione recede mediante desistenza ⁽³⁹⁾. Colui che ha sostituito una normale iniezione con una fiala venefica, potrebbe così *desistere* finché l'iniezione non sia stata praticata ⁽⁴⁰⁾: cosicché se la sua telefonata avesse colto l'infermiere *nell'atto stesso* di iniettare il liquido mortale, si sarebbe comunque guadagnato — per la sua buona stella — l'impunità. Allo stesso modo, colui che posta la traversina sui binari riesca a toglierla ⁽⁴¹⁾, anche *nell'ultimo istante* utile ad evitare il deragliamento, e così via.

7. - Per questa strada, il cerchio sembra finalmente chiudersi. E i conti in fondo potrebbero anche tornare, sempre che — s'intende — si sappia farli nel verso giusto. Quale spazio rimarrebbe, infatti, all'applicazione dell'art. 56 IV c.? O meglio, in termini più espliciti e aderenti all'analisi fin qui condotta: quale sarebbe infine il « tipo » sotteso dalla normativa sul pentimento operoso? Non a caso, i soli esempi che si potrebbero ormai addurre sono quelli in cui il reo trae in salvo la vittima dalle acque, ovvero consegna alla

⁽³⁹⁾ V. MANZINI, *Trattato*, cit., 474; VANNINI, *op. loc. ult. cit.*; ERRA, *La desistenza volontaria nel tentativo*, in *Annali di dir. e proc. pen.*, 1937, 960; PIOLETTI, *op. cit.*, 1153; v. altresì CONTENTO, *op. cit.*, 54.

⁽⁴⁰⁾ Così PISAPIA, *op. cit.*, 121; un esempio pressocché simile in PIOLETTI, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁴¹⁾ Così ERRA, *op. loc. cit.*; per una serie di esempi strutturalmente simili a questo, e che configurerebbero appunto altrettanti casi di desistenza mediante contro-operazione, v. VANNINI, *op. cit.*, *ult. cit.*

stessa il provvidenziale contro-veleno, ovvero la trasporta in ospedale dopo averla gravemente ferita o investita, etc. ⁽⁴²⁾: da questo tipo di situazioni — i cui elementi strutturali sono ormai noti — deriverebbe appunto la norma di cui all'art. 56 IV c. . E soltanto in questo « tipo » di situazioni il recesso dell'agente assumerebbe le forme del pentimento operoso. Uno spazio ben misero per il recesso attivo, potrebbe pensare qualcuno, ma pur sempre uno spazio.

Con questa “ triste ” constatazione il discorso potrebbe considerarsi concluso, e la conclusione potrebbe essere per esempio la seguente: la realtà dell'art. 56 IV c. è di gran lunga inferiore alle apparenze, la norma dà ad intendere molto più di quel che effettivamente è; basta infatti ricondurla alla sua reale portata perché ogni problema trovi giusta soluzione.

Una conclusione di questo genere sarebbe assolutamente errata per almeno due importanti ragioni. In primo luogo, essa costituirebbe un'inammissibile *semplificazione* dello stato della *teoria* del recesso: da una parte, infatti, non verrebbe spiegato in alcun modo perché mai “ realtà ” ed “ apparenza ” dell'art. 56 IV c. siano — o debbano essere — tanto diverse; dall'altra, si darebbe per scontata la correttezza del procedimento con cui vengono risolti gli aspetti problematici della delimitazione, rinunciando così, in sostanza, a qualunque seria valutazione del risultato complessivo. In secondo luogo, una conclusione di tal genere non troverebbe il minimo riscontro nella *prassi* del recesso, che sembrerebbe infatti tutt'altro che convinta della validità del modello propositole: ciò viene inevitabilmente alla luce al cospetto di casistiche appena un po' più complesse ⁽⁴³⁾. Chiudere gli occhi dinanzi a

(42) Un tipo di recesso, insomma, che presenti le caratteristiche precedentemente descritte (v. par. 5; v. altresì nota n. 20): cioè appunto “ il ” tipo da cui deriva l'elaborazione teorica dell'art. 56 III e IV c.

(43) Come per esempio quella dell'aborto: v. *supra*, Parte I, par. 3.

questa realtà accontentandosi della " facile " conclusione suddetta sarebbe forse comodo, ma estremamente pericoloso: significherebbe infatti *sottovalutare* il rischio cui è esposto il sistema del recesso nelle mani di una giurisprudenza assolutamente priva di " lumi ", una giurisprudenza — insomma — del caso concreto (44).

In che senso la conclusione suddetta rappresenterebbe una *semplificazione* della teoria del recesso ed una *sottovalutazione* dei rischi cui è esposta la prassi deve essere precisato nelle pagine seguenti.

Quanto al primo punto, va sottolineato innanzitutto come al di là delle contraddizioni, della superficialità, dell'apriorismo che connota per tanti versi gli sviluppi della teoria del recesso esiste al fondo una *logica* al cui interno è possibile una ricostruzione piuttosto omogenea degli svolgimenti che si è venuti esaminando: il criterio di distinzione " intuitivamente " ritagliato su un modello ben definito di azione di tutela e su una situazione di pericolo precisa nel suo grado di sviluppo non poteva funzionare in casi solo *apparentemente* simili (45). Di qui i continui " adattamenti ", le acrobazie

(44) Come afferma giustamente HASSEMER, una giurisprudenza che deve decidere *ex novo* ogni caso è una giurisprudenza « irrazionale », perché non essendo in grado di misurare l'esattezza della sua decisione col metro degli strumenti a tal scopo elaborati dalla dottrina, finisce per porre nel *Rechtsgefühl* del giudice il criterio della sua validità (*Strafrechtsdogmatik*, cit., 20). V. anche KRIELE, *op. cit.*, 119 ss. e WIEACKER, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, in *Fest. Gadamer*, Bd. 2 (311 ss.) 335-6. Sul « diritto del caso concreto » v. invece NOLL, *Gesetzgebungslehre*, 1973, 186-8.

(45) Sotto il profilo metodologico-conoscitivo, alla teoria del recesso si dovrebbe perciò far carico non certo di essersi lasciata guidare dal suo *Vorverständnis*, dai suoi *pre-giudizi* circa l'art. 56 IV c., ma piuttosto di averlo fatto senza la necessaria consapevolezza critica: il che le avrebbe appunto consentito di non « dar seguito » (*vollziehen*) semplicemente alle sue « anticipazioni », ma piuttosto di verificarle e correggerle nel corso dello stesso procedimento ermeneutico (sui modi ed i problemi del conoscere v. le limpide pagine di GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 4. Auflage, 1975, 251 ss.; di recente, nello stesso senso, v. anche HINDERLING, *Rechtsnorm und Verstehen*, 1971, 17 ss. e 142 ss.).

dialettiche, spesso audaci, volte a innovare *nella sostanza* senza rinunciare all'ancoraggio *formale* al punto di partenza.

Tutto ciò ha però un prezzo, che l'art. 56 IV c. non può pagare. L'art. 56 IV c. non può permettersi, infatti, una teoria del recesso in costante contraddizione con sè stessa, lacerata — come è — tra una *definizione concettuale* del pentimento operoso relativamente *ampia* ed una *definizione sostanziale* che ne riduce la sfera applicativa a livelli pressoché *insignificanti* ⁽⁴⁶⁾. Questo stato di cose preclude infatti alla teoria del recesso il raggiungimento di due obiettivi indispensabili al suo affinamento: la *comunicazione* e — di conseguenza — la *stabilizzazione* ⁽⁴⁷⁾.

a) La *comunicazione* è resa difficile — quasi impossibile — dalla crescente *equivocità* del linguaggio con cui si lavora: se un risultato hanno prodotto le numerose ristrutturazioni cui termini quali « azione esecutiva » o « attività impeditiva » dell'evento sono stati sottoposti, questo è sicuramente la perdita del significato *convenzionale* in cui tali espressioni erano storicamente consolidate. Il peggio è che la teoria del recesso — salvo rare eccezioni — non se n'è ac-

(46) Da una parte, infatti, il pentimento operoso coprirebbe l'enorme spazio concettuale compreso tra il compimento dell'azione esecutiva del reo ed il verificarsi dell'evento, dall'altra invece si riduce, già nella esemplificazione, a poco più che alle vecchie ipotesi dell'avvelenamento o del lancio della vittima nel fiume — caso, quest'ultimo, che prestando fede alla parola di MANZINI (*Trattato*, cit. 479) sembra essere peraltro realmente accaduto a Genova nell'ormai lontano 1922.

(47) Per una recente riaffermazione, dal punto di vista teorico e filosofico, del significato e del valore della *comunicazione* nella vita del diritto. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik*, in *Einführung*, cit., (1 ss.) 5 ss., 18 ss.; per una acuta analisi dei vantaggi ed anche dei problemi connessi allo sviluppo dei normali strumenti di comunicazione nei sistemi di diritto penale codificato, HASSEMER, *Rechtssystem und Kodifikation*, cit., 75-8. Di questo stesso Autore v., sulle prospettive di miglioramento del livello di comunicazione interna al sistema penale, *Automatisierte und rationale Strafzumessung*, cit., 100 ss., e per quanto riguarda il problema della *stabilizzazione*, come funzione primaria del lavoro dommatico, *Strafrechtsdogmatik*, cit., 176 ss.

corta, e non ha potuto perciò procedere all'indispensabile verifica delle trasformazioni *contenutistiche* che la sua terminologia aveva progressivamente assorbito. Ciò avrebbe potuto *non* essere un grave *handicap* solo ad una condizione: che questi cambiamenti si fossero realizzati — non importa quali — in modo *univoco* e comunque tale da coagulare continuamente *consenso* sulle evoluzioni del rapporto tra « significante » e « significato »⁽⁴⁸⁾ (nella terminologia della moderna semantica giuridica: designante — designato)⁽⁴⁹⁾. Questa condizione — com'è evidente — non si è realizzata e la teoria del recesso ha dovuto sopportarne le conseguenze. In primo luogo, come si diceva, un forte appesantimento delle condizioni del suo discorso scientifico: per comunicare proficuamente essa deve ogni volta chiarire il senso in cui impiega i suoi "termini"; un onore che comunque solo una ristretta parte di essa è in grado di assumersi, quella parte, cioè, che è consapevole di tale realtà. Per questi motivi, dunque, la teoria del recesso comunica (correttamente) poco e (frequentemente) male.

b) Ulteriore conseguenza è che diventa per essa difficile — quasi impossibile — *stabilizzarsi*, dotarsi cioè di uno strumento di lavoro sotto molti aspetti imprescindibile quale è appunto la c.d. *opinione dominante*⁽⁵⁰⁾. Di questo strumento qualunque dommatica seriamente interessata al suo corretto sviluppo ha grande bisogno. Quando un'interpretazione fondata su un nucleo più o meno ampio di concetti ed argo-

(48) Fondamentale, su questo problema, DE SAUSSURE, *Curso de linguistica general*, 11 Ed. 1973, 129 ss. (ed. spagnola).

(49) E.-J. LAMPE, *Juristische Semantik*, 1970, 12 ss.

(50) Sulla funzione "ambivalente" della « opinione dominante » nel ragionamento giuridico v. soprattutto LUHMANN, *Rechtssoziologie*, cit., Bd. 2, 289; v. tuttavia, con particolare riferimento alla fase dell'applicazione del diritto, HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik*, cit., 19 ss. Di recente, con accenti critici, ADOMEIT, *Juristische Methode und Sicherheit der Ergebnisse*, in *Juristenzeitung* 1980, (343 ss.) 344.

mentazioni riesce — lungo un arco variabile di tempo — a consolidare un consenso relativamente esteso, diventa infatti necessariamente più arduo il *confronto* con essa: l'« opinione dissenziente » è sottoposta — pena la sua rapida espulsione dalla discussione scientifica — ad un più intenso onere di motivazione, il che ha appunto per effetto non soltanto un'*arricchimento* (quantitativo) bensì anche un'*affinamento* (qualitativo) dello strumentario argomentativo di cui la dommatica *de qua* dispone ⁽⁵¹⁾.

La teoria del recesso, almeno quella — per altro cospicua — fin qui presa in esame, è ben lungi dall'aver raggiunto un tale stadio del suo sviluppo: il suo grado di *stabilità* è estremamente basso, e ciò costituisce appunto un effetto, certo più evidente di altri, delle carenze oggettive e dei limiti soprattutto qualitativi della sua comunicazione interna. Ma di questo si è già fatto prima cenno; è ora necessario discutere brevemente le *conseguenze* di questa situazione. Esse investono sia la teoria che la prassi del recesso.

La teoria del recesso è esposta ad un rischio molto serio: se non riesce — o non vuole — almeno incominciare a gettare lo sguardo al di là dei concetti di cui si serve, è improbabile che possa mai instaurare col suo oggetto un rapporto costruttivo. Di tale oggetto le resterebbe infatti sempre sconosciuta — in tutto o in parte — una caratteristica essenziale, che è la *complessità* del materiale dommatico su cui essa appunto lavora. Concretamente: essa corre il pericolo, per esempio, di *fraintendere* quale « opinione dominante » l'interpretazione secondo cui il compimento dell'azione esecutiva del reato segna il limite oltre il quale il recesso realizza lo schema normativo di cui all'art. 56 IV c., mentre invece il concetto di « azione esecutiva » è tutto sommato una semplice facciata, un involucro che racchiude più di un contenuto.

(51) Cfr. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., 327-8.

Quando la teoria del recesso non riesce a compiere nemmeno questo primo passo — come quasi sempre è — il suo lavoro non può essere che sterile: essa non fa che riprodurre un consenso solo *apparente*, inficiando così già in partenza le possibilità stesse di una discussione proficua⁽⁵²⁾.

Quando la teoria del recesso “intuisce” questa realtà, può almeno comportarsi in modo da non aggravarla: evitando per esempio l'ingenuo ricorso alla presunta « interpretazione dominante » dell'art. 56 IV c. ⁽⁵³⁾ per “alleggerire” le sue affermazioni dal relativo onere argomentativo.

Infine, solo quando la teoria del recesso diventa consapevole della *complessità* del suo oggetto può seriamente pensare di creare le premesse per modificare la situazione esistente⁽⁵⁴⁾. A tal riguardo due sono le mosse prioritarie. La prima consiste nell'analisi della *metodologia* dell'approccio tradizionale alla tematica della separazione delle sfere normative del recesso: il che significa — in concreto — centrare l'obbiettivo anche sul *Vorverständnis* dell'art. 56 IV c., per portarne alla luce l'origine ed i condizionamenti — recenti e remoti — che si riflettono con tanta evidenza anche sulla problematica della delimitazione. La seconda concerne la necessità di creare le condizioni minime perché la “ricostruzione” possa avvenire su basi più solide: rendendo per esempio di-

(52) Tra le conseguenze metodologiche più pregiudizievoli di questo stato di cose sono appunto: a) l'incapacità della dottrina del recesso di aprire espressamente un dibattito sul tema: recesso dal tentativo ed azione esecutiva del reato; b) la tendenza a liquidare “sotto banco” il problema dell'ambito concettuale della condotta di esecuzione suscettibile di recesso « a buon mercato » — come efficacemente definisce GEILEN (*Zur Abgrenzung*, cit., 335) il recesso mediante desistenza.

(53) Di questa “intuizione” sono appunto espressione, in concreto, i tentativi di definizione — per quanto approssimativi — del concetto di “azione esecutiva compiuta”.

(54) Ciò significa in concreto: prendere atto che solo nell'ambito di un approccio metodologicamente consapevole dei legami intercorrenti tra la logica normativa del recesso ed i suoi specifici problemi applicativi — tra cui *in primis*: delimitazione e volontarietà — è possibile avviare una discussione realmente fruttuosa.

sponibile, attraverso un paziente lavoro di verifica, uno strumentario terminologico almeno così poco equivoco da non rappresentare — come quello attuale — un fattore nettamente disfunzionale al corretto sviluppo della comunicazione ⁽⁵⁵⁾.

(55) In generale, sul problema del rapporto tra il linguaggio di cui si servono rispettivamente la teoria, la prassi e la legislazione penale, HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik*, cit., 47 ss. All'esame dei metodi, dei termini e dei contenuti della teoria della delimitazione è dedicata tutta la Parte III di questo lavoro.

PARTE II

La prassi della delimitazione della desistenza volontaria dal pentimento operoso

SOMMARIO: 1. I vantaggi del criterio testuale di delimitazione dell'art. 56 III c.: alcuni esempi concreti. — 2. La delimitazione sul terreno della volontarietà del recesso: a) la struttura ed i contenuti del concetto di *volontarietà* della prassi; b) in particolare: il principio della irrilevanza dei motivi interiori del recesso. Struttura, funzionamento, limiti operativi; c) un primo tentativo di concettualizzazione. — 3. Le *innovazioni* della prassi della delimitazione sul piano della volontarietà: a) il principio dell'onere della prova del recesso; b) le sue insufficienze intrinseche: ovvero, la funzionalizzazione al criterio di delimitazione *ex post*. — 4. L'atteggiamento riduttivo della prassi della delimitazione. In particolare, alcune "tecniche di semplificazione": a) la delimitazione *presunta*; b) delimitazione e consumazione *formale* del reato. — 5. I costi *mediati* dell'attuale prassi della delimitazione: in particolare, desistenza volontaria e prevenzione generale. — 6. Segue: la problematica del rapporto della prassi con l'art. 56 IV c. In particolare: a) un esempio concreto; b) la correzione della delimitazione *sostanzialmente* insoddisfacente; c) l'inesperienza della prassi dell'art. 56 IV c. — 7. Segue: la rivolta della prassi contro l'art. 56 IV c. In particolare: a) interpretazione e creazione del diritto nelle decisioni giudiziali: cenni; b) sul significato ed i limiti del principio del vincolo del giudice alla legge nelle riflessioni della moderna ermeneutica; c) la rivolta della prassi contro l'art. 56 IV c. come violazione del principio del vincolo alla legge; d) un interrogativo inquietante: è proprio ingiustificata la rivolta della prassi?

1. - La prassi non è insensibile ad una teoria così precaria, né potrebbe mai esserlo. Incapace di elaborare un "proprio" criterio di delimitazione, preferisce attestarsi *in limine litis*, ponendo a base della sua attività un'interpretazione strettamente letterale dell'art. 56 III e IV c. In questo modo può affrontare e risolvere non pochi problemi di *delimitazione* sia *interni* alla sfera del recesso (desistenza-pentimento) che *esterni* ad essa (recesso-tentativo-consumazione).

Presupposto di una desistenza efficace è un'attività esecutiva « intrapresa e non ancora esaurita dal colpevole » (1): non può perciò esservi alcuno spazio per l'art. 56 III c. « all'orquando gli atti compiuti costituiscono ed esauriscono, obiettivamente e subbiettivamente, un'azione diretta ed idonea a cagionare l'evento, giacché in tale caso l'azione stessa è da considerarsi compiuta e pertanto l'agente non è più in grado di interromperla » (2). Ciò ha ripetuto per anni la Suprema Corte, che ormai da tempo non avverte più il bisogno di ribadire tale principio: principio su cui la prassi ha potuto agevolmente *consolidarsi*. Importante è però capire ciò che essa ha ottenuto per tal via: si è dotata di uno strumento di lavoro semplice e di sicura efficacia per liquidare senza grosso sforzo una buona parte della sua *routine* del recesso.

Una *routine* composta per esempio dagli innumerevoli casi di truffa in cui l'agente, per motivi che qui non interessano, interrompe ad un certo punto la condotta truffaldina: confessando all'assicurazione l'inesistenza dell'infortunio per cui aveva chiesto il risarcimento (3), ovvero decidendosi a pagare il prezzo di una cosa precedentemente acquistata dopo aver inutilmente tentato di raggirare la controparte (4). Ancora, una *routine* composta dalle numerose ipotesi di estersione in cui il reo, inviata la richiesta di denaro e fissati i termini della consegna, rinuncia a conseguire il bottino: senza recarsi affatto sul luogo convenuto a ritirare il denaro (5), ovvero presentandosi alla vittima con attestazioni di pentimen-

(1) Cass. 22.4.1953, in *Riv. pen.* 1954, 268; v. anche, di recente, Cass. 29.3.1971, in *Giust. pen.* 1972, II, 508.

(2) Così espressamente Cass. 22.4.1953, cit.

(3) Cass. 24.2.1939, in *Riv. pen.* 1939, 360; Cass. 2.2.1968, in *Arch. giur. circ. sinistri* 1969, 1029.

(4) Cass. 28.2.34, in *Giust. pen.*, 1934, II, 698.

(5) Trib. Bologna 16.3.1956, in *Arch. pen.*, 1956, II, 445.

to⁽⁶⁾. In tutti questi casi l'argomentazione fondata sull'esaurimento dell'attività esecutiva svolge egregiamente la sua funzione e consente alla prassi di delimitare rapidamente la desistenza dal tentativo punibile, escludendo la configurabilità dell'art. 56 III c. Ma il vantaggio maggiore è soprattutto un altro: esso consiste nella possibilità di *non* dover operare la delimitazione su un terreno di gran lunga meno solido, qual è quello della *volontarietà* del recesso. Questo terreno è infatti più di ogni altro "terra di nessuno"⁽⁷⁾. Vi si sviluppano le argomentazioni più varie, più incontrollate; discutere di volontarietà significa per la prassi confrontarsi con un ventaglio di interpretazioni praticamente illimitato, che le consente perciò di stabilizzarsi, per citare almeno una tra le conseguenze più rilevanti, solo su livelli fortemente elevati di *generalizzazione*. Ciò comporta un evidente vantaggio: la sussunzione nella sfera del « principio consolidato » si verifica infatti con uno sforzo argomentativo inversamente proporzionale al grado di concretizzazione del principio stesso. Ma ciò impone anche dei prezzi, che sono spesso tutt'altro che bassi: prima di ogni altro, la scarsa *consistenza*⁽⁸⁾ delle delimitazioni operate su questo piano, che si ripercuote peraltro, inevitabilmente, sull'infimo grado di *accettazione* cui esse possono aspirare.

(6) Cass. 11.2.1946, in *Riv. pen.* 1946, 776, 198.

(7) Come sottolinea da ultimo anche HASSEMER, la massa di criteri empirici e normativi in cui viene da sempre concretizzato il significato della volontarietà nella struttura del recesso non può dirsi fondata su ipotesi teoriche più o meno precise e scientificamente controllabili: esse si appoggiano invece, nella gran parte dei casi, semplicemente ad *Alltagstheorien* (teorie basate sul senso comune): v. *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt*, cit. 231; v. però anche ROXIN, *Über den Rücktritt*, cit., 251 ss. e BOTTKE, *Strafrechtswissenschaftliche Methodik*, cit., 345 ss.

(8) Sul concetto di « consistenza » della decisione giudiziale e sui relativi criteri di controllo, v. ALEXY, *Theorie*, cit., 323 ss.; LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 3 Auflage 1978, 36-7; sull'effetto di « legittimazione » connesso alla consistenza interna della decisione, dello stesso Autore v. anche *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft*, in *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 4 Band, 1973, (131 ss.) 147 ss.

2. - A chiarimento e verifica di questo discorso appare opportuno scegliere quale punto di riferimento una parte della casistica dell'estorsione che, per le sue caratteristiche strutturali, si presta bene allo scopo dell'analisi: in particolare, si tratta delle ipotesi — tutt'altro che infrequenti nella realtà — in cui l'agente non si presenta affatto sul luogo convenuto per riscuotere il danaro, né si fa vivo altrimenti: quando la giurisprudenza "perde" la *chance* di chiudere rapidamente la partita con l'argomentazione fondata sul compimento dell'attività esecutiva, deve discutere della *volontarietà* del recesso, e qui le cose possono diventare più complicate del previsto.

Addentrarsi ora nell'esame di questa tematica non è certo consigliabile: la sua posizione centrale in tutte le vicende del recesso rende infatti necessaria una trattazione specifica ⁽⁹⁾. Un breve indugio sull'interpretazione giurisprudenziale della « volontarietà » è però indispensabile all'economia del discorso che si va sviluppando: ed appunto a questo discorso — è bene avvertirlo — quanto segue è strettamente funzionale.

a) La prassi della volontarietà è abituata a lavorare — e non è certo un caso — con concetti piuttosto ampi, al limite del generico, talvolta del vago: essi marcano un ambito entro cui è perciò facile muoversi, almeno di consueto.

Il concetto di volontarietà di cui si serve la giurisprudenza presenta una struttura estremamente articolata: in ciò risiede la causa delle notevoli difficoltà che si incontrano nel percorrere a ritroso i mille rivoli in cui si disperdono i pochi canali centrali, quei canali cioè in cui scorrono i « principi consolidati » indispensabili alla *legittimazione* ed alla *sopravvivenza* stessa della giurisprudenza del recesso. Ancora di recente il Supremo Collegio ha avuto modo di ribadire una di

(9) Per una recente ed accurata analisi dei temi intorno a cui dibatte, a questo proposito, la moderna dottrina, v. БОТКЕ, *op. loc. ult. cit.*

tali regole, quella che occuperebbe probabilmente il vertice in una ideale gerarchia di valore: la desistenza è volontaria « quando derivi da un'autonoma decisione dell'agente e non sia condizionata da fattori esterni »⁽¹⁰⁾. Il significato di questa regola viene di consueto reso esplicito e specificato — col beneplacito della dottrina⁽¹¹⁾ — in due sotto-principi. Il primo concerne l'esigenza che il recesso appaia il frutto di una « libera scelta »⁽¹²⁾. In che cosa consista esattamente la *libertà* della scelta, quale rapporto intercorra — o debba intercorrere — tra la stessa e la volontarietà della *condotta*, quale *intensità* possa — o debba — avere il condizionamento dei fattori esterni sulla decisione dell'agente, quali siano questi fattori *esterni*, se ciò che conta è la loro esistenza e dimensione *reale* o anche quella semplicemente *presunta*, queste e molte altre precisazioni indispensabili sotto il profilo della *determinatezza* non sono rinvenibili nel principio stesso: le necessarie informazioni devono essere perciò assunte altrove, il che significa in sede di *applicazione*. Ed è appunto qui che si presenta agli occhi dell'osservatore uno spettacolo “ affascinante ”, in cui — per così dire — la recita è quasi tutta “ a soggetto ”.

Il criterio di valutazione della libertà della decisione è dato dalle circostanze *oggettive* della situazione, affermano gli uni: la libertà è esclusa quando esistano fattori esterni che rendono « irrealizzabile » il prosieguo dell'azione, ovvero siano tali da esercitare sull'agente una « coazione »⁽¹³⁾, cosicché

(10) Cass. 1.2.1977, in *Cass. pen. mass. ann.* 1978, 653, 634; conf.: Cass. 14.11.1975, *ivi* 1977, 308, 376; Cass. 4.4.1975, *ivi* 1976, 356, 327; Cass. 15.12.1975, *ivi* 1977, 308, 375; Cass. 26.1.1973, in *Giust. pen.* 1974, II, 186.

(11) V., per tutti, intorno ai principi della volontarietà di cui si discute qui di seguito nel testo: MANTOVANI, *op. cit.*, 397 ss.; PAGLIARO, *Principi*, cit., 504; ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 405 ss. Per una diversa impostazione del problema della volontarietà v. invece LATAGLIATA, *op. cit.*, 85 ss.

(12) Cass. 25.3.1970, in *Giust. pen.* 1972, II, 131; Cass. 1.12.1970, *ivi* 1972, II, 228; Cass. 29.3.1971, *ivi* 1972, II, 508; Cass. 6.3.1974, *ivi* 1975, II, 162.

(13) Così Cass. 19.11.1969, in *Giust. pen.* 1971, II, 195; Cass. 25.3.1970, *ivi*,

il recesso, lungi dall'essere voluto, finisca per risultare in realtà « imposto » dalle circostanze stesse ⁽¹⁴⁾. Ad escludere la volontarietà del recesso basta molto meno, ritengono altri, ed il metro di giudizio è da ricercare piuttosto nella percezione *soggettiva* della realtà esterna: già se il colpevole è stato « influenzato » nella sua scelta da fattori esterni ⁽¹⁵⁾, in cui per esempio egli identifichi degli elementi di « rischio » ⁽¹⁶⁾ o di « eccessivo rischio » ⁽¹⁷⁾ per la prosecuzione del suo piano, la libertà della decisione è inquinata. Infine, per chi avesse pensato che in questa disputa non sono presenti voci di « compromesso », ecco l'ultima interpretazione, con cui in fondo si esaurisce, su questo terreno, la gamma del « possibile giuridico »: il recesso è involontario quando si verifica in presenza di rischi o svantaggi tali che « nessuna persona ragionevole » potrebbe in nessun caso assumersi ⁽¹⁸⁾.

Il problema a questo punto consiste — è ovvio — nell'accertare quali siano i criteri che *di fatto* indirizzano la scelta della prassi sull'uno piuttosto che sull'altro dei parametri qui sintetizzati: si tratterebbe cioè di ricostruire, con la mas-

1972, 131; Cass. 1.12.1970, *ivi*, 1972, II, 228; Cass. 30.11.1973, in *Cass. pen. mass. ann.* 1974, 1077, 1684; Cass. 15.12.1975, in *Giust. pen.* 1976, II, 713; da ultimo Cass. 22.1.1979, in *Giust. Pen.* 1979, II, 634 e Cass. 1.2.1977, *ivi*, 1977, II, 583.

(14) Cass. 4.4.1975, in *Cass. pen. mass. ann.* 1976, 356, 327; Cass. 13.4.1973, *ivi*, 1974, 763, 1130; Cass. 30.11.1973, *ivi*, 1974, 1077, 1684. PAGLIARO, *Principi*, cit., 504, ritiene che ad escludere la volontarietà sia necessaria una « costrizione indotta da cause esterne ». NUVOLONE, *Sistema*, cit., 392, richiede invece « cause impellenti esterne ».

(15) Cass. 30.4.1973, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1974, 762, 1128; Cass. 29.3.71, *ivi*, 1972, 1206, 1655; Cass. 7.2.1966, *ivi*, 1967, 229, 326.

(16) Cass. 30.4.1973 in *Cass. pen. mass. ann.* 1974, 762, 1128 (in modo non meno generico si parla qui altresì di « svantaggi »). V. altresì Cass. 29.3.1971, *ivi*, 1972, 1206, 1655, dove si fa riferimento alla « rappresentazione di *difficoltà e pericoli* » da parte dell'agente.

(17) Cass. 26.1.1973, in *Cass. pen. mass. ann.* 1974, 763, 1129.

(18) Cass. 15.12.1975, in *Cass. pen. mass. ann.* 1977, 308, 375. Allo stesso modo, in dottrina, ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 406; MANTOVANI, *op. cit.*, 398, richiede una « possibilità di scelta ragionevole » e BOSCARRELLI, *op. cit.*, 151, l'assenza di un « rischio » cui sarebbe « del tutto irragionevole » esporsi.

sima cautela ⁽¹⁹⁾, i profili di una *meta-teoria* del concetto di volontarietà della prassi: ma ciò non può essere compito — evidentemente — di un breve *excursus* consapevolmente condotto in una prospettiva ben ristretta. Quanto qui premeva era invece “schizzare” lo sfondo su cui agisce il secondo sottoprincipio, che riveste un più immediato interesse in relazione al presente discorso: esso consiste nella *non-necessità* di un pentimento reale, autentico, insomma della *spontaneità* ai fini del recesso ⁽²⁰⁾. E del resto, come potrebbe essere altrimenti se non si voglia sacrificare la logica utilitaristica dell'istituto, cui la stessa giurisprudenza non manca — di tanto in tanto — di tributare esplicite professioni di fede? ⁽²¹⁾

b) L'importanza di questo principio per la *routine* del recesso è di gran lunga superiore a quel che si potrebbe pensare considerandone il significato letterale: i tempi in cui al fondo di non poche interpretazioni si ritrovava l'identificazione tra *volontarietà* della condotta e *spontaneità* della stes-

⁽¹⁹⁾ Si tratterebbe infatti di accertare, per prima cosa, fino a che punto la prassi è consapevole della *diversità* dei parametri di cui si serve per determinare la volontarietà: soprattutto bisognerebbe accertare fino a che punto è consapevole della *diversità* dei parametri di cui si serve *nell'ambito di una medesima decisione*. Due esempi a chiarimento di questa affermazione: 1) non c'è volontarietà quando il reo desiste per il « sopraggiungere di nuove cause esterne che lo inducano a rappresentarsi la *impossibilità, le difficoltà, e i pericoli* » di condurre a termine il reato (Cass. 26.1.1954 in *Arch. pen.* 1954, 423; corsivo nostro); 2) la desistenza non è volontaria quando è conseguenza « non già di una *scelta liberamente compiuta*, ma di una deliberazione formatasi *esclusivamente* sotto la spinta di cause esterne che *influenzano* il processo volitivo » (Cass. 15.3.1966, con motivazione, in *Cass. pen. mass. ann.* 1967, 229, 325; corsivo nostro).

⁽²⁰⁾ Cass. 26.1.1973, in *Giur. it.*, 1974, II, 186; Cass. 4.4.1975, *Mass. dec. pen.* 1975, 765; Cass. 9.4.1975, *ivi*, 131; Cass. 13.4.1973, in *Cass. pen. mass. ann.* 1974, 763, 1130; Cass. 18.4.1967, *ivi*, 1968, 700, 1036; Cass. 7.2.1966, *ivi*, 1967, 229, 326.

⁽²¹⁾ Cass. 3.12.1941, in *Giur. it.* 1942, II, 113; Cass. 30.1.1953, in *Giust. pen.* 1954, II, 418; Cass. 26.1.1954, in *Arch. pen.* 1954, 423 (dove si opera una sintesi veramente originale, interpretando la volontarietà come « ravvedimento » nel contesto della teoria del « ponte d'oro », cui si aderisce senza riserve); di recente, Cass. 2.2.1968, in *Arch. giur. circ. sinistri*, 1969, 1029.

sa sono infatti piuttosto lontani, né talune moderne, autorevoli voci orientate proprio in tal senso sembrano in grado di avviare un'improbabile inversione di tendenza⁽²²⁾. La vera portata della nuova regola si rivela piuttosto all'esame delle *specificazioni* operative in cui essa realmente "vive", specificazioni tra cui spicca soprattutto la seguente: i « motivi interiori » del recesso sono « irrilevanti » ai fini della volontarietà, *a meno che* — ed in ciò risiede il limite *esplicito* di questa regola — tali motivi non siano « indotti » da circostanze esterne che turbino la libertà di determinazione dell'agente⁽²³⁾.

Sè il metro per giudicare l'indice — per così dire — di gradimento del principio in questione è la frequenza con cui ad esso fa appello la prassi, la conclusione è che quest'indice è certamente elevato⁽²⁴⁾. Va subito aggiunto però che nelle applicazioni della giurisprudenza ciò che di consueto segue all'enunciazione del principio è l'indicazione di fattori esterni che nella gran parte dei casi hanno *viziato* la libertà della decisione, inducendo perciò motivi « rilevanti » per *l'esclusione* della volontarietà del recesso. Questo rilievo non ha davvero bisogno di molte spiegazioni: negli imprevisti che normalmente spingono il ladro, il rapinatore, il violentatore, l'omicida ad abbandonare l'impresa sono di solito identificabili senza sforzo elementi « induttivi » di segno negativo.

(22) BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 542; cfr. BOCKELMANN, *Strafrecht*, cit., 201, che richiede un motivo eticamente apprezzabile per la volontarietà del recesso. A quest'ultimo riguardo v. la puntuale analisi critica di ROXIN, *Über den Rücktritt*, cit., 257 ss.

(23) Cass. 22.1.1969, in *Giust. pen.* 1970, 361; Cass. 17.4.1970, in *Cass. pen. mass. ann.* 1972, 123, 47.

(24) È del resto facile intuire le ragioni: se la prassi della volontarietà discriminasse *expressis verbis* in base alla *qualità* dei motivi « non-indotti », dovrebbe assumersi i relativi oneri di accertamento, con tutte le difficoltà ed i problemi — come essa ben sa — che ciò comporta: v. su questi temi, da un punto di vista generale. OEHLER, *Das objective Zweckmoment im Strafrecht*, 1959, 117 ss.

L'oggetto caduto da una finestra nei pressi del topo d'auto in azione ⁽²⁵⁾, qualsiasi resistenza opposta dall'aggregato ⁽²⁶⁾, la fuga di uno dei presenti ad una rapina ⁽²⁷⁾, la stessa reazione verbale di sorpresa da parte del derubato ⁽²⁸⁾ sono fattori più che sufficienti — nella visione della prassi — ad « indurre » nel reo motivi quali « timore » ⁽²⁹⁾, « preoccupazione » ⁽³⁰⁾, anche « sentore » ⁽³¹⁾ dell'intervento di terzi: motivi la cui incompatibilità con la concessione del beneficio viene ribadita pressoché senza eccezioni.

Ai fini del discorso che qui si va sviluppando è certamente irrilevante il primo dei problemi che a questo punto si pongono: e cioè se l'estrema genericità dei "termini" con cui lavora la prassi non si traduca in una gestione sostanzialmente *arbitraria* del principio in questione — il che significherebbe poi, se così fosse, una *disponibilità* piuttosto incontrollata dell'art. 56 III e IV c. Il secondo è invece di grande rilievo e riguarda da vicino il *modo* in cui viene applicata la regola della « irrilevanza dei motivi »: in effetti, la *consistenza logica* di questo principio sembrerebbe *di fatto* messa in discussione proprio dall'uso "a senso unico" che di esso fa la prassi, un uso in cui, per un curioso gioco delle parti, le situazioni-limite costituiscono la regola e viceversa. In altre parole, ciò che suscita perplessità non è tanto il funzionamento concreto del principio, bensì la sua stessa sopravvivenza in quanto tale.

(25) Cass. 25.3.1970, in *Cass. pen. mass. ann.* 1972, 122, 46.

(26) Cass. 29.3.1971, in *Cass. pen. mass. ann.* 1972, 1206, 1655.

(27) Cass. 16.5.1973, in *Cass. pen. mass. ann.* 1974, 762, 1127.

(28) Cass. 23.2.1950, in *Cass. pen. mass. ann.* 1950, 268, 297.

(29) Cass. 25.3.1970, cit. n. (25); Cass. 7.10.1963, in *Cass. pen. mass. ann.* 1964, 214, 320; Cass. 12.6.1963, *ivi*, 1964, 215, 322; Cass. 6.3.1974, in *Giust. pen.* 1975, II, 162.

(30) Cass. 29.5.1950, in *Cass. pen. mass. ann.* 1950, II, 395, 4057; Cass. 30.1.1953, in *Giust. pen.* 1953, II, 418.

(31) Cass. 7.9.1948, in *Giust. pen.* 1949, II, 31.

Ad un più attento esame non può sfuggire la spiegazione del fenomeno, che va ricercata nella struttura logica del principio, chiaramente impostata sullo schema *regola-eccezione*: uno schema che si caratterizza, cioè, proprio per la sua elevata capacità di assorbire anche un alto numero di "eccezioni" senza che la validità della regola necessariamente decresca in misura proporzionale all'incremento di queste ultime (32). La ragione di ciò risiede soprattutto nel tipo di funzione che le eccezioni svolgono all'interno dello schema, funzione che può essere perfettamente colta richiamando alla memoria quanto poco fa esposto in relazione alle applicazioni del principio di cui si discute: se è vero che quando i motivi « interiori » del recesso acquistano costantemente rilevanza nel giudizio di volontarietà — e quindi nella delimitazione — alla lunga ne risulta erosa la base su cui poggia la consistenza della regola, è altresì vero che quest'ultima proprio attraverso le frequenti eccezioni viene continuamente *specificata* e per ciò stesso ribadita, *stabilizzata* (33).

Questo meccanismo — così sommariamente descritto — può funzionare solo in presenza di una condizione essenziale: la regola non può possedere un grado elevato di determinatezza, essa deve presentarsi invece con una formulazione preferibilmente « ipergeneralizzata » (34). In questo modo è possibile spiegare due fenomeni, tra loro connessi: il primo riguarda, ovviamente, la definizione costantemente *ampia* della regola in questione, pur dopo molti decenni di prassi applicativa; il secondo — ed è questo che qui ci interessa — concerne invece il metodo chiaramente casistico con cui tut-

(32) Così LUHMANN, *Gerechtigkeit*, cit., 152; sui problemi logici posti da questo schema, v. PHILIPPS, *Rechtliche Regelung und formale Logik*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1964, 317 ss.

(33) V. ancora LUHMANN, *op. loc. ult. cit.*

(34) Questa terminologia è di LUHMANN, *op. loc. ult. cit.*

tora lavora la giurisprudenza della delimitazione sul terreno delle "eccezioni" ⁽³⁵⁾.

Con lo strumento fin qui esaminato — il principio dell'irrilevanza dei motivi — e la metodologia con cui viene normalmente applicato — la ricerca "sul campo" del fattore « induttivo » che fa scattare l'eccezione — la prassi si trova davanti a difficoltà molto serie nel delimitare ipotesi come quelle poco fa segnalate, tratte dalla casistica dell'estorsione: ciò che qui manca è infatti il termine medio indispensabile a trasferire la delimitazione dal piano della *regola* a quello dell'*eccezione*. In concreto: *dove* ricercare la circostanza *esterna* induttiva del motivo non-volontario nelle ipotesi in cui la genesi del motivo — che rimane con tutta probabilità il timore, la preoccupazione, il sentore dell'intervento di terzi — è palesemente *interna* al recedente?

Forzando un po' l'elasticità della sua — già flessibile — prassi delimitativa in tema di "eccezioni", la Cassazione riesce ancora a tirarsi fuori dalla strettoia quando può affermare che il sedicente pentito non si era presentato all'appuntamento perché aveva appreso del « fermo proposito » della vittima di denunciare il fatto alla polizia ⁽³⁶⁾: ed in realtà qualche interferenza esterna sulla psiche del reo con un po' di buona volontà qui si può in fondo anche intravedere. Ma quando nemmeno questo c'è, cade anche l'ultimo riparo: il motivo del recesso diventa « rilevante » non perché « indotto » dai ben noti fattori esterni, bensì solo per la sua *qualità*: la preoccupazione "autogena" di essere arrestato, il timore di essere sorpreso sono *di per sé* sufficienti ad escludere la configurabilità del recesso efficace ⁽³⁷⁾.

(35) Se esse venissero infatti concettualizzate, diventerebbero col passar del tempo la « regola », introducendo così un notevole fattore di disturbo nell'equilibrio interno del sistema giurisprudenziale del recesso.

(36) Cass. 22.1.1969, in *Foro it.* 1970, II, 38; così pure Cass. 17.4.1970, in *Giust. pen.*, 1972, II, 131.

(37) V. ad esempio Cass. 29.5.1950, in *Giur. cass. pen.* 1950, 395, 4057 e Cass. 17.

c) Le necessità del caso concreto impongono così la rottura anche di quei tenui argini rappresentati dai non molti « principi consolidati » che costituiscono la sola istanza di controllo riconosciuta dalla prassi del recesso: *di consueto* riconosciuta, per meglio dire, se neanch'essa riesce a trattenerne la giurisprudenza su un terreno argomentativo più rispettoso delle esigenze minime della logica e perciò anche più controllabile negli svolgimenti che su di esso si producono ⁽³⁸⁾.

La prassi è però tutt'altro che cieca dinanzi alle evidenti insufficienze della sua attività nel delicato settore dei rapporti tra *motivi* e *volontarietà* del recesso: di qui il tentativo di dare altro indirizzo ai suoi sforzi, pur continuando ad operare nell'ambito della volontarietà, con l'obbiettivo di migliorare la correttezza *logico-formale* dei suoi ragionamenti. Quest'ultima è, tuttavia, « condizione necessaria ma non sufficiente » a garantire la *sostanziale* esattezza del ragionamento giuridico ⁽³⁹⁾, e la giurisprudenza del recesso ne fornisce una prova ulteriore: anche quando raggiunge una migliore « tenuta » sul piano logico-formale, non per questo essa ottiene un più elevato grado di *consistenza*.

La dimostrazione di questo assunto risulta più agevole se preceduta da un primo tentativo di concettualizzazione del

2.1947, *ivi*, 1947, I, 226. È lecito pensare che in tali casi esistesse il sospetto — ma quando non esiste? — che l'estortore fosse realmente a conoscenza dell'appostamento della polizia sul luogo convenuto, come è anche possibile pensare che semplicemente si sospettasse che il reo a sua volta avesse intuito la trappola: sia nella prima ipotesi che nella seconda sarebbe evidentemente di estremo interesse un'analisi approfondita degli strumenti di cui si serve la prassi per risolvere i conflitti interni alla « sua » teoria della delimitazione esterna del recesso.

⁽³⁸⁾ Cfr. ALEXY, *Die logische Analyse*, cit., 184.

⁽³⁹⁾ ENGISCH, *Wahrheit und Richtigkeit im Juristischen Denken*, 1963, 12, così come, all'inverso, errori nel processo argomentativo non costituiscono alcuna pre-sunzione assoluta circa l'inesattezza del risultato conclusivo: HASSEMER, *Juristische Argumentationstheorie und juristische Didaktik*, in *Jahrbuch für Rechtssolziologie und Rechtstheorie*, Bd. 2, 1972, (467 ss.) 470.

fenomeno di cui vanno via via emergendo le connotazioni di maggiore rilievo.

Dinanzi alle evidenti incertezze denunciate dalla teoria nei suoi ripetuti sforzi di *differenziare* dall'interno la nozione di « azione esecutiva », per fare di essa il perno attorno a cui possa ruotare il meccanismo di *autodelimitazione* del recesso, la prassi reagisce con un atteggiamento, certo non nuovo, di « fuga » dal problema: « fuga » che essa realizza nel limitare l'uso linguistico del termine « azione esecutiva » alla sua accezione meramente letterale. Questa scelta non può restare ovviamente priva di conseguenze: la più immediata consiste senza dubbio nel fatto che la giurisprudenza è costretta a spostare più innanzi il « baricentro » della norma (art. 56 III e IV c.), cercando soluzione ai suoi problemi nella dommatizzazione di *altri* elementi di fattispecie. In concreto: laddove l'interpretazione del termine « azione esecutiva » nel significato *minimo* di « attività svolta personalmente dall'agente » non è ritenuta sufficiente a garantire risultati soddisfacenti, la prassi è costretta — o preferisce — trasferire il suo sforzo argomentativo nella problematizzazione di requisiti ulteriori, piuttosto che impegnarsi attivamente nell'elaborazione dell'elemento in questione.

Il terreno della *volontarietà* è appunto quello su cui la giurisprudenza del recesso più intensamente concentra il proprio onere decisionale: una scelta su cui influisce una pluralità di fattori, di eterogenea natura, che sarebbe qui inopportuno analizzare partitamente. È invece necessario evidenziare quelli che appaiono i più rilevanti nel determinare il progressivo consolidarsi di questa tendenza: tali fattori sono la *flessibilità* della nozione di volontarietà, flessibilità connessa alla struttura stessa dei concetti indicativi di una disposizione psichica (*Dispositionsbegriffe*) ⁽⁴⁰⁾, e l'ampio *margin*e di manovra che

(40) V. su questo punto v. KUTSCHERA, *Wissenschaftstheorie*, 1972, Bd. I, 264 ss.

l'assunzione di questo tipo di concetti in un sistema di diritto penale codificato inevitabilmente attribuisce all'operatore chiamato a farne concretamente uso ⁽⁴¹⁾.

Proprio per la sua ampiezza questo " spazio " viene ormai inteso dalla prassi del recesso come una sorta di " porto franco ", dove sono consentite — come si è visto — operazioni concettuali anche delle più spregiudicate. Ciò non significa affatto — beninteso — che determinati obbiettivi non possano essere raggiunti se non da una giurisprudenza per così dire audace: è vero invece il contrario, come dimostra ancora quella casistica dell'estorsione che si va prendendo in esame. Operando sul concetto di " volontarietà " risulta qui difficile alla prassi del recesso mettere d'accordo logica e coerenza: per attenersi al suo orientamento tradizionale (esclusione del beneficio) essa non riesce infatti ad evitare il ricorso ad argomentazioni sostanzialmente in conflitto sia con talune regole della " volontarietà " — quanto al risultato — che con talaltre della logica — quanto alle cadenze del ragionamento. Di qui la spinta ad operare *innovazioni*.

3. - Lo sforzo innovativo ha un limite: il merito della decisione non entra comunque in discussione; si tenta piuttosto, percorrendo altre vie, di pervenire alla stessa meta. Non può meravigliare, a questo punto, che una di tali vie — tutt'altro che secondaria — venga ancora ricercata sul terreno della " volontarietà ": invece che *limitarne* l'una o l'altra regola — correndo anche il rischio di *annullarla* — si preferisce piuttosto introdurne una *nuova*, ed in ciò consiste appunto l'*innovazione*. Questo procedimento presenta almeno due evidenti vantaggi: il primo è che operando in tal modo risulta sicuramente più agevole evitare di interferire nel delicato e complesso equilibrio di « regole consolidate » che rappresen-

(41) Su questo problema HASSEMER, *Die Freiwilligkeit*, cit., 243 ss.

ta il frutto di un processo di dommatizzazione pazientemente sviluppato dalla prassi della volontarietà nel corso di diversi decenni. In secondo luogo, arricchendo il mosaico della volontarietà di un ulteriore tassello viene sfruttato nel modo certo più intelligente uno "spazio di manovra" che sembrerebbe costruito proprio per potervi trasferire e risolvere con relativa facilità una gran parte dei problemi della giurisprudenza del recesso.

a) In concreto, la nuova regola è: « la desistenza volontaria, quando non risulti già chiaramente provata dalle risultanze istruttorie, deve essere dimostrata da chi la invochi »⁽⁴²⁾: pertanto, l'estortore che non si è recato a ritirare il denaro sul luogo convenuto deve dar prova « con elementi oggettivi »⁽⁴³⁾ di non esserne stato distolto dall'essere « eventualmente »⁽⁴⁴⁾ venuto a conoscenza dell'appostamento ivi organizzato dalla forza pubblica.

L'innovazione apportata può segnare più di un punto a suo favore: innanzitutto, essa costituisce la vera "valvola di sicurezza" del sistema giurisprudenziale del recesso, e per di più una "valvola" a doppio circuito. La possibilità di scaricare l'onere probatorio sull'"aspirante" alla desistenza consente infatti alla prassi di liberarsi con un colpo solo della parte più ingrata del suo lavoro: le acrobazie logiche — ivi comprese le cadute — inevitabili quando non si riesca a fare a meno di argomentare a cavallo tra il piano del fatto e quello emotivo-psicologico della persona divengono ora "croce e delizia" della difesa, quando sia appunto obbligata a rischiare su questo difficile campo della volontarietà le sue scarse chances di successo. Nel *trasferimento dell'onere della prova*

(42) Così da ultimo Cass. 24.6.1977, in *Cass. pen. mass. ann.* 1978, 983, 940; conf.: Cass. 7.2.1966, *ivi*, 1967, 229, 326; Cass. 16.10.1964, *ivi*, 1965, 245, 411; Cass. 6.11.1963, *ivi*, 1964, 622, 1055.

(43) Tribunale Bologna, 16.3.1956, *cit.*, 447.

(44) Così Cass. 13.1.1950, in *Giust. pen.*, 1950, II, 554.

risiede dunque il " primo circuito " del meccanismo di sicurezza. Il secondo — forse ancor più efficace — è rappresentato dalla *titolarità* del potere di disposizione dell'*intensità* di tale onere: manovrando opportunamente questa leva è infatti possibile alla prassi — che è ovviamente titolare di questo potere — cogliere un importante obbiettivo: complicate situazioni di conflitto circa l'applicabilità della normativa sul recesso possono essere ora risolte senza incorrere nei pericolosi salti logico-argomentativi di cui si è fatto prima cenno ⁽⁴⁵⁾.

Il funzionamento di questo meccanismo è di estrema semplicità: l'incremento dell'onere probatorio si esprime per esempio nella ritenuta esigenza che la volontarietà della desistenza risulti « chiaramente » ⁽⁴⁶⁾ dal materiale istruttorio; o quando si chiede la prova che il desistente non sia « eventualmente » ⁽⁴⁷⁾ venuto a conoscenza dell'appostamento della forza pubblica sul luogo convenuto; o, ancora, quando si statuisce categoricamente che la desistenza, ove non sia « compiutamente » ⁽⁴⁸⁾ provata, « nel dubbio » ⁽⁴⁹⁾ va esclusa. Nella *genericità* dei parametri di cui si serve la prassi per *valutare* la prova della volontarietà (come si fa a *riconoscere* la « chiarezza » della prova, *chi* ne stabilisce il metro e in base a *quali* elementi, qual è il livello minimo di *sufficienza* etc.) o, peggio ancora, nella *vaghezza* dei criteri con cui essa intende *graduare* l'intensità dell'onere probatorio (in che consiste

(45) V. *supra*, par. 2. Talvolta il ricorso al principio dell'onere della prova si verifica in circostanze del tutto diverse, come per esempio quando si accompagna, in funzione rafforzativa, all'argomentazione fondata sull'esaurimento dell'attività esecutiva: v. Tribunale Bologna 16.3.1956, cit.

(46) Cass. 24.6.1977, cit.

(47) Cass. 13.1.1950, cit.

(48) Cass. 22.4.1953, in *Arch. pen.*, 1954. 423.

(49) V. ancora Cass. 22.4.1953, cit., ed inoltre Cass. 2.7.1963, in *Cass. pen. mass. ann.* 1964, 31, 26 e Cass. 25.11.1958, in *Giust. pen.* 1959, II, 726, sul problema della prova delle esimenti.

l'“ eventualità ” della *conoscenza* di un fatto, qual è il *margin*e di dubbio sufficiente ad escluderla, *come* si svolge l'accertamento e *chi* ne fissa le regole, etc.), in tutto ciò risiede, sotto il profilo metodologico, una radice non secondaria della perdurante *inconsistenza* della giurisprudenza sulla volontarietà del recesso. La migliore “ tenuta ” complessiva, dovuta all'apporto di una correzione certamente idonea a sanarne taluni vizi logici, non deve perciò trarre in inganno su una realtà che è e rimane estremamente precaria: non solo per l'evidente incapacità della prassi a gestire correttamente la concretizzazione della “ nuova ” regola, bensì già per la carente *legittimazione* della regola stessa ⁽⁵⁰⁾.

b) Di questa realtà la giurisprudenza del recesso è in fondo consapevole: non appena possibile, infatti, fa uso del principio dell'onere della prova in funzione solo *rafforzativa*, a sostegno cioè di un'ulteriore argomentazione che nella struttura della motivazione svolge un ruolo solamente in apparenza paritetico, mentre è in realtà di gran lunga preminente. Il problema è che *questa* modalità d'impiego del principio probatorio è attuabile in un numero sicuramente non elevato di casi, che costituiscono ovviamente la “ situazione ideale ” dal punto di vista della prassi. Ma che accade allora in tutti gli altri, dove l'onere della prova sembra essere l'unico strumento *hic et nunc* concretamente disponibile?

Una soluzione tra le più efficaci viene trovata nel conferire a questa regola, per così dire, una “ doppia vita ”: quella “ ufficiale ”, in cui comparte apertamente la (cor)responsabilità della decisione, e quella “ segreta ”, in cui cioè, senza abdicare alla sua funzione reale di *giustificazione* della decisione, resta però mimetizzata tra le pieghe di argomentazioni

(50) V. al proposito MASSA, *Il dubbio sulle cause di giustificazione*, in *Riv. it.* 1959, I ss. estr. Sul principio dell'onere della prova la giurisprudenza non è del tutto pacifica: v. Cass. 3.6.1965, in *Cass. pen. mass. ann.* 1967, 372, 454, con nota.

ritenute evidentemente più affidabili dal punto di vista della *motivazione* della decisione stessa ⁽⁵¹⁾. In una sentenza emessa dal Tribunale di Bologna anni addietro è possibile verificare con sufficiente chiarezza la dimensione concreta di questo fenomeno: il caso di specie è costituito ancora da un tentativo di recesso dal delitto di estorsione ⁽⁵²⁾.

La sentenza è strutturalmente divisa in due parti, in cui è evidente uno sforzo argomentativo profondamente diseguale. Nella prima, in cui si discute e si esclude l'applicabilità dell'art. 56 III c., si ritrova appunto l'uso cumulativo di entrambi i criteri di delimitazione precedentemente analizzati: l'estortore che si è limitato a non riscuotere presso l'ufficio postale il danaro ivi giacente fermo-posta non può beneficiare dell'impunità perché a) non ha fornito la « piena » prova della sua desistenza, b) l'azione esecutiva era ormai esaurita e perciò non poteva comunque essere interrotta. Fin qui tutto facile, almeno in apparenza. Nella seconda parte della decisione il discorso si presenta invece immediatamente più complesso: si tratta infatti di *delimitare* la fattispecie concreta in relazione al pentimento operoso.

Costretto a muoversi su un terreno certamente meno usuale, il Tribunale non « osa » escludere l'applicazione dell'art. 56 IV c. col ricorso puro e semplice al principio dell'onere

(51) La sociologia e la scienza del diritto si sono familiarizzate ormai da tempo con un fenomeno di grandissimo rilievo, che concerne la divergenza — assai più frequente di quanto normalmente si pensi — tra *motivazione* (*Begründung*, *Rechtfertigung*, *Darstellung*) e *giustificazione* (*Herstellung*, *Rechtsfindung*) della decisione giudiziale: in altri termini, il fenomeno per cui i motivi « ufficiali » della decisione hanno di frequente poco in comune — o forse niente — con quelli « reali », con quelli cioè che hanno determinato il risultato conclusivo. V. su questo dibattutissimo tema LUHMANN, *Recht und Automation in der öffentliche Verwaltung*, 1966, 51; ROTTLEUTHNER, *Richterliches Handeln*, 1973, 61 ss.; ALEXI, *Theorie*, cit., 273 mo tema LUHMANN, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, 1966, ss.; SCHNEIDER-SCHROTH, *Sichtweisen juristischer Argumentation*, cit., 262 ss.; HASSEMER, *Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung*, in *ZStW* 90 (1978), (65 ss.) 77.

(52) Tribunale Bologna 16.3.1956, cit.

della prova: ciò è precluso — per così dire — dalla natura stessa del principio, che dal suo onesto ruolo di “ comprimario ” difficilmente potrebbe assurgere a quello — ben più impegnativo — di argomentazione portante della decisione, o meglio, non vi potrebbe assurgere senza grave pregiudizio dell’equilibrio interno di quest’ultima. La via più agevole per uscire dall’*impasse* è senza dubbio quella prescelta dal Collegio bolognese: è di comune nozione — su cui coincidono teoria e prassi — che alla configurabilità del recesso previsto dall’art. 56 IV c. è indispensabile un *attivo* ravvedimento del colpevole, una condotta meramente *passiva* è sufficiente a desistere ma non a “ pentirsi ” (53). Il tenore della motivazione è perciò più o meno il seguente: perché possa trovare applicazione l’art. 56 IV c. è indispensabile che il soggetto abbia svolto un’*attività* impeditiva dell’evento, mentre invece nella specie l’agente era semplicemente rimasto *inerte*: il ravvedimento “ non operoso ” non basta alla concessione dell’attenuante.

La concettualizzazione del procedimento interpretativo sotteso da questo tipo di argomentazione non presenta ormai alcuna difficoltà: si tratta qui infatti del lineare impiego del criterio di delimitazione *ex post*, criterio che, pur con tutte le sue manchevolezze, consente qui, evidentemente, il risultato voluto. Ovviamente ciò che il Tribunale guadagna sotto il profilo del *merito* della decisione deve poi pagararlo da un diverso punto di vista, che non può non essere — come ognuno avrà inteso — la *consistenza* dell’argomentazione. La ragione è del resto evidente: il criterio in questione lavora qui in situazione “ atipica ” (54).

(53) *Arch. pen.*, cit., 448. Per la giurisprudenza v. da ultimo Cass. 14.6.1977, in *Cass. pen. mass. ann.* 1978, 984, 942: l’agente deve impedire l’evento con una « condotta positiva »; Cass. 23.9.1977, in *Riv. pen.* 1977, 964. In dottrina v., per tutti, PAGLIARO, *Principi*, cit., 502-3.

(54) V. *supra*: Parte I, par. 4-5; una conferma dell’esattezza di que-

Accade però che l'uso di tale criterio produce in casi di questo tipo frutti ancor più amari di quelli osservati nelle pagine addietro. Degno di nota, innanzitutto, il repentino abbandono del metodo interpretativo letterale, strettamente adottato invece nella delimitazione dell'art. 56 III c.: non viene discusso affatto se l'evento sia stato impedito dal colpevole e se l'impedimento sia stato *volontario*: sugli unici requisiti "testuali" del pentimento operoso semplicemente si tace. Alla base della delimitazione dell'art. 56 IV c. viene posto invece un giudizio valutativo sulla *natura* della condotta impeditiva: tale condotta deve essere necessariamente *attiva*. Dalla generalizzazione della massima discende perciò il seguente principio: il ravvedimento *non-operoso* successivo al compimento dell'azione esecutiva pur se idoneo ad impedire l'evento non presenta alcuna rilevanza ai fini del recesso dal delitto tentato. Ne consegue dunque che l'estortore del caso in questione — come qualunque altro deciso a rinunciare all'impresa — deve in qualche modo attivarsi, deve insomma "fare" alcunché per uscire dallo stato di "ravvedimento inerte", un ravvedimento che davvero "non paga" sotto nessun punto di vista.

Non bisogna credere, d'altra parte, che al mancato estortore si chieda gran che: la prassi si accontenta in fondo di una telefonata, una lettera rassicurante, forse anche — perché no — di una semplice richiesta di perdono alla vittima.

sto rilievo è data proprio dall'esame dei risultati cui perviene la giurisprudenza quando applica il criterio *ex post* ad ipotesi in cui la condotta di tutela sicuramente è stata attiva, ma ciò non ostante la situazione complessiva rimane "atipica": « nel fatto di chi dopo aver ferito una persona si limiti ad invocare aiuto, ma poi si tenga in disparte senza neanche cooperare alle operazioni di soccorso » non può identificarsi un pentimento operoso — afferma la Cassazione — perché mancherebbe un'attività « che abbia in sé stessa un'efficienza causale idonea ad impedire il verificarsi dell'evento ». Qui il risultato interpretativo "sgradito", viene evitato, come si vede, attraverso l'uso di una differente argomentazione: ma, anche qui, il carattere chiaramente strumentale di questo criterio non può certo sfuggire (v. Cass. 28.4.1961, in *Cass. pen. mass. ann.* 1961, 901, 1863).

ma ⁽⁵⁵⁾. Considerazioni del tipo *pro et contra* la variante “ attiva ” del pentimento, considerazioni per esempio inerenti al non trascurabile rischio di “ intercettazione ” e quindi all’eventualità — ancor più terrificante per l’interessato — di doversi sobbarcare la *probatio diabolica* della volontarietà del recesso, non sembrano avere invece alcun peso nell’interpretazione del ravvedimento efficace su cui appare attestata la prassi.

Viene così allo scoperto una prima realtà: il *topos* dell’impedimento *attivo* dell’evento si riduce né più né meno che ad un *escamotage*, come è del resto inevitabile in situazioni che ben poco hanno in comune con quelle dove invece a ragione trova origine e consolidamento la dommatizzazione di questo postulato quale elemento implicito di fattispecie ⁽⁵⁶⁾. Ma con ciò il discorso non è ancora chiuso, c’è dell’altro “ dietro la facciata ”: *fondamento oggettivo e funzione contingente* del postulato non necessariamente coincidono se si guarda al di là dell’obbiettivo immediato — esclusione dell’attenuante — che la prassi si propone nel tipo di casistica in esame. È ben vero infatti che l’argomentazione fondata sulla *natura* della condotta impeditiva dipende per la sua validità dalla struttura del criterio di delimitazione *ex post*: ma in realtà essa è qui funzionale ad un *altro* principio; e ciò spiega perché, valutata in una prospettiva che è soltanto apparente, non può non risultare sostanzialmente inconsistente.

Il principio “ occulto ” cui si riporta la ritenuta esigenza dell’*attivo* impedimento dell’evento è appunto quello dell’onere della prova: la lettera, la telefonata, qualsiasi “ contatto ” con la vittima sono infatti tutt’altro che indispensabili al recesso dall’estorsione, costituiscono però il mezzo attra-

(55) V. per esempio Trib. Bologna, cit., 448.

(56) Basti pensare alla casistica che abbiamo definito “ di riferimento ”: qui una condotta *attiva* di tutela — più o meno semplice, sicura, o complessa — deve essere *sempre* svolta, dal reo o da qualcun’altro.

verso cui si trasferisce ancora una volta l'onere della prova nelle mani del recedente. La differenza è che si attua così un trasferimento non "ufficiale", un trasferimento meramente *di fatto*. L'importanza di questo rilievo non deve essere trascurata: in esso risiede infatti un'ulteriore dimostrazione della problematicità del rapporto intrattenuto dalla prassi con la tematica della delimitazione. La funzionalizzazione di un postulato del criterio *ex post* ad un principio del tutto diverso costituisce un tentativo forse non tra i più infelici di aumentare il grado della *razionalità interna* della decisione, anche a costo della *razionalità apparente* ⁽⁵⁷⁾.

4. - La prassi della delimitazione si muove con speditezza solo in un settore della sua *routine*: quello cioè in cui con i rudimentali strumenti interpretativi di cui si serve (esempio: parafrasi dell'art. 56 III e IV c.) e soprattutto facendo uso del buon senso comune (esempio: l'estortore inseguito ed acciuffato difficilmente è un "pentito" ⁽⁵⁸⁾) riesce ad ottenere risultati almeno plausibili nel merito, se non ineccepibili nel metodo. Al di là di questo, procede chiaramente a tentoni, districandosi come può tra le insidie e le incognite della problematica della delimitazione. Nelle pagine precedenti si è cercato di ricostruire — almeno nei tratti salienti — la logica sottesa a taluni sviluppi, evidenziando i nessi ed i condizionamenti di maggior rilievo. Un primo bilancio può essere grosso modo il seguente: l'approccio della prassi con i problemi della delimitazione si caratterizza nella gran parte dei casi per la sua impronta nettamente *riduttiva*, che si

(57) Su questa distinzione v. soprattutto ALEXY, *Theorie*, cit., 273 ss.

(58) V. ad esempio Cass. 30.1.1950, in *Giur. Cass. pen.* 1950, I, 241, 210. Sui problemi connessi all'uso di « massime d'esperienza » nella decisione giudiziale, BOBBIO, *La logica del giudice ed il suo controllo in Cassazione*, 2 Edizione, 1964, 100 ss. Sulla massima d'esperienza come « regola probabilistica », LARENZ, *Methodenlehre*, cit., 292.

esprime nella tendenza a comprimere pesantemente l'area della delimitazione *interna* del recesso a vantaggio di un settore di quella *esterna*. In concreto: la prassi concentra i suoi sforzi pressoché esclusivi sulla delimitazione della sfera della desistenza da quella del tentativo punibile, e si preoccupa invece ben poco (e male) di delimitare la desistenza dal pentimento operoso e quest'ultimo dal tentativo semplice.

Se l'indagine ha forse contribuito ad aprire qualche spiraglio di luce sulle *cause* che hanno condizionato, agevolato o sollecitato l'atteggiamento *restrittivo* con cui lavora la giurisprudenza sul terreno della delimitazione e sulle conseguenze *immediate* che da esso discendono, rimangono ancora avvolti nell'ombra almeno due aspetti imprescindibili ad una visione un po' meno frammentaria del fenomeno. Essi riguardano rispettivamente: lo strumentario operativo, le *tecniche di semplificazione* — come sarebbe forse corretto definirle — di cui si serve a questo riguardo la prassi del recesso e i costi *mediati* che questo stato di cose in prospettiva comporta.

La casistica dell'estorsione ha fornito le indicazioni forse più chiare intorno al primo quesito, ponendo in risalto come l'atteggiamento " a senso unico " della giurisprudenza si realizza essenzialmente nella fase dell'attività " preparatoria " delle decisioni: dall'accadimento *materiale* vengono infatti filtrati nella costruzione *giuridica* del fatto ⁽⁵⁹⁾ elementi che già *ictu oculi* appaiono ricchi di significato non in relazione ad una *gamma* più o meno estesa di alternative " possibili " (art. 629 c.p. in relazione all'art. 56 I, III o IV c.), bensì ad una *unica*, precisa alternativa (art. 56 I o III c.), per la cui soluzione appare immediatamente evidente su quale estremo va a impiantarsi l'aspetto *problematico* della decisio-

(59) Su questo processo v. LARENZ, *Methodenlehre*, cit., 262 ss.; ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3 Auflage, 1963, 20 ss.; KAUFMANN, *Analogie und Natur der Sache*, ora in *Rechtsphilosophie im Wandel*, 1972, (272 ss.) 302 ss.

ne (art. 56 III c.) e su quale invece si concentrano le migliori *chances* di successo (art. 56 I c.).

Ciò non può certo meravigliare chi tenga a mente le parole di Karl Larenz: « il fatto (nella sua fisionomia definitiva) costituisce il risultato di un'elaborazione concettuale in cui la valutazione giuridica è già *anticipata* » (60); questo contribuisce però a spiegare come mai nelle ricostruzioni della giurisprudenza i « fatti » siano sempre tanto avari sia sotto il profilo *terminologico* (ad esempio, non contengono espressioni come: verificarsi dell'evento, contro-azione di tutela, etc.) sia sotto il profilo *strutturale* (la condotta impeditiva, ad esempio, non risulta mai ben "visibile" nel contesto generale) di elementi indizianti l'eventualità di un pentimento operoso (61).

L'unilateralità della prassi nel suo approccio ai problemi delimitativi non si ferma ovviamente al « fatto »: in sede di *valutazione* del fatto (62) non può che proseguire il lavoro dei meccanismi di riduzione della complessità della delimitazione. Una verifica approfondita circa la *natura* ed il *funzionamento* di tali meccanismi sarebbe certo di estremo interesse, potrebbe però essere proficuamente svolta solo nel quadro di un'indagine specificamente dedicata a questo fenomeno: si tratterebbe infatti — tra l'altro — di farsi carico di uno studio *analitico* sulla *struttura* e le *tecniche* di motivazione di un consistente numero di decisioni opportunamente selezionate (63). Nei ben più ristretti limiti dell'analisi che qui si conduce dovrà essere perciò sufficiente qualche breve cenno, a titolo meramente esemplificativo, intorno a due dei mecca-

(60) LARENZ, *Methodenlehre*, cit., 263 (corsivo nostro).

(61) Sugli aspetti generali di questo fenomeno v. ancora LARENZ, *Methodenlehre*, cit., 264.

(62) Per tutti, LARENZ, *Methodenlehre*, cit., 266 ss.

(63) Un'introduzione all'analisi strutturale delle decisioni giudiziali ora in ROTTLEUTHNER, *Richterliches Handeln*, cit., soprattutto 86 ss.

nismi di riduzione più " scoperti ", e forse anche di più frequente applicazione.

a) Certi casi di tentata truffa alle assicurazioni di recente venuti all'esame della prassi possono essere abbastanza istruttivi in relazione al primo di tali meccanismi: in concreto, l'agente si era affrettato a ritirare la falsa denuncia di sinistro *prima* che l'assicurazione avesse disposto in merito alla richiesta ⁽⁶⁴⁾. La valutazione conclusiva che di queste ipotesi dà la giurisprudenza è ovviamente del tutto irrilevante, ciò che qui interessa controllare sono infatti le *modalità* di realizzazione della delimitazione in relazione alle due forme del recesso: ed in realtà è proprio in ciò che risiede il *punctum dolens*.

La delimitazione è spesso solamente *esterna*, per essere più precisi, essa è operata unicamente in funzione dell'alternativa: tentativo semplice / desistenza volontaria, come se un problema di configurabilità dell'art. 56 IV c. non esistesse nemmeno in via meramente eventuale: il che è appunto tutt'altro che scontato. Concettualizzando, si può dire dunque che una prima tecnica di riduzione viene attuata attraverso una *omissione* pura e schietta: la delimitazione nei confronti del ravvedimento attivo non viene realizzata neppure per via implicita, essa è semplicemente *presunta*.

b) La seconda tecnica cui si faceva poco fa riferimento è sicuramente più raffinata e molto meno evidente di quest'ultima nel suo modo di operare: la delimitazione viene infatti impostata secondo uno schema la cui struttura rende già di per sé difficilmente proponibile una verifica condotta in relazione all'art. 56 IV c.

Per prima cosa un esempio: il reato di falsità in scrittura privata (art. 485 c.p.) si consuma col primo uso del do-

(64) V. da ultimo Cass. 12.6.1973, in *Cass. pen. mass. ann.* 1974, 1075, 1683; v. anche Cass. 19.11.1969, *ivi*, 1971, 1025, 1477.

cumento falso, perciò se anche l'agente nel corso di un giudizio civile ha ritirato la domanda — e la scrittura su cui essa si basava — *prima* che la controparte avesse formulato le proprie osservazioni, ciò non può configurare un'ipotesi di desistenza dal delitto tentato ⁽⁶⁵⁾. Questo principio, di recente affermato dalla Cassazione, è l'espressione di un atteggiamento giurisprudenziale pressoché costante intorno ad una problematica tutt'altro che semplice: *se*, entro quali *limiti* e con che tipo di *rilevanza* sia configurabile il recesso dal reato *formalmente* ma non *materialmente* consumato ⁽⁶⁶⁾. La giurisprudenza pone a base della sua interpretazione un'argomento apparentemente inattaccabile: lì dove sono presenti tutti gli elementi da cui la legge fa dipendere la consumazione del reato non può trovare applicazione un istituto rilevante solo nell'ambito del tentativo. In verità le cose sono alquanto più complesse: una presa di posizione che voglia essere consapevole e meditata dovrebbe tener conto almeno di talune considerazioni di ordine generale, che si possono qui soltanto riassumere.

Non si dovrebbe innanzitutto sottovalutare che la *scelta* del momento dell'*iter criminis* in cui si fa scattare la consumazione formale del reato risponde a criteri non proprio solidi e indiscutibili sotto il profilo logico, tecnico e politico-criminale, almeno *non* sempre ⁽⁶⁷⁾: i criteri che presiedono

(65) Cass. sez. V, sent. n. 3164, Ud. 27.11.1975, imp. Granzotto, *inedita*.

(66) Sul problema della distinzione tra *formelle Vollendung* e *materielle Beendigung*, soprattutto sotto il profilo della sua rilevanza concreta, JESCHECK, *Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat*, in *Fest. Welzel*, 1974, 683 ss. Per una sintetica informazione sull'argomento, v. invece, dello stesso Autore, *Lehrbuch*, cit., 418-9. Per quanto concerne invece la terminologia *formelle-materielle Vollendung*, v. KÜHL, *Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts*, 1974, 18.

(67) Si pensi ad esempio all'art. 642 c.p., per la cui consumazione formale non è necessario un danno reale a carico della società di assicurazione; danno che costituisce invece elemento essenziale dell'ipotesi generale di truffa prevista dall'art. 640 c.p. Considerando che probabilmente nella maggior parte dei casi i tentativi di truffa alle assicurazioni si verificano mediante richieste di risarcimento per danni auto-

a questa scelta, anzi, sono spesso puramente arbitrari⁽⁶⁸⁾. In ciò affondano le radici della crescente crisi di *legittimazione* del principio — di cui si fa appunto assertrice la prassi — secondo cui il riconoscimento dei benefici — quali che essi siano — accordati dalla legge al recedente dovrebbe dipendere non dall'impedimento della *reale* violazione del bene bensì dal fatto che essa sia avvenuta *prima* di un determinato momento. In secondo luogo, occorrerebbe riflettere che la legge penale conosce numerose ipotesi speciali di recesso dal delitto *formalmente* consumato: ipotesi che — almeno in parte — rispondono alla stessa logica sottesa alle disposizioni di parte generale sul recesso, e soprattutto ipotesi la cui scelta ancora una volta non corrisponde affatto a criteri rigorosamente razionali dal punto di vista politico-criminale e realmente funzionali alla coerenza complessiva del sistema, almeno *non* sempre⁽⁶⁹⁾: la scelta di tali disposizioni spesso dipende in buona parte dal caso⁽⁷⁰⁾.

Queste ed altre non meno importanti considerazioni⁽⁷¹⁾ giustificano l'atteggiamento di quanti ritengono che in attesa

mobilitici che non sono stati provocati dal proprietario stesso al fine di riscuotere l'indennizzo, ovvero per danni che non esistono affatto, risulta che la più intensa tutela apprestata dall'art. 642 c.p. attraverso lo strumento tecnico della consumazione formale v., per tutti, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte spec.*, I, 1966, 269-70) rimane in buona parte irrealizzata.

(68) Così STRATENWERTH, *Strafrecht*, cit., 212, § 733.

(69) È quanto meno opinabile, per esempio, la logica per cui è stata attribuita efficacia esimente alla ritrattazione relativa ai reati previsti dagli art. 371, 372 e 373 c.p., ma non invece alla ritrattazione relativa al reato di cui all'art. 370 c.p. (simulazione o calunnia per un fatto costituente contravvenzione). Anche la prassi, del resto, non è sempre insensibile a questi problemi, come è dimostrato per esempio dalle decisioni, per quanto rare, in cui si riconosce effetto esimente alla ritrattazione spontanea ed immediata della denuncia calunniosa, quando si ritratti dinanzi alla stessa autorità che aveva ricevuto la denuncia: Cass. 23.3.1970, in *Giust. pen.* 1971, II, 304.

(70) Così SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, cit., (ESER) 331, n. 126, § 24; v. anche SCHÖDER, *Die Unternehmensdelikte*, in *Fest. Kern*, 1968, (457 ss.) 462 ss.

(71) V. SCHRÖDER, *Die Unternehmensdelikte*, cit., *passim*.

di un'effettiva razionalizzazione della " parte speciale " del recesso — razionalizzazione di cui il codice penale italiano ha senza dubbio più bisogno che altri ⁽⁷²⁾ — il ricorso all'analogia diventi una via obbligata: ad evitare che l'ossequio puramente *formale* del principio di legalità si trasformi in una violazione *sostanziale* del medesimo ⁽⁷³⁾.

Nell'ipotesi concreta prospettata in precedenza bisognerebbe dunque tener conto dell'esistenza di una normativa piuttosto " generosa " sulla ritrattazione delle falsità in giudizio civile: non è infatti punibile la parte che ritratta il falso in giuramento decisorio (art. 371 c.p.) né il testimone o il perito che correggono le loro deposizioni mendaci (art. 376 c.p.) quando ciò avvenga *prima* che sulla domanda giudiziale sia pronunciata sentenza definitiva. Sia che la logica in cui si muovono queste disposizioni speciali sul recesso si riporti all'idea del « premio » concesso al recedente ⁽⁷⁴⁾, sia che essa attenga invece a considerazioni di indole politico-criminale funzionali all'interesse per la correttezza *sostanziale* della giustizia civile ⁽⁷⁵⁾, ciò deve tenersi correttamente in conto quan-

(72) La recente, massiccia normativa in tema di recesso dal reato consumato (formalmente: partecipazione a banda armata o associazione sovversiva; materialmente: sequestro di persona a scopo di estorsione, dove la consumazione non è ancora materiale rispetto all'estorsione) costituisce la dimostrazione più evidente dell'urgenza di un ripensamento complessivo, volto a migliorare l'organicità della politica di parte speciale del recesso e la sua coerenza con quella di parte generale, sia l'una che l'altra fortemente scosse dalla frammentarietà degli interventi operati negli ultimi tempi in questo settore.

(73) Viene per lo più raccomandata l'applicazione analogica delle norme speciali sul recesso, quando si tratti appunto di situazioni affini (così STRATENWERTH, *Strafrecht*, cit., 212-13, § 733-4; SCHÖNKE-SCHRÖDER (ESER), *Kommentar*, cit., 331, n. 125; JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., 442-3; in KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 43 Auflage, 1961, § 46 n. IV, 1, relativamente agli *Unternehmensdelikte*, si propone invece il ricorso analogico alle norme generali sul recesso), dal momento che non sempre l'ampiezza dei benefici accordati al recedente dalle norme speciali trova esatta corrispondenza nelle previsioni di parte generale.

(74) Interpretando cioè la ritrattazione come espressione di pentimento del reo: così, per esempio, BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 526.

(75) Per tutti, ANTOLISEI, *Manuale, Parte spec.*, cit., II, 781-2; allo stesso

do l'uso della falsa scrittura privata si verifichi appunto nel corso di un giudizio civile al fine di " sostenere " la domanda proposta.

Con questo non si afferma affatto *tout court* che al ritiro dell'atto debba riconoscersi rilevanza estintiva della punibilità del reato, così come stabilito nelle altre ipotesi di ritrattazione, e tanto meno si vuole sostenere che andrebbe invece senz'altro applicata la normativa generale sul recesso. Una decisione ponderata dovrebbe infatti innanzitutto avere ben chiaro il rapporto tra le differenti forme che assume il recesso in relazione alle varie fasi dell'*iter criminis* (recesso dal delitto tentato, dal reato formalmente consumato, dal reato materialmente consumato) e soprattutto ricostruire — se c'è ⁽⁷⁶⁾ — la logica che presiede alla diversa rilevanza riconosciuta nel nostro codice sia alle numerose ipotesi di recesso *post crimen* sia alle due distinte specie del recesso dal delitto tentato. In particolare, andrebbe approfondito appunto il problema del rapporto tra il tipo di rilevanza accordata all'art. 56 IV c. e le ipotesi di recesso impeditivo della consumazione materiale del reato: una prospettiva, questa, ricca di interesse non soltanto sotto il profilo dell'*jus condendum*, bensì soprattutto ai fini di un più razionale coordinamento tra le distinte fasi normative del recesso.

Da questa riflessione e da questo coordinamento potrebbero forse scaturire almeno due indicazioni utili alla valutazione del caso in esame: in primo luogo, che la delimitazione condotta esclusivamente in relazione al momento consumativo del reato di cui all'art. 485 c.p. è necessaria ma non sufficiente al definitivo inquadramento della condotta in questio-

modo SCHÖNKE-SCHRÖDER, (LENCKNER), *Kommentar*, cit., 1136, § 158, n. 1, in relazione alla disciplina, per alcuni versi simile, prevista dallo *StGB*.

(76) Un'accurata analisi sulla logica e sul tipo di rilevanza delle ipotesi di recesso *post crimen* nello *StGB* è stata compiuta da BOTKE, *op. cit.*, 657 ss. V. anche, su questo tema, le recenti, acute riflessioni di NAUCKE, *Auf der Grenze zwischen Strafbarkeit und Straflosigkeit*, in *Jura* 1979, (426 ss.) 428.

ne; in secondo luogo, che sviluppando questa argomentazione solo nella prospettiva di un'eventuale rilevanza dell'art. 56 III c. — come fa appunto la Cassazione — viene semplificato indebitamente lo schema di delimitazione, alleggerendolo della sua parte probabilmente più impegnativa.

5. - Questo stato di cose per tanti versi precario comporta ovviamente dei costi, che la prassi non può non pagare. Alcuni sono già stati segnalati nel corso dell'indagine via via che se ne è presentata l'opportunità, altri sono facilmente desumibili da quanto finora esposto: questi, che sono i costi *immediati* dell'attuale prassi del recesso, non hanno davvero bisogno di essere qui riepilogati; si può perciò tracciare senz'altro un bilancio provvisorio.

La prassi della delimitazione dispone di schemi inadeguati per *struttura* ed *ampiezza*, e ciò la induce ad una progressiva restrizione della *prospettiva* in cui elabora e risolve le situazioni di conflitto rilevanti nei diversi settori della fenomenologia normativa del recesso. In sintesi: da tempo essa ha fatto dell'art. 56 III c. il suo punto di riferimento "privilegiato", la guida in cui essa trova il *metro*, della sua attività, sia nell'approccio *metodologico* ai problemi pratici della delimitazione, sia in sede di primo orientamento nella *valutazione* della rilevanza giuridica delle condotte di tutela. In questo quadro è perciò addirittura scontato che essa giunga ai rari appuntamenti con l'art. 56 IV c. decisamente impreparata: poco fa sono stati evidenziati i risultati non certo brillanti ottenuti con l'uso di un'argomentazione ispirata al criterio *ex post*, ma al di là di questo la verità è che non sono affatto cospicue le risorse interpretative o comunque gli schemi operativi di cui dispone la prassi del pentimento operoso. In un modo o in un altro i suoi limiti affiorano perciò impietosamente, per esempio quando il caso del ritiro di una falsa denuncia di sinistro percorre tre diversi gradi di giudizio rice-

vendo una valutazione tre volte diversa: tentativo di truffa, dice il pretore; desistenza dal tentativo di truffa, corregge il tribunale; ravvedimento attivo in truffa tentata, stabilisce infine la Cassazione (77).

Incertezza, inconsistenza, improvvisazione: questi i mali da cui è afflitta la prassi del recesso. In un conto a parte, vanno poi ancora messe le disfunzioni occulte, cui si riportano in misura forse anche maggiore gli opposti destini che appunto per vie diverse rendono però ugualmente difficile la vita dei commi III e IV dell'art. 56 c.p.: l'uno per il suo impiego " a tempo pieno " nei processi di delimitazione; l'altro per la crisi " esistenziale " da cui non riesce ad uscire, quasi la sua condanna ad un inarrestabile declino che lentamente lo estromette dalla scena delle vere vicende del recesso.

Ciascuno di questi due aspetti deve essere brevemente illustrato. Cominciando dal primo, sarà sufficiente richiamare l'attenzione sui condizionamenti cui è inevitabilmente esposta la prassi della delimitazione ogni volta che pone a base delle sue valutazioni una visione aprioristicamente riduttiva: come per esempio quando inquadra fin dall'inizio le ben note ipotesi di presunto recesso dal delitto di estorsione nel dilemma desistenza volontaria — tentativo interrotto da cause esterne. Sulla ristretta base così costruita essa può, infatti, muoversi solo nell'alternativa: punibilità — non punibilità della tentata estorsione, una situazione " a forbice " i cui estremi sono rappresentati da soluzioni tra loro antitetiche ma ciò non ostante entrambe almeno plausibili.

In casi del genere, quando è appunto costretta — o meglio, si sente costretta — ad operare sul piano del « tutto o niente » (78), la giurisprudenza è particolarmente disponibile

(77) Così, rispettivamente, Pretura di Bari, 26.6.1964; Tribunale di Bari, 26.10.1965 ed infine Cass. 2.2.1968: in *Arch. giur. circ. e sinistri* 1969, 1029 ss.

(78) La acuta analisi recentemente effettuata da GEILEN, (*Zur Abgrenzung*, cit.), sul problema della delimitazione del recesso tende, tra l'altro, a mettere in luce

alla considerazione di fattori per così dire *esterni* al caso *sub judicio*, fattori che svolgono un ruolo spesso tutt'altro che marginale al momento di risolvere l'alternativa nell'un senso o nell'altro: la casistica dell'estorsione è appunto emblematica di questo genere di interferenze, qui rappresentate, in concreto, soprattutto da considerazioni attinenti alla *prevenzione generale*, che negli aspetti inerenti alla *frequenza* ed alla *gravità* del reato trova, come si sa, indici di fondamentale importanza ⁽⁷⁹⁾.

6. - Il secondo aspetto, come si è già accennato, riguarda invece le prospettive dell'art. 56 IV c. nel sistema giurisprudenziale del recesso: si tratta cioè di vedere se la progressiva perdita di significato della norma nel complesso dei pro-

proprio le difficoltà cui va incontro la prassi in questo tipo di situazioni, quando è costretta a scegliere — nel sistema dello *StGB* — tra consumazione (« tutto ») e recesso (« niente »). È opportuno sottolineare che nel sistema italiano del recesso queste situazioni si presenterebbero con toni certamente più attenuati, se la prassi (e la teoria) fossero in grado di sfruttare al meglio tutte le potenzialità offerte dalla legge.

⁽⁷⁹⁾ Pur con tutti i limiti del sistema penale sia riguardo alla conoscenza che all'effettiva repressione dei reati: su quest'ultimo tema v. in particolare LÜDERSSEN, *Strafrecht und Dunkelziffer*, ora in *Seminar: Abweichendes Verhalten*, I, *Die selektiven Normen der Gesellschaft*, 1975, (244 ss.) *passim*, soprattutto 253 ss.; sui citati aspetti della prevenzione generale v. invece HASSEMER, *Prevenzione generale*, cit., *passim*, soprattutto 131 ss. Nel tipo di situazioni di cui si parla nel testo la prassi è fortemente orientata a ritenere il tentativo di estorsione; può essere opportuno ricordare che l'alternativa sarebbe ivi rappresentata, tutt'al più, da una condanna per minaccia aggravata, con una cornice di pena da 15 giorni ad 1 anno di reclusione: una *quantità negligibile* per l'odierna prassi dell'estorsione. Una prassi, del resto, cui andrebbe forse un po' stretta anche una cornice formata con l'art. 56 IV c. in relazione all'art. 629 c.p. (da 6 mesi a 4-5 anni di reclusione), soprattutto considerando le non poche difficoltà di una commisurazione eventualmente orientata a valori medio-alti in un'ipotesi di attivo ravvedimento del colpevole. È del resto solo un caso che l'unica sentenza in cui si esaminano queste ipotesi di estorsione anche alla luce dell'art. 56 IV c. risale a tempi in cui questa forma di criminalità era ben lontana dagli *standards* attuali? (Trib. Bologna 16.3.1956, cit.). Per una dimostrazione evidente dell'incidenza di considerazioni general-preventive in sede di delimitazione del recesso v. la motivazione di Cass. 2.2.1968, in *Arch. giur. circ. sinistri*, 1969, 1030, in relazione alla truffa in danno delle assicurazioni.

cessi di delimitazione lasci emergere alcun sintomo di un'evoluzione — potenziale o in atto — nel rapporto della prassi con il pentimento operoso, e cercare quindi di precisare la *portata* e la *direzione* di eventuali sviluppi.

Una sentenza abbastanza recente del Giudice istruttore del Tribunale di Roma offre indicazioni utilissime a questo tipo di verifica, non tanto perché presenta uno schema argomentativo che consente di ripercorrere con grande chiarezza taluni tra i temi più rilevanti fin qui analizzati, quanto piuttosto perché in essa tali temi sono coerentemente — se non del tutto consapevolmente — sviluppati in tutta la loro potenzialità: il che rende appunto possibile all'osservatore un bilancio " di previsione " non del tutto privo di un margine accettabile di credibilità ⁽⁸⁰⁾.

a) La fattispecie concreta è la seguente. L'imputata aveva aperto i rubinetti del gas ed era uscita di casa col proposito di uccidere il marito dormiente. Dopo poco tempo, pentita, aveva avvertito la polizia: gli agenti avevano dovuto semplicemente aprire le finestre e dare aria all'abitazione, poiché gli ambienti erano lungi dalla saturazione e l'uomo non aveva subito il minimo danno. Ad un caso di questo tipo è certo facile pronosticare un grande successo nella manualistica penale dei prossimi anni: è infatti lecito pensare che nessuno si lascerà sfuggire l'opportunità di mettere da parte i consueti, fantasiosi esempi di avvelenamento con successiva offerta di antidoto o di omicidio mediante lancio nel fiume con relativo tuffo di salvataggio, esempi che ormai da lustri servono ad illustrare la struttura del ravvedimento attivo ⁽⁸¹⁾. Il caso venuto all'attenzione del giudice romano pare infatti in possesso di tutti i requisiti per diventare un " esempio di scuo-

(80) G. I. Tribunale Roma 19.12.1972, in *Arch. pen.* 1973, II, 86 ss., con motivazione e nota adesiva di DE LEONE, *ivi*, 499 ss.

(81) V. n. (17), Parte I.

la ”: lineare, facile da ricordare, soprattutto strutturalmente idoneo ad essere rapidamente delimitato dalle ipotesi di desistenza dall'azione.

Ciò — è ovvio — almeno finché si faccia uso dei consueti criteri di delimitazione, come appunto accade — almeno in un primo momento — anche nella decisione in questione: essa adotta, in particolare, uno schema applicativo in cui figurano in opportuna successione argomentazioni connesse sia al III che al IV c. dell'art. 56 c.p. Da una parte, infatti, viene operata la delimitazione rispetto all'art. 56 III c. mediante l'impiego di un criterio che abbiamo già denominato *testuale* (« si ha desistenza volontaria quando l'agente interrompe gli atti che portano alla realizzazione dell'evento »); dall'altra, si definisce la sfera normativa del pentimento operoso col ricorso al criterio *ex post* (« il recesso attivo si ha quando l'agente ha compiuto tutto ciò che era necessario alla produzione dell'evento lesivo », ma ha poi neutralizzato l'attività precedente « con una nuova serie causale ») ⁽⁸²⁾.

Le premesse sono senza dubbio precise ed esaurienti: non viene infatti trascurato assolutamente nulla di quanto la teoria e la prassi della delimitazione hanno saputo faticosamente concettualizzare. Chiave di volta del sistema normativo del recesso è l'azione esecutiva del reo, dall'analisi di questo elemento si traggono le indicazioni sufficienti a risolvere in un senso o nell'altro lo schema dicotomico dell'art. 56 c.p.: la legge infatti « pone la distinzione tra i due istituti proprio sulla compiutezza o meno dell'azione » ⁽⁸³⁾, si legge testualmente nella decisione che funge qui da riferimento. Criterio *ex post*, dunque, ma in versione “ monofase ”: ed ancora una volta il criterio non può funzionare convincentemente, poiché mancano le premesse *sostanziali* della sua validità. La vittima è infatti in perfetta salute, non c'è stato alcun

⁽⁸²⁾ Loc. cit., 88.

⁽⁸³⁾ Loc. ult. cit.

danno incombente, nessun trasporto d'emergenza in ospedale, etc. Così si complicano all'improvviso le cose, che sembravano invece tanto semplici: il consueto schema di delimitazione, puntualmente inteso ed applicato, conduce ad una soluzione evidentemente insoddisfacente se in motivazione il processo argomentativo inesplicabilmente si arresta dinanzi alla conclusione ormai più che matura, e con un giro vizioso fa rotta verso l'altra sponda.

b) Esattamente a questo punto diventa di estremo interesse nella prospettiva di chi indaghi il futuro di *questo* art. 56 IV c. la decisione del giudice romno: esattamente cioè nel punto in cui di consueto la prassi della delimitazione — quando si trova in circostanze simili — si mette in cerca di correttivi, espedienti, compromessi che consentano, per così dire, di trarre dalla botte anche il vino che *non* ha.

La decisione in esame si discosta nettamente dalle altre non per il tentativo — peraltro abbastanza scoperto — di alterare il risultato della delimitazione attraverso “aggiustamenti” più o meno plausibili: essa si discosta invece dalle altre per la *qualità* delle argomentazioni con cui corregge lo schema applicativo, e per la *portata* di tale correzione, una correzione il cui significato trascende di gran lunga la sfera della delimitazione ed investe piuttosto le fondamenta stesse del pentimento operoso nel sistema normativo del recesso. Perciò dall'analisi di questa decisione può ricavarsi una prima risposta ai quesiti poco fa formulati.

L'esame della motivazione rivela chiaramente i punti di riferimento essenziali cui si orienta la decisione in ogni sua parte: 1) il ruolo centrale del concetto di *azione esecutiva* nel processo di delimitazione; 2) la convinzione che, sotto il profilo *sostanziale*, la fattispecie concreta è nettamente più prossima alla sfera di valore della desistenza che non a quella del pentimento operoso. La strada da percorrere è dunque

senza alternative: bisogna operare col criterio fondato sull'« azione esecutiva » e modificarlo fino ad ottenere il risultato voluto. Che la giurisprudenza scelga di volta in volta le strade che meglio sembrano garantirle la soluzione « giusta », è cosa che non dovrebbe meravigliare ormai nessuno ⁽⁸⁴⁾: non potendo operare la « correzione » — come più spesso avviene — in sede di commisurazione (si tratta appunto di *non* irrogare alcuna sanzione) ⁽⁸⁵⁾, nel caso di specie essa agisce nella fase normativamente precedente, che è la scelta della fattispecie. Il concetto di azione esecutiva viene perciò « ristrutturato » in modo da rendere appunto possibile la sussunzione nel comma III dell'art. 56. Afferma così il G. I. di Roma che è *azione esecutiva* non soltanto la condotta *attiva* necessaria e sufficiente alla produzione dell'evento tipico, ma anche la condotta *negativa* con cui *non si annulla* l'efficacia causale dell'attività posta in essere. Cioché, l'imputata che non ha « omesso » di interferire nel decorso causale avviato, ma è invece intervenuta attivamente arrestandolo, ha interrotto l'*azione esecutiva* del reato, e non è perciò punibile perché ha *desistito* dal delitto tentato ⁽⁸⁶⁾.

c) La motivazione di questa decisione è palesemente *inconsistente*: quanto meno perché non si assume in alcun modo l'onere di dimostrare l'asserita purificazione — dal punto di vista del sistema penale del recesso — tra *azione esecutiva*

(84) V. per esempio ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it. 1970, 125, e ZIPPELIUS, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, II Auflage, 1974, 60 ss. In una visione nettamente più pessimistica rileva NAUCKE che la prassi spesso dichiara di seguire un determinato metodo interpretativo — di solito, quello teleologico — ma ciò serve non di rado a camuffare una realtà ben diversa, costituita dal fatto che in sostanza « non viene adoperato assolutamente nessun processo metodologicamente controllabile »: v. *Der Nutzen der subjektiven Auslegung*, in *Fest. Engisch*, 1969 (274 ss.) 275.

(85) Su questo fenomeno, in particolare, HASSEMER, *Strafzumessung, Strafvollzug und die « gesamte Strafrechtswissenschaft »*, ora in *Seminar: Abweichendes Verhalten*, III, *Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, 2, 1977, 243 ss.

(86) Loc. cit., 89.

ed *omissione* esecutiva: e ciò in relazione ad una normativa, è inutile dirlo, che non sembra affatto orientata a questo assunto. Ma l'interesse che presenta questa decisione non risiede certo nell'originalità — per così dire — di certe sue argomentazioni. Essa ha invece grande rilievo perché documenta un pericoloso atteggiamento della prassi quando è costretta ad operare con criteri interpretativi (riconosciuti come) insoddisfacenti, criteri cui non riesce ad opporre alcuna alternativa. La decisione in oggetto dimostra infatti come la prassi del recesso reagisce a questo disagio anche col tentativo di *annullare*, di fatto, l'ambito applicativo della norma *sostanzialmente* non-definibile. Questo è appunto il nodo centrale, ed è perciò necessario soffermarvi brevemente l'attenzione per precisare come sia possibile il formarsi di una prassi di tal genere, e perché essa sia il segno di una tendenza volta a "negare" la norma.

Il giudice è posto dinanzi all'alternativa desistenza dall'azione/impedimento dell'evento in termini relativamente "semplici": il diritto positivo gli dice infatti con chiarezza come deve comportarsi *dopo* aver risolto l'alternativa in un senso o nell'altro, ma non gli dice affatto con chiarezza — o glielo dice con chiarezza solo apparente — *come* risolvere l'alternativa in cui gli impone di agire. Su questo punto la *teoria* del recesso deve dunque rivedere radicalmente le sue impostazioni, ed assumersi di conseguenza le responsabilità che le derivano dal suo non sufficiente impegno su questo terreno, dove ha forse creduto di assolvere il suo compito semplicemente elaborando — peraltro poco e male — un criterio che può rivelarsi anche pericoloso se non sufficientemente meditato, quale appunto il criterio *ex post* ⁽⁸⁷⁾.

Nei confronti della prassi questo atteggiamento ha avuto un significato preciso: limitando la propria attività alla mera

(87) V. le n. (4), (5) e (6) Parte I.

esegesi della norma, la teoria ha in effetti lasciato libera la prassi di agire a suo piacimento nei casi strutturalmente più complessi. Ma di questa libertà la prassi del recesso non ha fatto gran uso, appunto perché incapace anch'essa di approfondire — al di là della mera esegesi — lo schema binario dell'art. 56 III e IV c.: credendo — o fingendo di credere — che un rigoroso ossequio al dogma della " lettera della legge " bastasse a risolvere i suoi problemi, essa ha poi in realtà dovuto dimenticarsene, non senza disinvoltura, ogni qualvolta le necessità del momento le hanno imposto improvvisazioni più o meno estemporanee e felici. Ma, soprattutto, ha finito così per non poter trarre alcun frutto dalle sue stesse esperienze, dal momento che non si è mai seriamente sforzata di funzionalizzarle alla ricerca della reale dimensione normativa di un fenomeno estremamente complesso.

È accaduto così che la prassi non è riuscita a dotarsi di uno strumento di lavoro indispensabile alla *stabilità* delle sue decisioni: essa è infatti costretta ad operare senza il riferimento, lo stimolo, il controllo di un adeguato *diritto giurisprudenziale* della delimitazione⁽⁸⁸⁾. Dinanzi al caso concreto il giudice è perciò veramente solo: e non sempre decide per il meglio.

7. - In una situazione del genere la contraddittorietà dei giudicati è ancora il male minore: almeno finché sia il portato di sforzi interpretativi che perseguono in fondo, e con alterno successo, l'obbiettivo di restar fedeli alle scelte dell'ordinamento. La prassi tenta così di distinguere tra desistenza impunita dal tentativo di aborto e tentativo punibile attenuato dal pentimento dell'agente; o cerca di individuare il momento in

(88) In generale, sull'indispensabile funzione stabilizzatrice del diritto giurisprudenziale nell'agire della prassi, v. LARENZ, *Methodenlehre*, cit., 421 ss.; HASSEMER, *Rechtssystem*, cit., 83 ss.; ESSER, *Vorverständnis*, 187 ss.

cui il ravvedimento dell'estortore non può più rilevare ai sensi dell'art. 56 III c.; o, ancora, condanna per tentativo, poi assolve per desistenza ed infine attenua con l'art. 56 IV c. la pena del truffatore che ritira la falsa denuncia di sinistro⁽⁸⁹⁾: le oscillazioni, i ripensamenti, anche l'inconsistenza di talune motivazioni costituiscono appunto la prova della voto il giudice è perciò veramente solo: e non sempre decide per lontanà di restare *dentro* al sistema, volontà che si riflette ad esempio nello sforzo — per quanto ingenuo possa essere — di orientare caparbiamente le decisioni al testo letterale della legge.

Ma una prassi abbandonata a sè stessa, totalmente indifesa dinanzi alle complessità del caso concreto, può reagire altrimenti, può anche attuare *contro* il sistema: attraverso decisioni cui starebbe invero stretta la vecchia, appropriata definizione di « norma del caso di specie »⁽⁹⁰⁾, perché esse pongono in realtà una norma che ha ben più alte pretese, una norma che si costituisce di fatto come *alternativa* a quella codificata.

a) Un rilievo di questo genere minaccia di condurre l'indagine su un terreno senza dubbio affascinante, su cui è però consentito inoltrarsi solo a chi disponga di tempo e di mezzi appropriati per intraprendere un discorso necessariamente non breve, e denso di ogni tipo di incognite: questo è infatti quanto di meno possa aspettarsi chi voglia — a qualsiasi titolo, e qualunque sia l'interesse che concretamente lo spinge — sedersi al tavolo attorno a cui più che mai si discute del *se* e del *come* possa distinguersi l'attività di *interpretazione* da quella di *creazione* del diritto, con particolare riguardo al momento

(89) Per la casistica sull'aborto v. le n. (9) e (10), P. I; per l'estorsione v. le n. (5), (6), (36), (37), (43) e (44) P. II; per la truffa alle assicurazioni v. n. (77) P. II.

(90) Tutti ricordano le veementi parole con cui O. BÜLOW rivendicava al giudice un rango non inferiore a quello del legislatore, ed alla sentenza la qualità di atto giuridico normativamente preminente anche rispetto all'atto con forza di legge: *Gesetz und Richteramt*, 1855, 4-7.

della decisione giudiziale ⁽⁹¹⁾. Di questo tempo, di questi mezzi e — perché no — dell'indispensabile ardimento non è certo in possesso la presente ricerca: essa deve perciò accontentarsi di qualche breve considerazione strettamente limitata, per natura e funzione, alla dimostrazione dell'assunto di cui sopra.

Interpretazione è di per sé « cambiamento », al di fuori dell'interpretazione non può affermarsi nessun « senso » della legge perché tale affermazione sarebbe priva di significato se a sua volta non sorretta dall'interpretazione: proprio per questa « potenza » dell'interpretazione la giurisprudenza può addirittura realizzare riforme *senza* o *contro* la volontà del legislatore, o può creare istituti che non esistono nel sistema e risolvere in base ad essi casi pratici ⁽⁹²⁾. Questi o simili avvertimenti di cui è sempre stata prodiga la teoria dell'interpretazione non hanno certo bisogno di essere ricordati a nessuno: se vengono qui richiamati è solo per sottolineare in poche righe la dimensione necessariamente *problematica* in cui va letto e discusso il rilievo di poc'anzi circa il carattere « creativo » di certe decisioni giurisprudenziali ed in particolare di quella di cui ci occupiamo.

Chi avesse perciò inteso che si voglia con esso far carico al giudice di aver operato la delimitazione con eccessiva « autonomia » rispetto alla lettera della norma ⁽⁹³⁾, ovvero di aver effettuato una sussunzione troppo intrisa di momenti soggetti-

(91) Anche su questo tema è possibile fornire solo qualche indicazione a titolo meramente indicativo, per motivi che non è nemmeno il caso di precisare: KAUFMANN, *Analogie und Natur der Sache*, ora in *Rechtsphilosophie im Wandel*, 1972, 272 ss.; LARENZ, *Methodenlehre*, cit., 354 ss.; ZIPPELIUS, *Einführung*, cit., 50 ss.; BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, 1935; ENGISCH, *Introduzione*, cit., soprattutto 217 ss.; HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, 1966, 118 ss.; da ultimo v. anche SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, 1979, *passim*, per una vigorosa, anche se non sempre convincente, riaffermazione della praticabilità del divieto di analogia.

(92) Così HASSEMER, *Rechtstheorie, Methodenlehre und Rechtsreform*, in *Rechtstheorie* (a cura di KAUFMANN), 1971, 31-2.

vi (la brusca svolta impressa all'argomentazione per evitare la conclusione "sgradita"), insomma di aver fatto di più di una pura e semplice *applicazione* della legge al caso concreto, sarebbe dunque completamente fuori strada. La denuncia della pericolosa tendenza *riformatrice* del sistema penale del recesso, tendenza di cui è appunto emblematica la decisione in oggetto, si colloca infatti su un piano del tutto diverso, dove il problema del vincolo del giudice al diritto positivo non viene certo sottovalutato, tutt'altro: è però inquadrato in una prospettiva notevolmente più complessa, dove anche se censure tipo quelle poco fa ipotizzate possono forse — alla fin fine — risultare sotto alcuni aspetti pertinenti, non per questo diventa tuttavia più accettabile o meno semplicistico l'approccio *teorico-conoscitivo* e *metodologico* di cui rilievi del genere sono di consueto espressione.

b) È infatti merito della moderna ermeneutica aver conferito alla riflessione sul significato e sui limiti del vincolo del giudice alla legge un livello di consapevolezza critica che dovrebbe ormai aver lasciato ben poco spazio all'ottimistica, « ingenua »⁽⁹⁴⁾ opinione secondo cui dal testo della norma scaturirebbe la decisione del caso concreto attraverso un semplice procedimento *logico* di deduzione, cui l'operatore *deve* rimanere personalmente estraneo⁽⁹⁵⁾. Questo modo di pensare tipicamente unilaterale e razionalistico ha ormai fatto il suo tempo, perché le basi su cui ha costruito la sua "ideologia

(93) Sul « possibile senso letterale » quale limite massimo dell'interpretazione v., per tutti, BAUMANN, *Die Natürliche Wortbedeutung als Auslegungsgrenze im Strafrecht*, in *Monatsschrift für deutsches Recht* 1958, 394 ss. V. già, però, il sarcastico rilievo di KAUFMANN: « Was zaubert man nicht alles aus dem "strenge" Wortlaut des Gesetzes! », in *Die Geschichlichkeit des Rechts im Lichte der Hermeneutik*, in *Fest. Englisch*, 269, nota 100.

(94) Così HASSEMER, *Rechtssystem*, cit., 72.

(95) Così riassume l'atteggiamento tradizionale KAUFMANN, *Einige Bemerkungen zur Frage der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, in *Fest. Bockelmann*, 1979, (67 ss.) 70; dello stesso Autore v. anche *Analogie*, cit., 281 ss.

della sussunzione » si sono rivelate tutt'altro che solide ⁽⁹⁶⁾: è stato perciò inevitabile che nel suo progressivo sgretolarsi abbia pesantemente coinvolto anzitutto il postulato dello « stretto » vincolo del giudice alla legge, postulato che di questa ideologia era appunto il fiore all'occhiello ⁽⁹⁷⁾. Ovviamente non è qui possibile — né necessario — ripercorrere nemmeno per sommi capi gli sviluppi del moderno dibattito su temi di tale portata: è però opportuno precisare brevemente alcuni punti essenziali allo sviluppo del discorso che si va conducendo ⁽⁹⁸⁾.

Il principio del vincolo al diritto positivo non è certamente leso da una decisione come quella in discussione per il fatto che essa fa propria un'interpretazione del concetto di « azione esecutiva » che appare lontana dalla lettera dell'art. 56 III c., e tanto meno si potrebbe far carico al giudice di aver « inquinato » con vedute più o meno personali la linearità della sussunzione, compromettendo così l'esattezza del giudizio. Non ha senso la prima censura, che è il portato di un'illusione svanita da tempo: l'illusione che il linguaggio normativo possa essere tanto chiaro ed univoco, che cioè i concetti di cui si serve la legge possano essere così « definitivamente » precisi da non aver bisogno di essere interpretati, *elaborati*, per diventare concretamente applicabili ai casi di specie ⁽⁹⁹⁾. La realtà è infatti ben diversa: i concetti legislativi sono in misura maggiore o minore « vaghi », « porosi », e pretendere

⁽⁹⁶⁾ Sulla logica della sussunzione v. ENGISCH, *Logische Studien*, cit., 22 ss.; LARENZ, *Methodenlehre*, cit., 255 ss. Per un primo approccio critico, ESSER, *Vorverständnis*, cit., 43 ss., 68 ss., 74 ss.

⁽⁹⁷⁾ Per la critica v. HASSEMER, *Rechtssystem*, cit., soprattutto 82 ss.

⁽⁹⁸⁾ Una buona informazione sull'attuale stato della discussione sulle problematiche accennate nel testo può ottenersi con la lettura del volume *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, in cui sono contenuti diversi contributi cui si è fatto fin qui riferimento.

⁽⁹⁹⁾ KAUFMANN, *Analogie*, cit., 314.

che la giurisprudenza vi si attenga *strettamente*, significa solo costringerla a comportarsi « come se » applicasse rigorosamente soltanto la legge ⁽¹⁰⁰⁾. Che piaccia o no, la verità è che il linguaggio legislativo non è mai veramente univoco, e nemmeno vuole o può aspirare ad esserlo ⁽¹⁰¹⁾: tale univocità sarebbe infatti possibile solo ad un livello di astrazione tanto elevato da rendere « inservibili » per un testo normativo i concetti così « distillati ». In breve: l'ambito di significanza dei termini di cui si compone la legge non *pre-esiste* all'attività dell'interprete: esso si costituisce invece *nel momento stesso* dell'applicazione al caso concreto, e chi lo costituisce è appunto il giudice, che pertanto non si limita affatto a *dedurre*, bensì partecipa *attivamente*, con atteggiamento cioè « creativo », alla delimitazione dei confini della norma ⁽¹⁰²⁾.

Ecco perché nemmeno la seconda censura è razionalmente sostenibile: se la decisione « giusta » non sta mai « bell'è pronta » nel corpo della legge ⁽¹⁰³⁾, se non può essere cioè ottenuta mediante una semplice sussunzione da condursi *lege artis*, se l'interpretazione in quanto atto e momento del conoscere è possibile solo nel corso di un processo *strutturalmente* assai più complesso e *funzionalmente* di gran lunga più ricco di un'attività meramente logico-deduttiva, nessuno ha il diritto di chiedere al giudice di essere « obbiettivo », se con questo si intende che egli rimanga « personalmente » al di fuori del suo lavoro di applicazione del diritto. Egli ne è invece direttamente coinvolto, e non può non apportarvi il peso dei suoi « pre-concetti », delle sue « vedute » ⁽¹⁰⁴⁾: tanto meno

(100) HASSEMER, *Rechtssystem*, cit., 82.

(101) KAUFMANN, *Die Sprache als hermeneutischer Horizont der Geschichtlichkeit des Rechts*, ora in *Rechtsphilosophie*, cit., (338 ss.) 364.

(102) HASSEMER, *Tatbestand*, cit., 118 ss. e 127 ss.

(103) Anche se in molti dei casi di cui si compone la routine giudiziaria può forse apparire il contrario: KAUFMANN, *Zur Frage*, cit., 70.

(104) KAUFMANN, *Die Geschichtlichkeit*, cit., in *Rechtstheorie*, 1971, 102 (la versione pubblicata nei *Fest. Engisch* è leggermente diversa) e, dello stesso Autore,

sarà perciò realmente « soggetto soltanto alla legge » quanto più riterrà di fondare le sue decisioni unicamente su ciò che « *da steht* » (la norma), perché così gli mancherà proprio la consapevolezza necessaria a prendere distanza dai suoi stessi insopprimibili pre-giudizi ⁽¹⁰⁵⁾.

In questa prospettiva il postulato del vincolo alla legge — e più in generale il principio della certezza del diritto — esce tutt'altro che sminuito nel suo insostituibile valore *ideologico*, né in alcun modo svalutato nel significato che riveste nei confronti dell'agire *pratico*: bisogna però riconoscere che solo con tutt'altri parametri da quelli invece consueti ha oggi senso discutere delle violazioni di cui esso può essere, e realmente è, oggetto ⁽¹⁰⁶⁾. Violazioni inflittele, per esempio, da decisioni come quella del giudice di Roma: una breve analisi delle modalità in cui essa si realizza consente non solo di accennare *in concreto* almeno ad uno di tali parametri, ma permette soprattutto di verificare la fondatezza e lo spessore della denunziata « crisi di rigetto » dell'art. 56 IV c. dal sistema giurisprudenziale del recesso.

c) Se la decisione « giusta » non sta mai « bell'e pronta » nel testo della norma, né è garantita dalla stringenza logico-formale della sussunzione, essa non può che germogliare *all'interno* del processo stesso di interpretazione: potrà essere « giusta » solo una decisione metodologicamente corretta che riesca a produrre *consenso* ⁽¹⁰⁷⁾. Il consenso in-

Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit, in *Fest. Peters*, 1974, (295 ss.) 303. Del resto, come afferma GADAMER, « non è né possibile né necessario mettere sé stessi tra parentesi » per apprendere con « neutralità » un testo: *Il problema della conoscenza storica*, trad. it., II ed., 1974, 84. Sui risultati della *Attitüdenforschung*, v. ROTTLEUTHNER, *Richterliches Handeln*, cit., 114 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ KAUFMANN, *Richterpersönlichkeit*, cit., 303. Circa i *Vorurteile*, quali condizioni indispensabili del comprendere, GADAMER, *Wahrheit und Methode*, cit., 250 ss., 261 ss.

⁽¹⁰⁶⁾ HASSEMER, *Rechtssystem*, cit., 83 ss.

⁽¹⁰⁷⁾ Così, da ultimi, KAUFMANN, *Zur Frage*, cit., 72, ed ESSER, *Juristisches Argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts*, 1979, 10.

tersoggettivo è traguardo finale e fonte di legittimazione della validità *sostanziale* della decisione: ⁽¹⁰⁸⁾ e ciò non può non riflettersi sulla *struttura* del procedimento di applicazione del diritto. In concreto: quel che conta è « la completezza della riflessione e dell'argomentazione » ⁽¹⁰⁹⁾, perché soltanto attraverso la discussione, il confronto, la valutazione dei differenti punti di vista è possibile all'interprete pervenire ad una decisione *convincente* ⁽¹¹⁰⁾.

L'« argomento » è dunque il fulcro del procedimento di interpretazione del diritto: ma quali argomenti sono ammessi e quali invece esclusi perché incompatibili con la struttura o il funzionamento delle regole giuridiche di « costruzione » del consenso? Ripercorrendo a volo d'uccello le tappe e le acquisizioni essenziali che caratterizzano l'odierna riflessione sulla natura ed i metodi dei processi di applicazione del diritto ⁽¹¹¹⁾, l'indagine arriva così ad un interrogativo che segna qui il punto concreto di emergenza della tematica del vincolo del giudice alla legge: *quale* è infatti il *limite* oltre il quale l'interpretazione si traduce in un'attività *contra legem*, ancor prima, *come* si concilia l'esigenza di un tal limite con la logica stessa dell'argomentazione, in base alla quale — almeno in principio — *tutti* gli argomenti devono essere ammessi, se appunto dall'ampiezza della riflessione dipende la vali-

⁽¹⁰⁸⁾ KAUFMANN ed ESSER, *op. loc. ult. cit.* Su questi problemi vedi anche il volume *Rechtsgeltung und Konsens*, a cura di JACOBS, 1976, con contributi interdisciplinari.

⁽¹⁰⁹⁾ HASSEMER, *Tatbestand*, cit., 135.

⁽¹¹⁰⁾ A questo riguardo sono indispensabili, nota KAUFMANN, « können », « Erfahrung », « logische Denkkraft », « Intuition », « Einübung », « Diskussion », (*Die Geschichtlichkeit*, cit., 273) e soprattutto « Auseinandersetzung » e « Konfrontierung » con le opinioni altrui, a causa della ristrettezza del punto di vista di ciascuno (*Gedanken zur Überwindung des rechtsphilosophischen Relativismus*, in *Arch. Rechts- und Sozialphilosophie*, 1960, (46), 553 ss.).

⁽¹¹¹⁾ Insuperate, su questi temi, le ricerche di ENGISCH, e soprattutto l'ormai classica *Die Idee der Konkretisierung*, 1953.

dità del giudizio conclusivo? ⁽¹¹²⁾ Da un interrogativo ne scaturisce dunque un altro, non meno complesso ed inquietante del primo.

Quesiti di tal genere sono ovviamente destinati a rimanere privi di seguito in questa sede: qui bisognerà accontentarsi di recepire e mettere a frutto una delle prime — e forse più approssimative — risposte con cui la scienza del diritto è riuscita almeno ad uscire da questa intollerabile situazione di stallo. Un tipo di *argumentum* è sicuramente precluso in sede applicativa: ed è quello *de lege ferenda*, con cui l'interprete *per definizione* esce dal « regno dei reali » (*l'jus conditum*) per entrare in quello dei « possibili » (*l'jus condendum*) ⁽¹¹³⁾. Ciò non è molto, bisogna riconoscerlo: ma da codesta ammissione sarebbe senza dubbio azzardato dedurre la sterilità della prospettiva che si è così impressa all'indagine. È vero infatti esattamente il contrario: perché è proprio nell'ambito di *questa* prospettiva che riesce possibile concettualizzare il significato "eversivo" della decisione concreta di cui si discute.

L'inclusione del caso di specie nella sfera applicativa dell'art. 56 III c. è ivi operata facendo uso di un concetto estremamente ampio di azione esecutiva: in essa rientrerebbe, come si è visto, anche l'omissione di interventi antitetici all'attività precedentemente svolta. La consistenza di questa argomentazione non ha qui alcun rilievo: ciò che interessa è invece la sua *portata* e la sua *qualità* ermeneutica.

La *generalizzazione* del criterio di delimitazione proposto in sentenza consente di precisare il primo aspetto: da un'interpretazione di tal genere l'ambito normativo del pentimento operoso non viene soltanto "ufficialmente", ristretto, in coerente prosecuzione di un orientamento consolidato che di con-

(112) KAUFMANN, *Zur Frage*, cit., 72.

(113) CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., 116.

sueto lo restringe di fatto, esso viene in realtà del tutto *annullato*. Qualunque impedimento dell'evento delittuoso, cui l'art. 56 IV c. subordina tra l'altro il proprio effetto attenuante, rappresenterà *sempre*, infatti, un non-omettere-di-interferire rilevante già ai sensi del comma III: *qualsiasi* recesso dal delitto tentato configurerà così un'ipotesi di desistenza dall'azione. In breve: con quest'argomentazione viene *teorizzato* l'assorbimento dell'art. 56 IV c. nel comma III dello stesso articolo, e ciò costituisce un'*abrogazione* tacita del ravvedimento attivo dal sistema penale del recesso ⁽¹¹⁴⁾.

Se così è, non può sfuggire la *qualità* ermeneutica di questa argomentazione: essa rappresenta un *argumentum de lege ferenda*, perché tratta il testo normativo come *variabile* e non come *costante* ⁽¹¹⁵⁾. Un tipo di argomentazione, dunque, certamente escluso dal novero di quelli ammessi: ciò è infatti appunto vietato dal postulato del vincolo alla legge, che nella sua portata *minima* significa per il giudice l'obbligo di considerare il diritto positivo un "dato" (principio della separazione dei poteri) di cui può istituzionalmente disporre in molti modi, ma sicuramente *non* in quanto all'*an*.

d) Su questa base diventa allora comprensibile il motivo per cui la decisione del giudice di Roma è estremamente emblematica della crisi che investe in particolare l'art. 56 IV c. Basta infatti riflettere un momento sulla *funzione* che obiettivamente compete all'*argumentum de lege ferenda* in un

(114) La teoria secondo cui anche il non-interferire nella causalità messa in moto costituirebbe azione esecutiva non è affatto nuova sulla ribalta delle vicende del recesso: l'aveva per esempio già sostenuta ALIMENA (*Principi*, cit., 393) nel 1910. Anche DELITALA, anni dopo, aveva manifestato un analogo ordine di idee, prendendo spunto dall'avvenuta unificazione, nel Progetto di codice Rocco, delle due forme del tentativo; aveva però perfettamente chiaro, DELITALA, che con questo ragionamento si *cancellava* il pentimento operoso dal sistema del recesso (*Le dottrine generali*, cit., 309).

(115) Per questa terminologia, HASSEMER, *Die Freiwilligkeit*, cit., 238. Per questo stesso motivo DELITALA dichiarava « inesatta in jure condito » la tesi di ALIMENA (*op. loc. ult. cit.*).

sistema di diritto penale codificato: una funzione di guida e di stimolo alla legislazione quale organo di riforma — parziale o totale — del diritto vigente. Una prassi che interpreta l'art. 56 IV c. in un modo che equivale a cancellarlo dal quadro normativo del recesso — ed in più riceve il plauso di quella parte della teoria che vede in ciò il risultato di « una ortodossa e corretta concezione in materia di desistenza volontaria e pentimento operoso » ⁽¹¹⁶⁾ — non solo mette a nudo le profonde carenze sostanziali e di metodo con cui lavora su questo terreno, ma soprattutto confessa apertamente le pericolose tentazioni “ riformistiche ” alle quali non riesce — almeno non sempre — a sottrarsi.

A questo punto, però, il discorso è tutt'altro che chiuso. Se infatti si prescinde un momento da tutto quanto fin qui detto intorno alla decisione in oggetto e ci si chiede, guardando *solo* al risultato, se il giudice tutto sommato ha proprio sbagliato mandando assolta l'imputata, bisogna riconoscere che la risposta non è affatto semplice. La ragione dell'istintiva “ simpatia ” di cui sembra godere la soluzione concretamente prescelta diventa evidente non appena si effettuino delle comparazioni con talune situazioni leggermente diverse da quella decisa. Se per esempio la donna avesse personalmente mantenuto il tubo del gas alla bocca della vittima e lo avesse ritolto solo dopo avergli procurato una seria intossicazione, ma comunque in tempo utile ad impedirne la morte, con i criteri usuali di delimitazione nessuno avrebbe potuto dubitare che la donna avesse *desistito* dall'azione. Ebbene, è proprio certo che tra questa ipotesi e quella precedente esista una differenza di valore tale da giustificare *solo in un caso* l'inflizione della pena per l'omicidio tentato? Ma c'è di più: sia con gli schemi interpretativi elaborati dalla teoria del recesso che con quelli — sostanzialmente simili — di cui si

(116) DE LEONE, cit., 499.

serve la prassi, bisognerebbe punire l'imputata ai sensi dell'art. 56 IV c. anche se si fosse pentita appena qualche istante *dopo* aver chiuso la porta alle sue spalle. Un risultato certo difficile da accettare, soprattutto se ancora una volta confrontato con la situazione poco fa ipotizzata.

Queste e forse altre considerazioni ⁽¹¹⁷⁾ hanno probabilmente influito sulla decisione del giudice romano: considerazioni non dissimili sono all'origine del disagio con cui la prassi applica — quando non nè può fare a meno — l'art. 56 IV c. Da tutto ciò bisogna trarre però ancora una lezione, e sciogliere così una riserva formulata all'inizio dell'indagine. La verifica del modo di operare del criterio *ex post* veniva allora condotta, infatti, in relazione ad una casistica ben definita (quella dell'aborto), il che impediva di riconoscere alcuna validità generale alle forti perplessità cui dava luogo l'analisi: l'esame di situazioni per certi versi strutturalmente diverse non solo conferma, ma anzi accentua e precisa meglio la portata di tali perplessità, che consentono ormai di giudicare con fondato scetticismo la consistenza e la praticabilità del criterio in questione. Nelle ipotesi di tentato aborto di cui si è occupata la prassi la *atipicità* delle situazioni in cui operava lo schema *ex post* consisteva essenzialmente nella mancanza di una "rottura dinamica" del tentativo per mano dell'agente: la casistica di cui è appunto emblematica la decisione romana dimostra che anche dove è invece visibile una tale "rottura" (l'attività di tutela è qui di gran lunga meno semplice ed istantanea di una condotta impeditiva quale l'estrazione della cannula dalla vagina) ciò non è ancora *di per sè* sufficiente a giustificare l'esito della delimitazione operata col criterio in questione.

(117) Tra cui attinenti, soprattutto, alla perdurante debolezza degli argomenti con cui viene giustificata la punibilità del pentimento operoso rispetto all'essenzialità della pena prevista invece per il desistente: v. *supra*, Introduzione, par. 2.

La rivolta o l'oblio della giurisprudenza verso l'art. 56 IV c. sono il portato di una realtà cui sembra perciò adattarsi in pieno il severo giudizio recentemente formulato da un acuto osservatore — quale è Naucke — circa lo stato dei rapporti tra teoria e prassi del diritto penale: la scienza non ha carattere pratico, la prassi vive con « buona coscienza » lontana dalla scienza, tra di loro la distanza è ormai considerevole ⁽¹¹⁸⁾.

(118) *Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis*, in *ZStW* 85 (1973), 416-7-8.

PARTE III

La struttura della teoria della delimitazione e le possibilità del cambiamento

SOMMARIO: 1. Le insufficienze generali della teoria e della prassi del recesso. Il problema dei collegamenti tra i piani del recesso: delimitazione — volontarietà — rilevanza normativa delle forme del recesso. — 2. I criteri per la valutazione della teoria della delimitazione e le direttive concrete dell'analisi. Il primo passo: la ricognizione del fenomeno normativizzato nell'art. 56 III e IV c. 3. Il secondo passo: la "scoperta" del nesso tra la struttura del recesso e la struttura del tentativo. Le tipologie del tentativo compiuto ed incompiuto. — 4. La verifica delle insufficienze della teoria della delimitazione: A) La struttura del fenomeno; B) Il senso e la portata della definizione normativa del recesso. — 5. Segue: C) Un *criterio* di delimitazione ma nessun *principio* di delimitazione. Un caso concreto: a) la *qualità* dell'attività di tutela; b) il problema *pratico* della delimitazione. — 6. Segue: Cc) il problema del *limite minimo* e della *collocazione* dell'attività di tutela nel decorso causale. La compressione volontaria del contributo di tutela: il problema *teorico* di delimitazione. — 7. Segue: D) Il *Selbstverständnis* della teoria della delimitazione: le prospettive del cambiamento.

1. - L'indagine sul criterio di delimitazione tra le due forme del recesso ha messo in luce le responsabilità della teoria dell'art. 56 III e IV c.: responsabilità attinenti al *metodo* con cui essa ha lavorato su questo terreno, e responsabilità attinenti al *merito* dei risultati di cui si è forse un po' in fretta appagata⁽¹⁾. Limitando il suo impegno ad un'analisi meramente esegetica dell'art. 56 c.p. la teoria del recesso si è infatti illusa che fosse sufficiente alla consistenza delle sue conclusioni uno stretto e continuo legame al testo del diritto positivo: il frutto di questa illusione è appunto costituito dall'opinione che fissa nel compimento dell'attività esecutiva del colpevole il limite *iniziale* del recesso ai sensi dell'art.

(1) Su questi aspetti v. *supra*, Parte I., *passim*.

56 IV c. (2). Con tutte le conseguenze, precedentemente esaminate, che ciò inevitabilmente comporta (3).

Quando ha saputo invece prendere atto che nelle sue costruzioni i punti deboli erano troppi, e soprattutto tali da rendere improcrastinabili urgenti interventi di tamponamento, la teoria della delimitazione si è cacciata senza accorgersene in un vicolo cieco, da dove è potuta — almeno in apparenza — uscire solo pagando un prezzo sicuramente molto alto: la dilatazione più o meno massiccia della sfera della desistenza volontaria e la corrispondente, inevitabile restrizione dell'art. 56 IV c. a livelli pressoché insignificanti (4). Per questa via la teoria del recesso è riuscita indubbiamente a tappare in qualche modo alcune falle, ma ne ha aperta un'altra, sicuramente più grossa, che non ha saputo, o potuto, richiudere: non è infatti riuscita a far sì che la scelta del *limite* di separazione tra le due sfere del recesso risultasse convincente, o per lo meno non arbitraria.

Sia nel primo caso — quando ha cioè elaborato il criterio testuale *ex post* — sia nel secondo — quando ha apporato correzioni più o meno incisive a tale criterio — la teoria della delimitazione è venuta meno alla sua naturale aspirazione di fornire alla prassi uno schema applicativo capace di mantenerla *costante* nelle sue decisioni (5). Infatti, ammesso che si sia mai completamente “fidata” del criterio di delimitazione elaborato dalla dottrina, la prassi ne ha rapidamente compreso i limiti, ed ha perciò preferito — nell'incapacità di sviluppare un “proprio” schema di delimitazione

(2) Su questo punto, in particolare, v. *supra*, Parte I, par. 2.

(3) V. *supra*, Parte I, par. 3 e *passim*.

(4) Su questi svolgimenti, in particolare, v. *supra*, Parte I, par. 6 e 7.

(5) Su questa funzione della dommatica penale v. in particolare HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik*, cit., 176 ss.; per una riflessione teorica più generale su questa problematica v. di recente E. v. SAVIGNY, *Die Rolle der Dogmatik - wissenschaftstheoretisch gesehen*, in E. v. SAVIGNY ed altri, *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, 1976, 100 ss., soprattutto 104 ss.

— risolvere ogni volta *ex novo* i suoi problemi, con tutti i rischi ed i prezzi — di cui si è già detto — che ciò inevitabilmente comporta (6).

Eclatante espressione, ed insieme punto di arrivo di tale sviluppo è senza dubbio il tentativo di *teorizzare* l'annullamento dell'art. 56 IV c. (7): ma espressione di questo processo sono anche la contraddittorietà delle decisioni in tema di delimitazione e la prevalente tendenza a risolvere " sotto banco " il problema stesso della delimitazione (8). In sintesi, la " fuga " da una norma di cui sembrano sfuggire alla prassi non solo i limiti applicativi, bensì la stessa ragion d'essere nel sistema penale del recesso (9).

Dinanzi a questa realtà la teoria non può non recitare il *mea culpa* e rimettersi subito al lavoro. Cominciando col verificare sé stessa e guardando poi se non siano per caso già disponibili modelli di delimitazione più differenziati, o almeno più efficienti (10).

Innanzitutto occorre una precisazione, che serve altresì

(6) Sull'analisi di questi svolgimenti è appunto centrata la Parte II di questo lavoro.

(7) V. *supra*, Parte II, par. 6 e 7.

(8) Il terreno dove vengono di consueto trasferiti e risolti " in incognito " i problemi della delimitazione è senza dubbio quello dove si discute della « volontarietà » del recesso: v. *supra*, Parte II, par. 2. Quanto alla contraddittorietà della prassi della delimitazione, basti pensare alla casistica del recesso dal delitto di aborto (*supra*, Parte I, par. 3) o a quella dei tentativi di truffa alle assicurazioni (*supra*, Parte II, par. 5): non appena la struttura del fatto si discosta in qualche modo dagli *standards* abituali diventa difficile prevedere gli atteggiamenti della giurisprudenza su questo terreno.

(9) È francamente difficile credere che, se dal 1930 ad oggi i casi di pentimento operoso registrati nei massimari di giurisprudenza sono tanto pochi, ciò sia da attribuire solo al caso: soprattutto considerando che i repertori tedeschi sono invece abbastanza ricchi al riguardo. È lecito ipotizzare che la prassi dell'art. 56 IV c. " nasconda " tra le pieghe del sistema penale — almeno di tanto in tanto — casi che non vuole, o non sa, o non può trattare nella loro sede naturale?

(10) Questi ultimi aspetti verranno soltanto accennati nel corso della presente ricerca: in un lavoro di prossima pubblicazione sarà ad essi dedicato lo spazio e l'attenzione che meritano.

ad introdurre nell'analisi della teoria della delimitazione un punto di vista forse non sempre adeguatamente meditato.

Che per la teoria della delimitazione "guardarsi un po' intorno" significhi, in concreto, cercar lumi anche nell'ambito di esperienze giuridiche diverse dalla nostra, è del tutto evidente: non significa affatto, però, che ciò non sia finora avvenuto. È vero invece il contrario, e sarebbe del resto ben strano se così non fosse stato. Il lettore più informato saprà — e quello più attento avrà sicuramente già inteso, se non altro per i riferimenti delle pagine precedenti — che nell'area giuridico-culturale europea le vicende del recesso dal delitto tentato si svolgono, sotto il profilo storico, su uno scenario sostanzialmente comune: soprattutto la dottrina italiana e quella di lingua tedesca mantengono un livello di comunicazione costantemente elevato, ed i contatti raggiungono un elevatissimo grado di intensità già nel secolo scorso, oltre che in quello attuale⁽¹¹⁾. Anche perciò, del resto, non può meravigliare troppo che la legislazione penale del recesso, soprattutto di parte generale, nell'area giuridica europea presenti sostanziali affinità: se non nella scelta delle conseguenze penali di volta in volta riconnesse all'interruzione volontaria del tentativo, nell'*organizzazione normativa* del fenomeno. Qualche esempio concreto: così come l'art. 56 c.p., anche il § 24 dello *StGB* tedesco, gli artt. 21 e 22 del c.p. svizzero ed il § 16 dello *StGB* austriaco distinguono espressamente, e con una terminologia pressoché identica, il recesso mediante desistenza dall'azione dal recesso mediante impedimento dell'evento⁽¹²⁾, creando così una situazione in cui i pro-

(11) Proprio così si spiega il disappunto con cui BAUMGARTEN (*Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, 1888, 58) sottolinea che CARRARA aveva ignorato la dottrina tedesca nel suo « *Studi sul delitto perfetto* ».

(12) Il codice tedesco e quello austriaco prevedono l'impunità sia per la desistenza che per il pentimento; il codice svizzero affida al giudice la scelta tra: impunità-punibilità piena per la desistenza; piena punibilità-attenuazione della pena per il pentimento operoso (si discute se sia consentita la sola attenuazione di pena anche

blemi di delimitazione sono *strutturalmente* simili, appunto perché connessi a schemi normativi che hanno in comune la prospettiva nella quale inquadrano il fenomeno.

Del tutto ovvio, perciò, che l'attuale teoria della delimitazione non ha davvero bisogno degli inviti di nessuno per tener d'occhio — come fa — anche ciò che avviene “ nel campo del vicino ”. Il problema è allora un altro, e appunto ad esso si intendeva far riferimento nelle pagine precedenti: proprio perché l'area giuridica europea ha prodotto, per tanti versi, *una* dommatica ed *una* normativa del recesso, è necessario “ guardarsi intorno ” con raddoppiata cautela. In breve: bisogna non perdere di vista un istante i limiti in cui è possibile ed opportuno far ricorso alle esperienze altrui sul terreno della delimitazione, perché su questo terreno ogni equivoco si pagherebbe a caro prezzo.

Questo discorso non ha soltanto il senso di una “ auto-ammonizione ”: esso contiene invece un'ipotesi concreta, l'ipotesi che nei paventati equivoci sia talvolta incorsa la teoria dell'art. 56 III e IV c. Esaminare quest'ipotesi significa anche intraprendere la verifica di taluni aspetti essenziali all'equilibrio dell'attuale teoria della delimitazione.

Innanzitutto un dato: soprattutto la teoria e la prassi del § 24 *StGB* lavorano con strumenti dommatici e dati normativi fortemente simili ai nostri. Della struttura del § 24 *StGB* si è già detto; quanto ai criteri di delimitazione di cui fanno uso i giuristi d'oltralpe, essi sono — né più né meno — quelli a tal uopo sviluppati pressoché in tutta l'area giuridica europea almeno negli ultimi due secoli. Questi strumenti sono il concetto di azione esecutiva, la nozione di attività impeditiva dell'evento, il tentativo compiuto, incompiuto, fallito: in larga misura, questi strumenti operativi presentano i con-

nelle ipotesi di desistenza: SCHULTZ, *Einführung*, cit., *Erster Band*, 251, ritiene di no).

tenuti che hanno lentamente acquisito nel corso di una lunga vicenda dommatica, i cui momenti salienti sono a tutti più o meno noti ⁽¹³⁾. Sono presenti dunque le migliori premesse perché la teoria dell'art. 56 c.p. abbia potuto e possa tuttora volgere lo sguardo al di là del suo orizzonte scientifico-normativo senza doversi assumere un onere di " traduzione " troppo elevato rispetto all'utile che ne può forse trarre. Ma sono presenti anche le migliori premesse per poter incipiamare in pericolosi fraintesi.

I problemi della delimitazione non hanno *mai* una vita autonoma all'interno delle vicende complessive del recesso: così, per esempio, autonome certo non sono, da questo punto di vista, le ristrutturazioni del concetto di azione esecutiva con cui lavorano teoria e prassi dell'art. 56 c.p. ⁽¹⁴⁾, o la nozione di volontarietà ⁽¹⁵⁾, e nessun altro elemento costitutivo della fattispecie. È vero invece il contrario: le diverse componenti del recesso si muovono su piani distinti ma ciò nonostante strettamente connessi tra loro, piani da esaminare perciò opportunamente separati, sempre che si abbia però ben in vista che già in sede di elaborazione teorica, oltre che — ovviamente — a livello di funzionamento pratico, il meccanismo normativo del recesso presuppone proprio il loro conti-

(13) Sugli svolgimenti storici della dottrina del delitto tentato nella prospettiva del recesso, fondamentale lo studio di GOLDSCHMIDT, *Die Lehre vom unbeendigten und beendigten Versuch*, 1897, in cui si indagano anche le relazioni tra *delictum perfectum* di MENOCHIO, *delitto frustrato* di ROMAGNOSI, *délit manqué* dei francesi, *geendigter Versuch* di KLEIN, ed infine *beendigter Versuch* della dottrina tedesca di fine '800. V. altresì ZACHARIÄ, *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, *Zweiter Teil*, 1839, soprattutto 1-49 e 230-269, ed HERZOG, *Rücktritt vom Versuch und tätige Reue*, 1889, 56 ss., 148 ss.

(14) V. rispettivamente *supra*, Parte I, par. 6 e Parte II, par. 1 e par. 6-7.

(15) V. *supra*, Parte II, par. 2 e 3. Mette da ultimo in risalto ROXIN, con particolare chiarezza, la diffusa tendenza a discutere sul terreno della « volontarietà » problemi di delimitazione che sarebbe invece più corretto e fruttuoso discutere su altri piani: *Über den fehlgeschlagenen Versuch*, in *Jur. Schulung* 1980 (1 ss.) 3 ss. In questo senso v. anche BOTTKE, *op. cit.*, 364 ss.

nuo intersecarsi e condizionarsi, anche pesantemente, a vicenda ⁽¹⁶⁾.

Ciò ha un significato preciso: una valutazione corretta ed intelligente di orientamenti, principi o specifici schemi di delimitazione sviluppati nell'ambito di una determinata esperienza giuridica non può trascurare di prendere in conto ed approfondire le relazioni intercorrenti tra delimitazione — volontarietà — rilevanza normativa delle due forme del recesso. Scoprire questi nessi dovrebbe essere talvolta veramente elementare: si pensi al solito caso di avvelenamento in cui è stato versato il veleno nella bevanda ma questa non è stata ancora bevuta dalla vittima designata. La teoria del recesso — sia italiana che di lingua tedesca — in casi del genere sembra non avere alcun dubbio: con l'avvelenamento della bevanda il tentativo è ormai *compiuto* ⁽¹⁷⁾, il recesso dell'agente costituirà dunque un pentimento operoso e non una desistenza dall'azione ⁽¹⁸⁾.

Il risultato della delimitazione è qui lo stesso: bisogna sottolineare però che il suo reale significato discende solo dal collegamento con altre componenti del sistema. Quando la teoria del § 24 StGB inquadra nel tentativo compiuto la suddetta ipotesi di avvelenamento agisce infatti — e ne è ovviamente consapevole — in una situazione di *indifferenza* del meccanismo normativo verso l'esito della delimitazione: questo meccanismo reagisce infatti *sempre* alla stessa maniera dinanzi a casistiche di tal genere, qualunque sia il risultato della delimitazione (impunità dell'agente). Quando la teoria dell'art. 56 c.p. qualifica come pentimento operoso questo me-

(16) La dottrina del recesso, soprattutto di lingua tedesca, è stata sempre perfettamente consapevole che la problematica della *ratio* dei benefici accordati al recedente costituisce il punto di confluenza dell'elaborazione teorica di ciascuna delle singole sfere del recesso: v., per tutti, ULSSENHEIMER, *op. cit.*, 2 ss.

(17) Così, espressamente, OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 1976, 236.

(18) Così GALLO, *Le forme del reato*, cit., 68-9.

desimo tipo di recesso agisce invece in un sistema — come essa ben sa — che non è *mai* insensibile al risultato della delimitazione, appunto perché diversifica la sua risposta in reazione alle due forme di interruzione del tentativo.

Altre volte l'intreccio fra delimitazione-volontarietà-conseguenze sanzionatorie è forse un po' più complesso, ma comunque non meno chiaro: un esempio tratto dalla giurisprudenza tedesca più recente servirà a spiegare meglio questo discorso, ed almeno a lumeggiare lo spessore e l'importanza del problema cui si fa riferimento. Un uomo aveva deciso di uccidere sé stesso ed i suoi tre bambini con i fumi di scarico della sua auto: fatto il collegamento, dato un sonnifero ai figli, accese il motore e si predispose a morire. Uno dei bambini però si svegliò e gridò al padre di spegnere il motore: l'uomo, che voleva uccidere i figli in modo indolore e senza che se ne accorgessero, decise di recedere. Il *BGH* stabilì che l'uomo « aveva certo impedito il verificarsi della morte sua e dei figli spegnendo il motore, ma ciò non era stato volontario nel senso del § 24 *StGB* » (19). I due momenti della decisione sembrerebbero dunque chiari: 1) l'uomo ha realizzato un *recesso attivo*; 2) tale recesso è *involontario*, e dunque punibile. Ma le cose, in realtà, non sono affatto così semplici: per il *BGH* non ha qui alcuna importanza la delimitazione interna tra desistenza e pentimento, perché *all'interno* di questa alternativa non è possibile discutere su punibilità / non punibilità del tentativo. Questa discussione può invece essere fatta sul piano della « volontarietà »; la delimitazione, perciò, viene in realtà spostata « più innanzi », dove appunto viene deciso, in maniera a prima vista incomprensibile, che il recesso attuato al solo scopo di non far soffrire la vittima sarebbe involontario (20).

(19) V. la sentenza in *Neue Jur. Wochenschrift* 1979, 1420.

(20) È opportuno segnalare che nell'ambito dell'ordinamento giuridico tedesco la rinnovata attenzione con cui la dottrina del recesso guarda ormai da alcuni anni alla

In un sistema come quello dell'art. 56 c.p. sarebbe invece del tutto ingiustificato trascurare, in un caso del genere, la delimitazione interna, dal momento che già a questo livello si decide la qualità della risposta del sistema: si dovrebbe perciò esaminare con estrema attenzione se la fase della desistenza esimente sia già superata oppure no, ed in caso affermativo sarebbe poi ancor più necessario vagliare se il pentimento dell'agente sia involontario — come “ stranamente ” ha ritenuto il *BGH* — oppure no.

Il significato del discorso fin qui svolto dovrebbe essere piuttosto chiaro. La teoria e la prassi dell'art. 56 III e IV c. hanno da tempo posto il concetto di « compimento dell'azione esecutiva » a cardine del criterio di delimitazione: il riferimento al testo normativo ha consentito loro di precisare l'ambito ed il contenuto di questo concetto. I fatti hanno dimostrato che questa via è impraticabile, ma ciò nonostante si continua a percorrerla, cercando aiuto nei più vari espedienti ⁽²¹⁾. Tra i motivi che condizionano questo atteggiamento è certamente anche la fortuna ed il prestigio che sembrano arridere ormai da anni a questo concetto sulla scena internazionale del recesso: la teoria e la prassi dell'art. 56 c.p. compirebbero probabilmente un buon passo in avanti se imparassero a *differenziare*, prendendo atto che almeno in funzione di delimitazione *interna* (desistenza - pentimento) questo concetto è pericoloso nel nostro sistema, laddove invece può risultare perfettamente funzionale ad un sistema anche solo parzialmente diverso.

Questo sarebbe dunque un primo passo avanti: ma non

figura del *fehlgeschlagener Versuch* è appunto il portato dell'aspirazione ad “ alleggerire », da una parte, la discussione scientifica sulla « volontarietà » ed a rendere, dall'altra, più controllabile e trasparente l'attività della prassi sul terreno della « volontarietà ». V. ancora ROXIN, *op. loc. ult. cit.*, ULSENHEIMER, *op. cit.*, 324 e BOTTKE, *op. cit.*, 353 ss.

(21) V. *supra*, Parte I, par. 6.

certo l'unico che teoria e prassi dell'art. 56 c.p. potrebbero compiere semplicemente imparando a valutare correttamente la consistenza di strumenti concettuali di " largo consumo " nei moderni sistemi europei del recesso. Due esempi, su temi di grande rilievo.

« Azione esecutiva » è quella svolta *personalmente* dal colpevole: essa cessa quando gli altri sviluppi necessari alla produzione dell'evento sono rimessi all'opera di terzi o all'autonomo svolgimento di fattori causali ⁽²²⁾. Questa regola è tra le costanti della teoria e della prassi della delimitazione, nel nostro e negli altri sistemi penali cui si fa riferimento. Colui che ha manipolato l'interruttore della corrente in casa del vicino, in modo tale che dall'inserimento del contatto derivi un corto circuito e quindi un incendio, ultimato il collegamento si è già preclusa la possibilità di *desistere* ⁽²³⁾. Ancora: colui che ha predisposto il necessario per provocare un incendio nell'altrui fienile ed ha all'uopo già acceso la miccia, può ormai solo « impedire l'evento » ⁽²⁴⁾. Questi esempi sono comuni alla manualistica di lingua italiana ed a quella di lingua tedesca sul recesso: essi dimostrano chiaramente come il significato della regola di delimitazione varia col variare delle altre componenti del sistema.

Se la teoria e la prassi dell'art. 56 c.p. si sentono legate a regole di tal genere non è senza ragione: queste regole sono il frutto di lunghe e complesse vicende dommatiche, in cui non è affatto semplice interferire. È però essenziale che la teoria e la prassi del recesso si rendano conto sia del valore *intrasistemico* di tali regole, e sia che — in ogni caso — non queste o altre regole, bensì solo i *principi generali* di

(22) V., per tutti, JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., 437, SCHÖNKE-SCHRÖDER, (ESER), *Kommentar*, cit., § 24, 311, 11; PAGLIARO, *Principi*, cit., 502.

(23) SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, cit., 634.

(24) SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, cit., 623; BOSCARELLI, *Compendio*, cit., 152. Un esempio simile in MAGGIORE, *Diritto penale*, cit., 552.

delimitazione che le sorreggono, garantiscono la funzionalità e la stabilità del sistema.

“ Trovare ” all'interno del sistema normativo del recesso tali principi generali è innanzitutto compito della teoria della delimitazione: quando essa esaurisce il suo lavoro nella produzione di uno o più *schemi* operativi espone infatti per ciò stesso il sistema del recesso al rischio di risposte frammentarie o irrazionali. Nelle pagine precedenti sono stati illustrati i prodotti dell'attuale teoria dell'art. 56 III e IV c.: non a caso, di *principi* di delimitazione non fu fatto allora alcun cenno. La realtà è infatti proprio questa: tali principi non sembrano *hic et nunc* disponibili, e tanto meno si possono “ inventare ”. Questo dato, la cui gravità non deve essere certo sottolineata, non può fare, in verità, meraviglia: l'estrema schematicità, le carenze, le ristrutturazioni del criterio di delimitazione elaborato dalla teoria dell'art. 56 c.p. costituiscono infatti il portato, sul piano operativo, di insufficienze e di limiti situati più a monte, lì dove appunto si costituisce una *teoria* e non semplicemente una *regola* concreta di delimitazione. È dunque a monte che devono essere ricercate le ragioni del fallimento della teoria della delimitazione: ricercarle significa anche porre le premesse concettuali e metodologiche per la costruzione di una teoria della delimitazione; trovarle, significa aver fatto qualche passo sulla via della ricostruzione.

2. - Quando un sistema normativo inquadra espressamente il recesso dal delitto tentato nell'alternativa desistenza dall'azione — impedimento dell'evento, la scienza del diritto penale non ha bisogno di “ inventare ” le linee di un corretto approccio metodologico alla delimitazione: essa ha invece un compito ben più immediato, che consiste nell'elaborare compiutamente una *teoria* della delimitazione. In concreto: sviluppare al massimo le potenzialità del sistema per

renderlo capace di reagire in maniera il più possibile *uniforme, prevedibile e razionale* ai molteplici tipi di sollecitazione cui esso viene — o potrebbe venire — sottoposto in sede applicativa ⁽²⁵⁾.

Se questa è la funzione sistematica che deve assolvere qualsiasi teoria della delimitazione, sono anche chiari i criteri con cui essa deve essere giudicata: A) la sua capacità di assimilare correttamente la situazione di “partenza”, di comprendere cioè gli aspetti *strutturali* del fenomeno sotteso al dato normativo su cui lavora; B) la misura in cui riesce a cogliere il *senso* ed a spiegare criticamente la *portata* di tale dato; C) i concreti *schemi* operativi e, soprattutto, i *principi generali* di delimitazione che essa riesce ad esprimere; D) la sua capacità complessiva di favorire la *stabilizzazione* del sistema su livelli ottimali di funzionamento.

Il raffronto con questi indici di valutazione crea le premesse per perseguire nelle condizioni più favorevoli due obiettivi diversi, ma di pari importanza: da una parte, dovrebbe risultare infatti più agevole concettualizzare globalmente le insufficienze metodologiche della teoria della delimitazione nel nostro sistema del recesso; dall'altro, è facile intravedere nel coordinamento dei suddetti parametri le linee fondamentali di uno schema *analitico* che dovrebbe consentire di convogliare ordinatamente, e rendere perciò realmente utilizzabili, dati, proposte, criteri operativi sviluppati nell'ambito di altre esperienze normative e che, analizzati al di fuori di una pur minima struttura concettuale di “traduzione”, sarebbero frequentemente esposti al rischio di essere fraintesi ⁽²⁶⁾.

(25) Da un punto di vista generale, discutono di recente su questi temi ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., 326 ss., ed HASSEMER, *Rechtssystem*, cit., *passim*, e soprattutto 75 ss.

(26) Una approfondita analisi della metodologia e della prassi della delimitazione nei sistemi penali dell'area giuridica tedesca, con particolare riferimento ai modelli sviluppati in relazione al § 24 StGB, non potrà purtroppo essere svolta in questa sede.

L'indagine fin qui svolta consente di porre il dato iniziale, a cui deve orientarsi l'ulteriore sviluppo della ricerca: lo schema di delimitazione elaborato dalla teoria dell'art. 56 c.p. è strutturalmente inadeguato: più precisamente, è scarsamente *differenziato* rispetto alla gamma dei fenomeni di delimitazione cui dovrebbe applicarsi (27). L'esame della prassi ha confermato questo risultato: il criterio *ex post* non riesce a "comprendere" una larga fascia di ipotesi, con le conseguenze che ciò comporta per il sistema dell'art. 56 c.p. (28). Di questa realtà precaria sono ormai noti molti aspetti essenziali: e sono appunto questi gli aspetti che è necessario elaborare nella prospettiva specifica in cui si muove ora l'indagine.

Nell'ambito di tale prospettiva, che ha un interesse prevalentemente metodologico, il quadro del "dare ed avere" è più o meno il seguente.

Sappiamo: 1) ciò che la teoria della delimitazione è; 2) *come* la prassi della delimitazione oggi funziona; 3) in che direzione questa stessa prassi sembra *evolvere*. Non sappiamo invece: 1) *perché* la teoria della delimitazione così è; 2) *come* essa potrebbe o dovrebbe essere; 3) *in che modo* potrebbe reagire la prassi della delimitazione a cambiamenti più o meno radicali della teoria. Questi tre aspetti sono strettamente connessi tra loro: solo entro limiti sarà perciò possibile tenerli rigorosamente distinti nel corso dell'indagine.

La precisazione dei quesiti testé formulati costituisce una tappa importante per il prosieguo dell'analisi: sono così rese disponibili, infatti, tre direttrici concrete, che faciliteranno la

(27) V. *supra*, Parte I, par. 4 e 5.

(28) Tali conseguenze sono: contraddittorietà (si pensi alle ipotesi di tentata truffa alle assicurazioni: *supra*, Parte II, par. 4); imprevedibilità (si pensi alla casistica del recesso dal delitto di aborto: *supra*, Parte I, par. 3); irrazionalità (il sistema che nega sé stesso, teorizzando l'annullamento di una sua parte: v. la decisione di cui si discute nella Parte II, par. 6 e 7).

discussione ed il continuo controllo dei risultati. Prima di procedere è però necessario dar conto delle ragioni di una scelta, che avrà forse sorpreso il lettore: la scelta consiste nell'aver posposto l'analisi della *metodologia* a quella dei *contenuti* della teoria della delimitazione. Le ragioni di questa scelta sono due, e vengono qui esposte sinteticamente, senza ulteriori commenti: la prima è che l'indagine sui *contenuti* di una teoria che ha tanto poca coscienza di sè, quale appunto la teoria della delimitazione, era condizione indispensabile perché la riflessione sulla *metodologia* con cui essa si svolge avesse un punto di riferimento e di verifica in qualche misura concreto; la seconda è che solo *dopo* l'esame dei rapporti esistenti tra teoria e prassi della delimitazione era possibile elaborare uno schema *globale* d'analisi — come quello in precedenza delineato — e le tre direttrici principali dell'indagine — quelle appunto testè formulate: il che rende possibile semplificare e canalizzare la riflessione sul tema in oggetto.

Quando in un sistema del recesso l'alternativa desistenza dall'azione / impedimento dell'evento è espressamente normativizzata, la teoria della delimitazione non deve fare alcuno sforzo preliminare di *impostazione* per mettere mano al lavoro dommatico che per definizione le compete. La " situazione di partenza " è infatti inconfondibile almeno riguardo ad un aspetto di primaria importanza, un aspetto che concerne un dato di *struttura*: nella descrizione normativa del recesso sono positivizzate due distinte modalità di realizzazione che corrispondono ad altrettante, distinte fasi di sviluppo dell'*iter criminis* del reato commissivo ⁽²⁹⁾.

(29) Nessun dubbio che questo " tipo " di normativa del recesso sia ritagliata sul reato commissivo: così da ultimo SCHÖNKE-SCHRÖDER (ESER), *Kommentar*, cit., § 24, 315, n. 27; ciò pone, ovviamente, problemi di « adattamento » per le ipotesi di recesso nei reati omissivi: v. ancora SCHÖNKE-SCHRÖDER (ESER), *op. loc. cit.*, e JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., 518 ss., i quali distinguono — soprattutto nei delitti

Questo dato non ha bisogno di particolari elaborazioni per poter essere funzionalizzato alla costruzione di una teoria — di una qualunque teoria — della delimitazione: è sufficiente invece prenderne atto per disporre della *prospettiva* in cui il sistema normativo del recesso vuole inquadrata la realtà fenomenica dell'interruzione del delitto tentato⁽³⁰⁾. Questo primo passo, che è sicuramente alla portata anche della teoria della delimitazione meno evoluta, rappresenta ormai da tempo — ed a tutte le latitudini — la parte forse più *rutinaria* della dommatica del recesso.

Sottovalutare l'importanza dell'acquisizione di questo dato sarebbe sbagliato: è infatti proprio in questo modo che la teoria della delimitazione pone le premesse del successivo, rilevante passo in avanti verso la concettualizzazione del fenomeno su cui lavora. A questo punto diventava infatti possibile giovare di uno dei non molti risultati consolidati di una dommatica affine ed antica, quella del delitto tentato. In concreto, la definizione normativa del recesso riferita una volta all'azione ed una volta all'evento costituisce il portato, sul piano della delimitazione, di due diversi momenti *strutturali* del tentativo: soltanto nella fase del c.d. tentativo *incompiuto* il recesso può realizzarsi attraverso una mera "omissione", mentre in quella del c.d. tentativo *compiuto* esso è ormai possibile solo sotto forma di intervento impeditivo dell'evento⁽³¹⁾. In questa maniera la teoria della delimitazione

omissivi impropri — la desistenza dal pentimento operoso; *contra*: RUDOLPHI, in *SK*, cit., *vor.* § 13, 90, n. 56, che in questi ultimi delitti ritiene configurabile solo il pentimento operoso. In tal senso, di recente, si esprime anche SCHMIDHÄUSER, *Teleologisches Denken in der Strafrechtsanwendung*, in *Fest. Würtemberger*, 1977, 100.

(30) La funzione della fattispecie non consiste infatti nel dare all'interprete « informazioni sulla realtà, bensì piuttosto una determinata *visuale* della realtà »: HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, cit., 110.

(31) Fin qui la teoria della delimitazione procede in maniera assolutamente unitaria: v., per tutti, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 396-7, e JESCHECK, *Lehrbuch*, 437. Anche chi, come ULSENHEIMER, si sforza di svincolare la teoria della delimitazione

può segnare due punti a suo favore: da una parte, riesce infatti a spiegare in modo convincente la formazione " bifasica " del recesso nell'art. 56 c.p. ⁽³²⁾, e dall'altra pone le basi per l'elaborazione *sistematica* delle distinte sfere normative del recesso.

La teoria della delimitazione è agevolmente in grado di raggiungere questo livello di acquisizione: a questo punto essa ha realizzato le condizioni *minime* indispensabili a qualunque serio sviluppo. Ma questa tappa è in realtà importante da un altro punto di vista: d'ora innanzi, la teoria della delimitazione deve camminare — per così dire — sulle sue sole gambe: non può chiedere altri lumi al legislatore, che positivizzando l'alternativa desistenza dall'azione/impedimento dell'evento ha fatto tutta la sua parte, dimostrando di saper enucleare e mettere a frutto i risultati più consolidati di una secolare vicenda dommatica; non può pretendere altri aiuti dalla formulazione testuale della norma, che in quanto a chiarezza e linearità di struttura non si presta davvero ad alcuna forma di recriminazione " dottrinarica "; infine, d'ora innanzi il ricorso alla dommatica del tentativo presuppone quanto meno la disponibilità a rimeditare criticamente ogni contributo nella prospettiva dell'impianto teorico cui deve essere funzionalizzato.

Alla teoria della delimitazione viene così richiesto il primo, decisivo sforzo di riflessione: uno sforzo che però non sempre e non nella stessa misura essa è in grado di compiere.

dal troppo stretto contatto con le categorie dommatiche del tentativo compiuto ed incompiuto, si preoccupa però di sottolineare che, per la sua formulazione, il § 24 *StGB* indubbiamente fa riferimento a due diversi stadi del tentativo (*op. cit.*, 148-9). Nello stesso senso v. anche v. SCHEURL, *Rücktritt*, cit., 44.

(32) Lo stesso può dirsi, ovviamente, per la teoria della delimitazione nell'ambito dello *StGB*: GEILEN, per esempio, afferma esplicitamente che la struttura normativa del § 24 rappresenta la « necessaria conseguenza » della struttura differenziata del tentativo: *Strafrecht*, A.T., 1977, 172-3.

3. - La teoria dell'art. 56 III e IV c. prende atto dei due tipi di delitto tentato impliciti nella normativa del recesso: ciò significa che dispone ormai di una prospettiva metodologicamente adeguata al passaggio dell'*esegesi* della norma (la teoria dei casi *non* problematici) all'elaborazione di un *sistema* della delimitazione (la teoria dei casi *problematici* e *non*) (33). Ma di questa *chance* essa non sa — o non vuole — trarre profitto: si limita infatti ad una diligente ma passiva registrazione del dato. In concreto: la "scoperta" del nesso tra la struttura del recesso e la struttura del tentativo le serve unicamente per conferire una legittimazione "teorica" a quanto in realtà già acquisito con l'interpretazione testuale della norma. In quanto *teoria* della delimitazione essa compie così non un solo passo in avanti. Questa affermazione ha bisogno di essere specificata e dimostrata: ciò è appunto quanto si cercherà brevemente di fare.

La verifica più semplice consisterebbe nel controllare in che modo la teoria della delimitazione *definisce* i due stadi del delitto tentato: ma la scarsità delle informazioni che è possibile attingere in tal sede distolgono decisamente da un proposito del genere (34). Non resta, allora, che rivolgersi all'esemplificazione con cui di consueto vengono illustrati gli aspetti differenziali delle due fasi del tentativo. Tale esemplificazione è, almeno in parte, già nota: da essa proviene la casistica che in precedenza è servita alla discussione del

(33) Il termine « sistema » si intende qui nella seguente accezione generale: un complesso di elementi ed un complesso di relazioni intercorrenti tra gli elementi medesimi, dove appunto queste ultime costituiscono la *struttura* del sistema. V. per questa definizione, KLAUS, (Hrsg), *Wörterbuch der Kybernetik*, Bd. 2, 1969, 634. Per una sintetica informazione sull'attuale stato della discussione: BÜLLESBACH, *Systemtheoretische Ansätze und ihre Kritik, in Einführung in Rechtsphilosophie*, cit., 235 ss.

(34) Il tentativo è compiuto quando « l'attività esecutiva è esaurita, ma l'evento non si è ancora verificato », dice per esempio ANTOLISEI, che ritiene addirittura superfluo precisare la definizione del tentativo incompiuto (*Manuale*, cit., 405). Su dati così schematici sarebbe azzardata qualsiasi ipotesi di lavoro.

criterio di delimitazione *ex post* ⁽³⁵⁾. Ora, però, è diverso: in particolare, l'analisi cui essa deve essere sottoposta è *funzionalmente* diversa. Si tratta infatti di acquisirne la struttura *globale*, le caratteristiche complessive, tutti quegli elementi — per intenderci — che condizionano non tanto — o non solo — la formazione di singoli *criteri* di delimitazione, bensì piuttosto la stessa *teoria* della delimitazione che su di essi lavora.

Per il tentativo incompiuto: il ladro ha aperto la porta con la chiave falsa, ma poi lascia tutto e si allontana ⁽³⁶⁾; l'avvelenatore dopo le prime dosi si astiene dalle indispensabili somministrazioni successive ⁽³⁷⁾. Per il tentativo compiuto: tutte le dosi di veleno sono state somministrate ed il reo trasporta la vittima in ospedale ⁽³⁸⁾; l'agente scaglia il nemico nel fiume, poi si tuffa e lo trae in salvo dalle acque ⁽³⁹⁾, etc.

Nella struttura complessiva di questa casistica sono evidenti almeno tre *costanti*, che rivestono — come si vedrà — un particolare significato nella determinazione di un indice qualitativo di primaria importanza per la teoria della delimitazione. Tali costanti sono: a) la perfetta sincronia tra la visione *soggettiva* del fatto da parte dell'autore e la dimensione reale, *oggettiva* dell'episodio criminoso; b) la progressione controllata ed uniforme dello stato di pericolo verso la corrispondente situazione di danno; c) l'assenza di fasi "ambivalenti" nel decorso causale (il pericolo d'evento è "grosolanamente" sorto o non c'è affatto). Se su questo impianto si inseriscono i rispettivi elementi di specificazione delle due

⁽³⁵⁾ V. *supra*, Parte I, par. 4 e 5.

⁽³⁶⁾ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 397; ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 405.

⁽³⁷⁾ MANTOVANI, *op. loc. ult. cit.*, PAGLIARO, *Principi*, cit., 503.

⁽³⁸⁾ MANTOVANI, *op. loc. ult. cit.*; PAGLIARO, *op. loc. ult. cit.*; ANTOLISEI, *op. loc. ult. cit.*

⁽³⁹⁾ ANTOLISEI, *op. loc. ult. cit.*; MANTOVANI, *op. loc. ult. cit.*

forme del delitto tentato, il risultato è il seguente: a) il *modello* del tentativo incompiuto sarà rappresentato dalle ipotesi di c.d. azione “ cumulativa ”, in cui l'effetto definitivo può determinarsi *solo* attraverso la somma di un certo numero di atti, perfettamente prevedibili e controllabili da parte di chi li esegue; b) il *modello* del tentativo compiuto sarà invece costituito dai casi in cui soggettivamente ed oggettivamente sono state interamente realizzate le condizioni *ideali* del verificarsi dell'evento: il decorso causale è ormai autonomamente proteso verso il risultato. In entrambi i modelli volontà di realizzazione e pericolo d'evento si sviluppano in costante e completa armonia: dal momento in cui sorgono a quello in cui simultaneamente si esauriscono.

Il senso del “ trapianto ” testé eseguito ha appena bisogno di essere illustrato: dal tessuto della casistica di cui si serve la teoria dell'art. 56 sono state enucleate le caratteristiche generali comuni, e su queste sono state innestate le componenti specifiche dei due stadi del tentativo: ciò che ne è derivato sono i tipi strutturalmente più *elementari* che la dottrina del delitto tentato ha saputo isolare ⁽⁴⁰⁾. Sono appunto questi i tipi sui quali è modellata la casistica della teoria della delimitazione: questi e nessun altro. Lavorando su questi modelli la teoria della delimitazione non fa un solo passo avanti “ sulle sue gambe ”: al contrario, approfitta addirittura poco — e male — dei passi compiuti da “ altri ” ⁽⁴¹⁾. Su questi aspetti è necessario fermare l'attenzione: qui è infatti il punto di emergenza delle insufficienze “ originarie ” della teoria dell'art. 56 III e IV c.

La teoria della delimitazione fa senza dubbio un passo avanti quando acquista consapevolezza che un sistema del recesso articolato su modalità progressive di realizzazione non

(40) Cfr. БОТКЕ, *op. cit.*, 421 ss.

(41) Questo punto verrà meglio chiarito nelle pagine successive.

può essere sviluppato senza elaborare i differenti gradi di esecuzione dell'azione criminosa. Quando invece esaurisce la sua analisi nei due modelli-base del delitto tentato, in quanto *teoria* della delimitazione fa sicuramente almeno tre gravi passi indietro. Il primo, e forse il più gravido di conseguenze, trova espressione nella ristrettezza della prospettiva in cui la definizione normativa del recesso viene collegata all'analisi delle tipologie del delitto tentato. Il secondo è costituito — per così dire — dalla banalizzazione dell'approccio correttamente instaurato con la discussione del rapporto: struttura del tentativo — modalità del recesso. Il terzo, infine, consiste in ciò, che essa perde così definitivamente l'opportunità di ampliare ordinatamente il suo orizzonte speculativo proprio agli aspetti problematici della delimitazione: aspetti che, ovviamente, espulsi ora dalla porta rientreranno prima o poi dalla finestra ⁽⁴²⁾.

4. - Sono così indicati sinteticamente i quattro momenti fondamentali nello sviluppo della teoria della delimitazione. A questo punto la situazione sembra matura per cominciare a trarre le fila della discussione fin qui svolta: ed è innanzitutto necessario precisare che cosa intenda e quale obiettivo persegua una riflessione che si definisce « conclusiva » sugli svolgimenti della teoria della delimitazione nell'art. 56 III e IV c. c.p.

L'indagine finora svolta ha consentito di mettere a fuoco i momenti più rilevanti di un lungo processo teorico: ma per fare ciò è stata appunto costretta ad isolarne le singole fasi, verificarne i contenuti, i limiti, e così via. Questo tipo d'indagine, che ha reso possibili risultati probabilmente non

(42) La teoria della delimitazione verrà infatti costretta alle continue ristrutturazioni del concetto di « azione esecutiva » di cui si è già detto (*supra*, Parte I, par. 6): e ciò, ovviamente, in modo disorganico, al di fuori di una prospettiva unitaria e coerente.

raggiungibili per altra via, non è però esente da costi: costi che solo in parte — e non in eguale misura — è realmente possibile “ contenere ”. Tra essi, è opportuno dar conto brevemente di alcuni. Tra i meno contenibili: l’insopprimibile componente di “ arbitrarietà ” che qualunque operazione concettuale di “ scomposizione ” di per sè inevitabilmente comporta. Tra quelli invece, entro certi limiti, meglio controllabili: il rischio che proprio per la struttura “ settoriale ” dell’analisi restino in secondo piano gli stretti collegamenti esistenti tra i differenti stadi concettuali di cui si è finora discusso.

Dei costi inerenti all’“ arbitrarietà ” dei tagli operati nelle vicende teoriche della delimitazione l’indagine non deve certo farsi carico ora: ne aveva infatti consapevolezza — e li ha dunque accettati — fin dall’inizio. La *misura* in cui sia riuscita a contenerli attraverso scelte razionalmente controllabili, è ovviamente un altro discorso, di cui non è certo essa a doversi occupare. Quanto invece all’altro problema, la sua soluzione è implicita nello sviluppo stesso dell’indagine: ricomporre in un quadro di sintesi i risultati finora acquisiti è infatti condizione indispensabile per un giudizio *globale* sulla teoria della delimitazione nell’art. 56 III e IV c. c.p. In ciò risiede appunto il senso e l’obbiettivo che la riflessione « conclusiva » intende perseguire.

I punti di riferimento della discussione sono ormai noti: essi sono infatti da tempo disponibili nello schema analitico formulato appunto in vista di questa utilizzazione. In tale schema possono essere inquadrare ed elaborate le informazioni di cui è attualmente in possesso l’indagine.

A) Per la ricognizione dei profili *strutturali* del fenomeno disciplinato nei commi III e IV dell’art. 56 c.p. la teoria della delimitazione può approfittare dei “ passi ” che altri hanno compiuto. Che il complesso delle condizioni da

cui dipende il verificarsi dell'evento sia — almeno in parte — connesso agli svolgimenti dell'*iter criminis* non doveva certo essere scoperto dalla dommatica del recesso: e aver capito che la struttura del recesso è a sua volta — almeno in parte — collegata a questo dato non è un merito che possa essere ascritto alla teoria della delimitazione. Se qualcuno bisognasse lodare, allora senza dubbio il legislatore del '30, che — con largo anticipo su altri ⁽⁴³⁾ — seppe esprimere in poche, calibrate parole il frutto di una secolare e complessa vicenda.

B) Una norma chiara e sintetica: questa è da sempre, com'è noto, la massima aspirazione del teorico e del pratico del diritto. L'art. 56 III e IV c., che merita entrambi gli aggettivi, costituisce una prova evidente che ciò di per sé non basta, anzi, può rivelarsi addirittura pericoloso se a maneggiare la norma "modello" sono una teoria troppo pigra per trarne realmente profitto ed una prassi troppo scaltra per non accontentarsi di "lasciar correre" le cose a suo vantaggio ⁽⁴⁴⁾. In concreto, per quanto riguarda la teoria della delimitazione: essa non perde un solo istante a riflettere sul *sensu* della definizione normativa che positivizza e contrappone il recesso mediante *omissione* (desistenza) a quello mediante *azione* (pentimento) ⁽⁴⁵⁾. La ragione di questo atteggiamento è ormai facile da intendere: nella stessa struttura "bifasica" del fenomeno-base da normativizzare (l'interruzione del tentativo) e nella volontà legislativa di differenziare il trattamento delle corrispondenti modalità di attuazione risiede-

(43) Il legislatore tedesco del 1975, per esempio, ha adottato nel § 24 una definizione estremamente più chiara e sintetica di quella contenuta nel § 43 del codice precedente: una definizione, come si è detto, assai simile a quella contenuta nell'art. 56 III e IV c. c.p.

(44) Per la prassi della delimitazione ciò significa: servirsi del criterio *ex post* finché le garantisce risultati soddisfacenti, e risolvere poi i suoi problemi di delimitazione sul terreno della «volontarietà» quando così invece non sia.

(45) Questa efficace terminologia è di v. SCHEURL, *Rücktritt*, cit., 42.

rebbe appunto il senso della definizione normativa. Piuttosto ovvio, dunque, e perciò nessun bisogno di indugiare: in questo modo — con ingenuità, si direbbe — la teoria della delimitazione pone le premesse dei successivi sviluppi, quelli — per intenderci — con cui verranno alla luce le sue insufficienze ed in definitiva i suoi stessi vizi di origine. A questo punto la situazione è dunque già compromessa, ma tutt'altro che persa: la teoria della delimitazione ha ancora un'altra, l'ultima *chance* di recupero. Purtroppo la spreca, nella maniera alquanto banale di cui si è discusso più sopra: prende infatti coscienza che per la problematica della delimitazione sono fondamentali i cambiamenti che si producono nella fisionomia del delitto tentato durante le fasi del suo sviluppo, ma poi esaurisce l'indagine nella descrizione dei due modelli-base di cui si è già detto. Sotto l'aspetto conoscitivo si ritrova così di nuovo al punto di partenza, sotto quello teorico-metodologico, invece, compie un passo decisivo nella direzione sbagliata. In concreto: la *portata* della norma viene in tal modo acriticamente e definitivamente ristretta ad *un solo* settore della sua potenziale sfera d'azione⁽⁴⁶⁾. In questo senso, dunque, la teoria della delimitazione dimostra di non saper camminare " sulle sue sole gambe ": perché non riesce a far funzionare l'unico strumento di cui dispone per spingere lo sguardo al di là degli spazi già di per sè consentiti da una semplice lettura della norma condotta alla luce dei contributi più tradizionali della dottrina del tentativo.

5. - C) Il criterio di delimitazione *ex post* — date queste premesse — costituisce non solo il risultato operativo più coerente che una teoria così strutturata potesse partorire, ma anche l'unico concretamente possibile. Delle sue carenze, dei rischi che la sua applicazione comporta si è già detto: non è

(46) Cioè appunto ai casi più semplici, i casi non-problematici.

stato invece ancora detto che il criterio *ex post* non ha assolutamente nulla alle sue spalle, in particolare, non è espressione di alcun *principio sistematico* di delimitazione — per quanto limitato, discutibile, incerto — principio cui possa all'uopo ricorrersi in funzione orientativa o integratrice. In concreto: il criterio *ex post* può essere messo in crisi anche da situazioni assai affini a quelle in cui “sa” correttamente operare, ed appunto quando ciò accade viene alla luce non tanto la sua fragilità, quanto piuttosto l'assenza di qualunque punto di riferimento, di un qualsiasi *principio* sovraordinato che possa aiutarlo a superare l'*impasse*.

Una situazione di questo genere è per esempio la seguente, di cui si occupò anni fa la Cassazione: l'aggressore pentito si era soltanto limitato ad invocare aiuto, né aveva collaborato in alcun modo alle successive operazioni di soccorso della vittima, peraltro deceduta⁽⁴⁷⁾. Una giurisprudenza prudente avrebbe qui escluso l'applicabilità dell'art. 56 IV c. con l'ovvio riferimento all'insuccesso dell'attività di tutela, senza crearsi ulteriori problemi: nel caso di specie, invece, la Cassazione prescelse una via molto meno comoda, e per escludere il pentimento operoso argomentò che il solo invocare soccorso non era di per sè sufficiente, almeno non in quel caso. La Suprema Corte, per la verità, si guardò bene dal precisare perché ciò non bastasse: e sarebbe stato invece tanto più opportuno che lo avesse fatto dal momento che aveva impostato la delimitazione su considerazioni chiaramente ispirate alla logica del criterio *ex post*, considerazioni per le quali sarebbe apparsa quindi naturale l'applicazione dell'art. 56 IVc. — sempre che, ovviamente, la vittima si fosse potuta salvare.

(47) Cass. 28.4.1961, in *Cass. pen. mass. ann.* 1961, 901, 1863. Dal contesto della decisione sembra emergere con sufficiente chiarezza che un qualche nesso tra le generiche invocazioni di aiuto da parte dell'aggressore e l'arrivo dei soccorsi ci sia effettivamente stato: se così non fosse, è ovvio che il problema sarebbe del tutto diverso.

Come ognuno intende, le cose sono qui molto meno semplici di come potrebbe a prima vista sembrare: e le "stranezze" della decisione di cui si discute ne sono appunto la prova. In breve, i punti essenziali della questione sono i seguenti.

1) Che la Cassazione inquadri la fattispecie concreta nello schema di delimitazione *ex post* non c'è alcun dubbio: l'ipotesi di cui all'art. 56 IV c. si verifica — così la sentenza — quando l'agente, dopo aver esaurito l'attività criminosa, ponga in essere un'attività che abbia « un'efficienza causale idonea ad impedire il verificarsi dell'evento ». 2) Che ci siano ragioni valide a spiegare l'impiego di questo criterio di delimitazione è altrettanto sicuro: l'episodio riproduce le linee essenziali delle situazioni che non per nulla abbiano definito "tipiche" rispetto al criterio *ex post* (48). 3) Che ciò nonostante nell'episodio del soccorritore "pigro" si avverta la presenza di una sostanziale *diversità* rispetto alle altre situazioni pur tanto affini, è anche questo innegabile. 4) Infine, è proprio in ciò che hanno origine i guai della Corte: "intuisce" infatti il problema, ma non avendo gli strumenti per concettualizzarlo ne ricerca la soluzione all'interno dello schema stesso che lo ha prodotto, e perciò la decisione non può non dar luogo ad una contraddizione piuttosto vistosa.

A questo punto, un qualche progresso è forse stato già fatto.

Sappiamo almeno con esattezza, infatti, quali sono i veri nodi da sciogliere per veder chiaro in questa "strana" vicenda. Tali nodi sono: a) in che cosa risieda, nella fattispecie decisa dalla Corte, la *diversità* di cui si è accennato; b) in che modo tale *diversità* si traduca in un problema *pratico* di delimitazione: in altri termini, perché mai essa venga ritenuta — o realmente sia — *disfunzionale* alla regolare applica-

(48) V. *supra*, Parte I, par. 4 e 5.

zione del criterio *ex post*; c) qual è la natura e lo spessore del problema *teorico* portato alla luce da questa importante sentenza passata finora del tutto inosservata. A ben guardare, con gli elementi di cui dispone l'indagine nessuno di questi quesiti può ormai impensierire.

a) La *diversità* della situazione decisa dalla Corte rispetto alle situazioni "tipiche" del criterio *ex post* consiste — com'è chiaro — nella *qualità* dell'azione di tutela nel suo complesso: il reo avrebbe forse potuto trasportare la vittima in ospedale, avrebbe forse potuto apprestarle i primi soccorsi, sicuramente — pare di capire dal contesto della decisione — avrebbe potuto fare molto di più e di meglio del solo « invocare aiuto ». Ma non basta: arrivati i soccorsi, avrebbe potuto attivarsi, partecipare insomma agli sviluppi "positivi" dell'episodio; se n'era invece estraniato, rimanendo semplicemente « in disparte ». In concreto: il semplice « invocare aiuto » non rappresenterebbe qui una condotta sproporzionata *per difetto* alla volontà di tutela che in essa si esprime, ma sarebbe invece proprio quel *minimo* di attività impeditiva che il soggetto aveva consapevolmente scelto di compiere ⁽⁴⁹⁾.

b) Nelle situazioni in cui il criterio *ex post* è abituato a lavorare l'attività di tutela ha ben altro spessore: in breve, essa costituisce quanto di meglio il soggetto possa realizzare per l'efficace tutela del bene. Questo dato ha un'importanza notevole, che non deve essere fraintesa. Posto che l'attività del recedente deve essere stata "in qualche modo" causale rispetto al non verificarsi dell'evento, ciò che è costante nel funzionamento di questo criterio di delimitazione non è tanto che l'azione di salvataggio sia stata *oggettivamente* la più idonea tra quelle possibili nelle circostanze del fatto: un'esigen-

(49) È bene sottolineare che qui il discorso non verte sull'*an* della volontà di tutela, bensì, per così dire, sul *quantum*: il soggetto non finge di attivarsi, si attiva invece sul serio, ma poco.

za di tal genere sarebbe del resto — di per sè — poco plausibile nell'ambito di uno schema di delimitazione che opera appunto *ex post*, sul presupposto cioè che l'evento sia stato effettivamente impedito⁽⁵⁰⁾. Per fare solo un esempio: se l'omicida del caso in questione si fosse limitato ad invocare aiuto semplicemente perché preso dal panico, e perciò incapace di reazioni più razionali ed efficaci, è molto probabile che la Cassazione non sarebbe pervenuta allo stesso risultato negativo circa l'applicabilità dell'art. 56 IV c. La verità è un'altra: cioè che è essenziale al lineare funzionamento del criterio *ex post* è che l'azione di tutela sia *soggettivamente* la più idonea alla tutela del bene: il recedente compie sempre quanto di meglio può e sa per evitare che l'evento si verifichi. Questo è l'elemento veramente decisivo, perché è così che viene garantita la "buona coscienza" del criterio *ex post*: un criterio cui sono estranei i complessi giudizi *prognostici* di idoneità che affliggono invece altri settori dell'ordinamento⁽⁵¹⁾, un criterio che guardando in primo luogo al risultato ha da sempre manifestato ben miti pretese quanto ai mezzi per ottenerlo⁽⁵²⁾.

In questo meccanismo così semplice — e perciò così delicato — il recedente "pigro" introduce un consistente fattore di disturbo: la rinuncia all'azione di salvataggio "attesa" dal criterio *ex post* e la scelta consapevole di un'azione meno idonea alla tutela del bene. Ciò costituisce, per l'attuale giurisprudenza della delimitazione, un problema *pratico* che non sa razionalmente risolvere.

(50) Nella terminologia di SCARANO, si tratterebbe dunque di un giudizio di «adeguatezza»: esso non riguarda «l'idoneità del mezzo a raggiungere il fine; ma invece si ferma a ciò che è stato, . . .». *Il tentativo*, II edizione, 1968, 232.

(51) Quale, per esempio, quello dell'art. 56 I c. e dell'art. 49 c.p.: v. su questa problematica NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Ristampa 1973, 141 ss. e, da un diverso punto di vista, SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, 1959, 127 ss.

(52) ANTOLISEI, per esempio, chiede semplicemente che l'agente si «renda attivo» per fermare la causalità in svolgimento: *Manuale*, cit., 405.

6. - Cc) Una prassi del recesso tutt'altro che esperta nel recepire ed elaborare all'interno dello schema *ex post* varianti più o meno incisive, non può non ritenere intollerabile il disturbo proveniente dalla condotta anomala in questione: e cercare perciò di eliminarlo, escludendo la configurabilità dell'art. 56 IV c. La gamma delle argomentazioni "possibili" non è di per sé illimitata: in ogni caso, poi, non si possono comunque superare gli angusti confini del criterio *ex post*, tra le cui pieghe deve essere appunto ricercato il fattore di esclusione. Ma anche all'interno di questa sfera la scelta non è affatto libera: essa non può non insistere sull'area in cui gravita appunto l'elemento di incompatibilità, e tale area è dunque quella concernente la *qualità* della condotta di tutela. Così si spiega che l'argomentazione della Suprema Corte verta sulla "efficienza causale" dell'attività impeditiva: e così si spiega anche l'inconsistenza delle conclusioni cui essa, in definitiva, perviene.

L'azione di tutela deve essere « in sé stessa » causalmente idonea ad evitare il prodursi dell'evento — sostiene la Casazione — e tale non è la condotta di chi si limita ad invocare soccorso: un'affermazione, questa, che intesa in senso stretto è pressoché assurda, e nella sua accezione più ampia, invece, è non solo insignificante ma per di più in contraddizione con la conseguenza che ne viene dedotta.

Quanto alla prima accezione: discutere sul piano causale di azioni che abbiano « in sé stesse » le condizioni del verificarsi — o del non verificarsi — di un evento è oggi semplicemente privo di senso. Almeno da quando le moderne teorie della causalità hanno dimostrato al di là di ogni dubbio che la struttura del giudizio con cui è possibile collegare cause ad effetti è essenzialmente (se non esclusivamente) *probabilistica* ⁽⁵³⁾: il che è appunto sufficiente ad escludere la fon-

(53) Fondamentale, a questo riguardo, il lavoro di STELLA: *Leggi scientifiche*

datezza della accezione ristretta. Ma se anche così non fosse: trasportare la vittima in ospedale, richiedere l'invio di un medico, somministrare il controveleno, sarebbero forse azioni « in sé stesse » idonee ad impedire l'evento? La portata di un'interpretazione del genere sarebbe semplicemente distruttiva per l'art. 56 IV c.: di ciò non sembra consapevole la Cassazione, se questo è quel che realmente propone.

Quanto alla seconda accezione: avrebbe « in sé stessa » l'idoneità necessaria ad impedire l'evento l'azione di tutela che effettivamente si inserisca nel decorso causale di salvezza. Il che è tanto ovvio da essere appunto insignificante — almeno sul terreno, s'intende, dell'attuale formulazione del criterio *ex post*, un terreno che la Corte non mostra affatto di voler abbandonare. Ed allora, se così è, perché mai il semplice limitarsi ad invocare soccorso non dovrebbe bastare alla configurabilità del pentimento operoso?

La decisione di cui si discute è l'espressione di un reale disagio, un disagio che non è possibile superare all'interno del criterio *ex post*: gli sforzi operati in tal senso si sono rivelati infatti non solo inutili, bensì anche ingenui. Essi pretendono infatti dallo schema *ex post* ciò che esso non potrà mai dare: un *limite* al grado di idoneità di tutela che l'attività del recedente deve possedere per poter essere considerata impositiva dell'evento ai sensi dell'art. 56 IV c. Questo limite il criterio *ex post* non può darlo appunto perché è estraneo alla sua logica ed alla sua struttura: cioè, rispettivamente, il risultato positivo e la partecipazione dell'agente nel produrlo, nient'altro. Ove anche tale partecipazione sia *minima* rispetto al numero, all'importanza, alla qualità dei contributi altrui indispensabili alla tutela del bene, ciò non cambierebbe l'esito della delimitazione operata in base a que-

e spiegazione causale nel diritto penale, 1975, *passim*, e soprattutto 275 ss. A questo riguardo v. altresì, più di recente, DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, 1978, 187 ss.

sto schema ⁽⁵⁴⁾: il mancato omicida che ha semplicemente avvertito un amico, il quale ha poi provveduto autonomamente ad ogni altra cosa — il trasporto della vittima nella clinica specializzata, l'*equipe* di chirurghi, le costose cure mediche, etc. — per il criterio *ex post* ha comunque la " paternità " dell'impedimento dell'evento. *Impedire* l'evento significherebbe dunque, in realtà, *contribuire* ad impedire l'evento.

Applicato a situazioni di quest'ultimo tipo, situazioni di cui non ha una grossa esperienza, il criterio *ex post* perde già colpi, ma riesce ancora — tutto sommato — a riprendersi: la sua forza risiede proprio nella sua semplicità ⁽⁵⁵⁾. Ma questa forza, com'è evidente, non è senza limiti. Per cominciare, nessuno potrebbe dire quale possa essere la resistenza di questo schema di delimitazione alla pressione esercitata da una crescente minimalizzazione del contributo di tutela del recedente: pressione spinta fino al punto — per essere chiari — da rendere addirittura incerto il giudizio sulla reale rilevanza di tale contributo ai fini del salvataggio del bene ⁽⁵⁶⁾. Qui il criterio *ex post* comincerebbe probabilmente a trovarsi in difficoltà più consistenti: ancora una volta, infatti, al suo interno non si rinverrebbero elementi sufficienti a garantire una risposta razionale e convincente, e lo stesso generico ricorso alla logica su cui esso si fonda in casi del genere aiuterebbe già meno. Ma non basta. Il criterio *ex post* si accontenta di qualsiasi contributo causale del recedente al-

(54) La teoria della delimitazione, sia di lingua italiana che tedesca, ama ripetere che l'agente non deve necessariamente impedire l'evento « di sua mano », e di ciò si accontenta. V., per tutti, JESCHECK, *Lehrbuch*, 441.

(55) Ciò che per esso conta è appunto la tutela del bene realizzata *anche* con il contributo causale del colpevole.

(56) Si pensi al caso in cui l'avvelenatore pentito ha dato alla vittima un infuso di erbe poco conosciute: per cui non è possibile stabilire con certezza se il soggetto passivo sia sopravvissuto semplicemente per la sua forte fibra o invece grazie all'infuso propinatogli.

la tutela del bene, senza fare distinzioni di sorta: ma come si comporterebbe dinanzi ad un'attività che non si pone *all'inizio* della catena causale di tutela — come di solito avviene — bensì *nel mezzo*, o addirittura soltanto *alla fine* di essa? Un solo esempio: nel mezzo della città, all'ora di punta, Tizio ferisce gravemente Caio, poi si pente, lo mette in macchina con l'aiuto dei presenti e lo porta in ospedale: indubbiamente, le migliori premesse per applicare — col criterio *ex post* — l'art. 56 IV c. ⁽⁵⁷⁾. Ma che accade se, nelle stesse circostanze, Tizio si pente solo *dopo* che altri hanno già caricato Caio sull'auto, ed egli riesce solo a salire, o a guidare l'auto diretta in ospedale? O ancora: che accade se Tizio, che è chirurgo, si pente quando Caio è già in camera operatoria, cosicché riesce solo a prender parte all'intervento operatorio? A queste domande il criterio *ex post* può fornire risposte sempre più incerte: il suo meccanismo di delimitazione non è preparato ad un tipo di sollecitazioni che lentamente, ma con crescente intensità, ne mina le stesse fondamenta ⁽⁵⁸⁾.

I diversi quesiti su cui la discussione si è finora sviluppata hanno un nesso ed uno scopo comune. Quanto al nesso, la "strana" sentenza della Cassazione da cui si sono prese le mosse presenta un rilievo che va ben al di là del problema

(57) Sarà certo inutile sottolineare che, in un caso del genere, anche *senza* l'intervento del colpevole la vittima sarebbe stata certamente portata in ospedale da qualcuno: per esempio, dagli amici con cui stava discutendo, o dai passanti; l'azione di tutela del recedente ha dunque una caratteristica importante: non è *imprescindibile* alla salvezza del bene.

(58) Se il fatto che il contributo causale dell'agente si pone all'inizio della catena causale di salvezza non significa che esso sia insostituibile *hic et nunc* alla tutela del bene, dovrebbe ammettersi l'efficacia, ai fini dell'art. 56 IV c., anche dei contributi successivi: ma se così è, si dovrebbe allora concludere che in realtà il contributo di tutela vale, in simili casi, solo come *prova* della volontà di tutela dell'agente. E se tale prova fosse ottenibile per altra via, si potrebbe fare a meno del tutto di tale contributo? Il criterio *ex post* è inerme dinanzi a questi problemi: per essere più precisi, ne viene quasi dissolto.

di delimitazione portato alla luce: ciò che realmente conta è invece il suo valore "indiziario" rispetto ad una problematica del criterio *ex post* che rimane di consueto in ombra, ignorata — com'è — dalla teoria dell'art. 56 c.p. e liquidata poi "sotto banco" — come tutto lascia credere — dalla prassi della delimitazione⁽⁵⁹⁾. Questa tematica, che nella decisione in esame viene invece direttamente allo scoperto, riguarda il funzionamento del criterio *ex post* in sede di delimitazione *esterna* del recesso attivo nei confronti del c.d. tentativo semplice: cioè appunto quel settore della delimitazione in cui è soprattutto sulle caratteristiche dell'attività del recedente che questo criterio deve concentrare il suo sforzo operativo. Quanto allo scopo che hanno in comune i quesiti fin qui sollevati, esso è dunque evidente: richiamare l'attenzione su un aspetto strutturale del criterio *ex post* che è molto meno semplice ed ovvio di quanto la teoria della delimitazione dà tuttora ad intendere⁽⁶⁰⁾, ed è soprattutto molto meno facile da maneggiare di quanto la prassi dell'art. 56 IV c. lasci invece a prima vista supporre⁽⁶¹⁾.

L'episodio del soccorritore "pigro" è dunque molto importante: in primo luogo perché getta uno squarcio di luce su un aspetto dello schema *ex post* che sembrava fuori "dalla mischia". La verità è invece un'altra: all'interno di tale schema la qualità dell'azione di tutela non è affatto secondaria, essa costituisce anzi, nei casi meno semplici, un costante fattore di tensione nel lineare funzionamento di questo criterio di delimitazione. È "merito" della prassi essere riuscita a controllare e coprire questo focolaio, la cui potenzialità destrut-

(59) È infatti difficile pensare che casi come quello alla base di tale decisione non si siano mai verificati: dove e come vengono trattati è attualmente impossibile stabilire.

(60) Nel senso che non riesce neanche ad intravedere la sua dimensione tutt'altro che non-problematica.

(61) Nel senso che non esiste nella prassi alcun problema legato alla qualità dell'attività di tutela.

tiva non poteva certo sfuggirle: chi potrà negare, del resto, la validità delle ragioni di questa scelta? ⁽⁶²⁾.

Finché possibile, la prassi ha preferito ricercare *all'interno* del criterio *ex post* una soluzione di compromesso che consentisse di conciliare in maniera accettabile due diverse esigenze: da una parte, quella di tener lontano il meccanismo di delimitazione da "complicazioni" che non sarebbe strutturalmente preparato ad assorbire; dall'altra, non oltrepassare la "soglia di tollerabilità" al di là della quale l'equilibrio stesso dello schema verrebbe seriamente insidiato. Precisare dove sia tale soglia non è affatto semplice: e tanto meno per una prassi così poco propensa a dialogare sugli aspetti problematici della sua attività di delimitazione ⁽⁶³⁾. Una cosa è sicura: *al di là* della minimalizzazione del contributo personale di tutela del recedente, qualunque ulteriore concessione è problematica alla conservazione del criterio *ex post* nella sua esemplare essenzialità. Non è molto, certo, ma rende forse plausibile un'ipotesi: da questo punto in poi, la prassi del criterio *ex post* è costretta a decidere di volta in volta il suo atteggiamento circa le "variabili" da accettare o da respingere rispetto allo *standard* di azione impeditiva proprio del criterio *ex post*.

In termini più espliciti, ciò significa riservarsi una certa libertà nella gestione delle "variabili" al modello di tutela: ma ciò significa anche la necessità di disporre ogni volta di *criteri* per la gestione di questi spazi. Il sistema giurisprudenziale del recesso — come è ormai noto — non è tuttavia avaro di principi, sotto-principi, orientamenti consolidati

(62) Se fossero in qualche modo emersi i problemi connessi alle caratteristiche dell'azione di salvataggio, ne sarebbe stata compromessa la funzionalità stessa dello schema *ex post*: cioè l'unico criterio concretamente a disposizione della giurisprudenza del recesso.

(63) L'unico settore del recesso in cui la prassi discute apertamente è quello della « volontarietà »: per il resto, è necessario leggere i problemi tra le righe delle sue decisioni.

buoni per tutte le occasioni ⁽⁶⁴⁾: qui la prassi della delimitazione può dunque attingere senza alcun problema. Un solo esempio, a chiarimento di questo discorso. Nelle pagine adietro si è parlato spesso di quella casistica dell'estorsione in cui il pentito semplicemente si astiene dal recarsi sul luogo convenuto a ritirare il denaro: quando la Cassazione opera la delimitazione col criterio *ex post* deve decidere appunto di una "variabile" al modello di condotta di tutela ⁽⁶⁵⁾. Questa "variabile" è respinta, come fu detto: e fu anche detto della pretestuosità delle argomentazioni "ufficiali", e soprattutto della loro oggettiva funzionalità, ai fini della delimitazione, ad un principio estremamente importante per la prassi del recesso, il principio per cui l'onere della prova deve essere assunto interamente dal recedente. Tale principio fu appunto la fonte cui venne attinto il criterio della decisione sulla "variabile" in questione ⁽⁶⁶⁾.

Ma non sempre la prassi può spaziare lungo tutto l'arco delle regole — normative e giurisprudenziali — del recesso alla ricerca di criteri orientativi per la gestione di questo spazio di manovra. Può accadere infatti che il campo sia ben più ristretto: in particolare, che la decisione sulla accettabilità nel criterio *ex post* della "variabile" *de qua* debba essere presa esclusivamente sul piano della delimitazione, il che significa, mediante il ricorso a *principi* di delimitazione — più o meno generali ed astratti — nei quali ricercare gli orientamenti indispensabili perché la soluzione prescelta almeno non infranga la soglia di tollerabilità dello schema. A questo punto emerge la seconda e fondamentale ragione del rilievo che deve essere attribuito all'episodio del soccorritore "al risparmio": la scarsissima rilevanza del suo

(64) Quelli sviluppati, essenzialmente, sul terreno della volontarietà: v. *supra*, Parte II, par. 2 e 3.

(65) La "variabile" consiste appunto nell'impedire l'evento attraverso omissione.

(66) V. *supra*, Parte II, par. 3.

personale contributo causale alla tutela del bene ha infatti già spinto lo schema *ex post* entro limiti di guardia ed in questa situazione si inserisce un'ulteriore, consistente deviazione dagli *standards* della condotta impeditiva. Questa "variabile", su cui è appunto obbligata a pronunciarsi la Cassazione, consiste nella consapevole compressione del proprio contributo causale di tutela, in una situazione che avrebbe invece consentito una scelta soggettivamente più idonea: pur sapendo di poter fare di più e di meglio per la salvezza del bene, il recedente ha minimizzato la portata del suo intervento impeditivo.

Nel *mare magnum* delle regole giurisprudenziali del recesso — ed in particolare tra le più eclettiche, quelle della volontarietà — non sono concretamente rinvenibili "lumi" capaci di guidare i passi della Corte in un senso o nell'altro (67): il contributo del soggetto è stato indubbiamente causale e volontario, è perciò solo *all'interno* dei principi generali della delimitazione che possono essere rinvenuti gli spunti necessari ad una decisione consistente.

Lo spessore del problema *teorico* di delimitazione è a questo punto evidente: il soggetto è autorizzato a ridurre le *chances* di tutela del bene attraverso un contributo personale consapevolmente ridotto? Il recedente, insomma, può *disporre* liberamente — ed a suo rischio — di queste *chances*? Dinanzi a questa "variabile" il criterio *ex post* è del tutto indifeso: deve infatti prendere atto che l'evento è stato impedito da una catena causale in cui il pentito ha effettivamente

(67) La prassi della « volontarietà » sa stabilire se sia volontario ai sensi dell'art. 56 III e IV c. un comportamento dovuto a paura, timore, sorpresa, vergogna; non sa affatto, invece, se sia involontario *ai sensi dell'art. 56 IV c.* un comportamento di tutela consapevolmente minimizzato. Sul problema dell'idoneità del tipo di categorie testé segnalato a fungere da base per l'accertamento della volontarietà, STANCL, *Scham oder Furcht und die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch. Soziologische Überlegungen zur Rechtsdogmatik*, in *Vom Nutzen und Nachteil*, cit., I Teilband, 259 ss.

posto un piccolo anello, e di più non può dare. Soprattutto non può elaborare al suo interno una condizione invece essenziale: e cioè che la scelta dell'anello non è stata né casuale né inevitabile, bensì consapevole. Nell'episodio deciso dalla Corte è appunto questo il problema *teorico* di delimitazione che deve essere risolto: questo problema è certamente intuito quando si annota, in sentenza, che dopo essersi semplicemente limitato ad invocare aiuto, l'agente si è tenuto in disparte, e non ha collaborato in alcun modo ai soccorsi.

Se il criterio *ex post* può tollerare una "variabile" di tale portata può — e deve — essere chiesto ai principi generali della delimitazione. E forse mai come in questo caso una risposta deve esserci, e deve essere meditata e coerente, poiché una "variabile" come quella in discussione si ripercuote su *tutte* le strutture più importanti del meccanismo penale dell'art. 56 III e IV c.: a cominciare dal sistema della « volontarietà », che viene coinvolto non solo quanto ai contenuti ma quanto alla sua stessa ragione d'essere nel corpo normativo del recesso. Un solo esempio per chiarire questi aspetti. In una baita isolata di montagna Tizio tenta di uccidere il suo compagno, ma dopo averlo gravemente ferito lo trasporta giù a valle in ospedale. Per il sistema penale del recesso è di fondamentale importanza che il bene aggredito sia stato salvato grazie all'intervento del colpevole, ma questo dato non è ancora sufficiente, di per sé, a realizzare il "valore" di tutela cui è connesso l'effetto attenuante dell'art. 56 IV c.: è necessario invece che l'azione di tutela posseda una qualità essenziale, la volontarietà⁽⁶⁸⁾. A questa qualità la prassi del recesso, come si ricorderà, è estremamente sensibile: se l'ag-

(68) È soprattutto merito di Roxin aver sottolineato che se, come indubbiamente è, la *ratio* del recesso si riflette soprattutto sul concetto di « volontarietà » (v. per tutti JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., 435) è anche vero che i contenuti della « volontarietà » si riflettono a loro volta sulla *ratio* del beneficio e sulla sua collocazione sistematica: *Über den Rücktritt*, cit., 251.

gressore avesse effettuato il salvataggio per il « timore » di essere scoperto, avrebbe ben poche possibilità di beneficiare del pentimento operoso ⁽⁶⁹⁾. In breve, ciò significa: la *qualità* dell'attività di tutela non vale meno dell'impedimento *effettivo* dell'evento. Riprendiamo ora lo stesso esempio della baita e modifichiamolo in questo modo: Tizio si rende conto che sarebbe meglio provvedere immediatamente al trasporto del ferito, ma preferisce limitarsi a richiedere per radio l'invio di soccorsi. La sua « pigrizia » non gli impedisce di porre in essere volontariamente un contributo causale alla salvezza del bene: gli impedisce però di effettuare l'azione di tutela *soggettivamente* più idonea.

Il criterio *ex post* può certo accettare una « variabile » di questo genere, facendo leva sul risultato positivo ottenuto grazie al contributo del recedente, ma ciò avrebbe effetti sconvolgenti sul sistema della volontarietà: è possibile negare il beneficio a colui che, per « timore » di essere scoperto, ha tuttavia scelto l'azione di tutela più idonea, e concederlo invece a chi, senza « timori » di sorta, ha consapevolmente optato per l'azione *meno* idonea, o ha comunque agito *peggio* di quanto sapesse di poter fare ⁽⁷⁰⁾?

Una risposta razionale non può essere trovata nel criterio *ex post*, e tanto meno può essere semplicemente delegata alla problematica della volontarietà: questa risposta può essere data solo cercando lumi nei *principi* generali di delimitazione su cui si fonda il sistema normativo del recesso. Ed è proprio questo il punto: questi principi *non sono oggi disponibili* e nessuno può, all'uopo, inventarli. Neanche la prassi del criterio *ex post*: che appunto perciò motiva, nell'episodio del soccorritore « pigro », con un'argomentazione palesemente surrettizia (l'azione di tutela « in sé stessa » inidonea) ma

(69) Cass. 25.3.1970, cit., Parte II, n. (25).

(70) Come è evidente, ciò costringerebbe la prassi ad operare una profonda revisione delle categorie in cui essa concretizza i contenuti della volontarietà.

lascia trasparire chiaramente il vero problema con cui non aveva potuto apertamente confrontarsi quando sottolinea, senza che ve ne sia bisogno, che dopo l'intervento dei soccorsi l'agente era rimasto passivamente « in disparte ».

7. - D) La discussione circa le capacità della teoria della delimitazione di favorire la *stabilizzazione* del sistema su livelli ottimali di funzionamento è ormai estremamente alleggerita: l'indagine dispone infatti di tutti gli elementi necessari a formulare una motivata valorizzazione di sintesi, che è la seguente: l'attuale teoria della delimitazione *non* è adeguata a stabilizzare il sistema penale del recesso, *non* è adeguata a svilupparne le potenzialità, *non* è adeguata a razionalizzarne il funzionamento. L'attuale teoria della delimitazione ha urgente bisogno di cambiare innanzitutto il *concetto* che essa ha di sé stessa (il *Selbstverständnis*, come si direbbe più efficacemente in tedesco) e poi i suoi *metodi* di lavoro.

Quanto al *Selbstverständnis*: la teoria della delimitazione deve imparare a concepirsi come qualcosa di profondamente diverso, in particolare, di profondamente più *complesso* dell'esegesi della normativa penale del recesso. In concreto: rimeditare il *senso* e la *portata* dell'art. 56 III e IV c. A tal proposito dovrà tenere presente, quanto al primo, che anche i sistemi penali che unificano il trattamento della desistenza e del pentimento — come ad esempio lo *StGB* — non rinunciano affatto alla formulazione esplicita dell'alternativa: desistenza dall'azione — impedimento dell'evento. Ciò dovrebbe forse indurre a domandarsi se l'unico senso di questo tipo di definizione in un sistema come invece quello dell'art. 56 c.p. sia quello di differenziare la disciplina delle due distinte ipotesi: e non anche quello — per essere più precisi, innanzitutto quello — di sottolineare che non è affatto richiesto al recedente di fare sempre qualche cosa *in più* della semplice interruzione della condotta aggressiva; al contrario,

ciò è richiesto solo in “ certi ” casi. La verità è dunque che l'indicazione *sistematica* dell'art. 56 c.p. è appunto questa: la teoria della delimitazione ha il compito di ricostruire sotto il profilo strutturale e fenomenologico i due distinti fasci di situazioni, sia nella prospettiva della loro differenziazione interna (desistenza - pentimento) sia nella prospettiva della loro demarcazione esterna (tentativo semplice - recesso - consumazione). Se è chiaro questo, è allora anche comprensibile che la teoria della delimitazione non parte affatto da zero, perché dispone invece di un dato molto importante, sempre che sappia correttamente valorarlo: questo dato è appunto la formulazione “ bifasica ” del recesso nell'art. 56 c.p. In breve: il legislatore ha positivizzato nei commi III e IV dell'art. 56 le *situazioni-base* delle due forme del recesso, ed ha fornito così all'interprete una guida sicura, un indirizzo importante nella ricostruzione delle caratteristiche *generali* dei due *tipi* di fatto in cui si mostra non a caso diversamente “ esigente ” ai fini della configurabilità del recesso e diversamente “ generoso ” nel loro rispettivo trattamento (71). Aver trascurato che la formulazione *letterale* della norma è ritagliata su due semplici modelli-base, anche per ovvie ragioni di tecnica legislativa, ha condotto la teoria della delimitazione ad un grave frainteso: a credere cioè che il problema della delimitazione si esaurisca nell'ambito del tipo di situazioni cui il testo dell'art. 56 III e IV c. è palesemente ispirato. La reale *portata* della norma è invece ben altra, e la sua formulazione testuale ha un valore meramente esemplificativo.

Avendo fallito nella comprensione del senso e della portata dell'art. 56 III e IV c. la teoria della delimitazione ha lavorato su un materiale estremamente ridotto: e da questo materiale scaturisce appunto il criterio *ex post*.

(71) Seppur da un altro punto di vista, è stato Latagliata a segnalare, già alcuni anni orsono, che la desistenza ed il pentimento riguardano la sfera della tipicità del fatto: *La desistenza volontaria*, cit., *passim* e 201 ss.

Era dunque naturale che questo criterio funzionasse solo nelle ipotesi dalle quali appunto deriva, e fosse poi costretto alle patetiche, inutili ristrutturazioni di cui si è detto, nel tentativo di sopperire per tal via alle sue irreparabili carenze. In particolare: vizi di *origine*, posti soprattutto in evidenza dall'arbitrarietà o dalle contraddizioni cui costringe il sistema del recesso in sede di delimitazione interna; vizi di *sviluppo*, messi in luce, ad esempio, dall'impotenza cui costringe il sistema del recesso in sede di delimitazione esterna verso il tentativo semplice e dalla sua totale incapacità di tutelare le "ragioni" del recesso in sede di delimitazione esterna verso il reato (formalmente) consumato.

Nel criterio *ex post*, che è l'unico prodotto della teoria del recesso in questo settore, si esprime il limite di fondo dell'attuale teoria della delimitazione: il suo bassissimo grado di *complessità* ⁽⁷²⁾. Una teoria con questa struttura e questi schemi operativi, incapace di esprimere il benché minimo principio intrasistemico di delimitazione, o è in realtà la cosciente rinuncia a costruire una teoria, o è invece — più tristemente — l'inconsapevole negazione di sè stessa in quanto tale.

(72) Dal punto di vista della teoria della scienza, v. di recente v. KUTSCHERA, *Wissenschaftstheorie*, cit., Bd. II, 311, sul concetto di « grado di complessità » di una teoria.