

Tentativo – reato impossibile

Sotto un profilo sistematico sia il reato impossibile che il tentativo sono previsti da norme inserite nel capo I dedicato agli elementi strutturali del reato tentato e consumato .

Entrambe le fattispecie corrispondono ad un diverso atteggiarsi dell'elemento oggettivo l'uno (art. 49) , dell'elemento soggettivo in uno a quello oggettivo l'altro (art. 56)

Proprio per questa ragione l'esatta l'individuazione in concreto delle varie ipotesi di reato tentato passa dalla corretta analisi degli elementi costitutivi del reato , quello soggettivo, quello oggettivo, il nesso di causalità .

IPOTESI ISCIPLINATE DALL'ART. 56

L'art. 56 disciplina l'ipotesi del tentativo (I e II comma), quella della desistenza ed infine quella del c.d. recesso attivo dell'agente

Sostanzialmente a fare la differenza tra le tre ipotesi sarà la condotta dell'agente :in nessuna delle tre ipotesi l'azione si compie , in nessuna l'evento si verifica .

Nelle ipotesi disciplinate dai primi commi l'evento non si verifica per cause indipendenti dalla volontà dell'agente, nelle altre ipotesi sarà invece proprio l'agente a non volere l'evento (desistenza) o addirittura ad operarsi affinché lo stesso non si realizzi.

In ragione di detta diversità il legislatore ha previsto un diverso trattamento sanzionatorio che risponda e valorizzi la dimensione soggettiva e personale della responsabilità penale .

Trattamento premiale viene pertanto riservato all'ipotesi in cui l'agente si adopererà perché l'evento non si verifichi.

IL TENTATIVO :individuazione in concreto .

ATTI IDONEI DIRETTI IN MODO NON EQUIVOCO

La distinzione con gli atti preparatori

Il reato tentato è figura giuridica descritta all'[art. 56 c.p., comma 1](#) il quale, testualmente, recita: "chi compie atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato, se l'azione non si compie o l'evento non si verifica"; quando l'azione non si compie si ha la figura del tentativo incompiuto, se viceversa l'azione si compie ma non si verifica l'evento, ricorre invece la figura c.d. del tentativo compiuto. Sul piano oggettivo pertanto il reato tentato si realizza quando siano posti in essere atti diretti in modo non equivoco a commettere un delitto e quando tali atti sia idonei allo scopo.

Il giudice di legittimità ha chiarito che anche gli atti preparatori e non propriamente esecutivi possono rientrare nell'area della punibilità e questo quando, le circostanze concrete, facciano fondatamente ritenere che l'azione abbia la rilevante probabilità di conseguire l'obbiettivo programmato, che l'agente si trovi ormai ad un punto di non ritorno nella realizzazione del delitto e che esso sarà commesso a meno che non risultino percepibili incognite le quali pongano in dubbio tale eventualità; a tal fine devono escludersi solo quegli eventi imprevedibili non dipendenti dalla volontà del soggetto agente (**Cass., Sez. 2, 21/09/2011, n. [36536](#)**). Sulla stessa scia ermeneutica si pone **Cass., Sez. 2, 20/11/2012, n. [46776](#)**, secondo cui per la configurabilità del tentativo rilevano non solo gli atti esecutivi veri e propri, ma anche quegli atti che, pur classificabili come preparatori, facciano fondatamente ritenere che l'agente, avendo definitivamente approntato il piano criminoso in ogni dettaglio, abbia iniziato ad

attuarlo, che l'azione abbia la significativa probabilità di conseguire l'obiettivo programmato e che il delitto sarà commesso, salvo il verificarsi di eventi non prevedibili indipendenti dalla volontà del reo. Tirando le somme dell'insegnamento più recente della Suprema Corte può pertanto ritenersi: il carattere inequivoco degli atti diretti a commettere un delitto esprimono una qualità oggettiva della condotta, nel senso che, **l'azione in sè**, per quello che è e per il modo in cui viene compiuta, **deve rivelare l'intenzione delittuosa dell'agente**. In tal senso, peraltro, si esprime la stessa Relazione sul Progetto definitivo del codice (n. 70). La univocità oggettiva comporta inoltre che l'azione abbia avuto uno sviluppo tale che, oltre ad evidenziare, come già detto, l'intenzione ed il fine al quale è diretta, escluda l'apprezzabile probabilità che l'agente non la porti a termine.

In applicazione di detti principi, la Corte ha assolto dall'accusa di **tentato omicidio** gli imputati che, unitamente con altri giudicati separatamente, dopo aver assunto la decisione di uccidere un esponente di organizzazione criminale contrapposta, avevano predisposto le armi e le basi operative ed avevano costantemente monitorato i movimenti della vittima per poi desistere dal proposito criminoso quando uno dei complici era stato arrestato per altro reato. Fissando con la pronuncia della Sez. 1, *Sentenza n. [6120](#) del 11/12/2013* il principio secondo cui

“La configurabilità del tentativo è esclusa quando l'azione delittuosa non ha raggiunto uno sviluppo dal quale dedurre la improbabilità che l'agente porti a compimento il progetto criminoso ed è interrotta per una scelta del medesimo”.

Al contrario evidenziando la rilevanza della valutazione ex ante e l'individuazione di una causa esterna interruttiva dell'azione criminosa con la pronuncia della Sez. 5, *Sentenza n. [36422](#) del 17/05/2011* è stato evidenziato come

“Ai fini della punibilità del tentativo rileva l'idoneità causale degli atti compiuti al conseguimento dell'obiettivo delittuoso nonché l'univocità della loro destinazione, da

apprezzarsi con valutazione "ex ante" in rapporto alle circostanze di fatto ed alle modalità della condotta, al di là del tradizionale e generico "discrimen" tra atti preparatori ed atti esecutivi”

Nel caso posto in concreto al suo esame la Corte ha ritenuto configurabile il **tentato omicidio**, in ragione non solo della partecipazione dell'imputato a riunioni preparatorie e alla disponibilità di armi ma anche e soprattutto per il passaggio, unitamente ai suoi complici, alla fase attuativa del piano criminoso, mediante l'effettuazione di veri e propri appostamenti, finalizzati al compimento dell'**omicidio**, poi non realizzato per la rilevata presenza in zona di pattuglie dei carabinieri.

Il tentato omicidio , dal momento che l'omicidio è reato d'evento per eccellenza , rappresenta paradigma perfetto per inquadrare le varie sfaccettature delle questioni pratiche che possano presentarsi .

Senz'altro il primo distinguo da operare è quello tra il reato di tentato omicidio e quello di lesioni .

In tema di delitti contro la persona, per distinguere il reato di lesione personale da quello di **tentato omicidio**, occorre avere riguardo sia al diverso atteggiamento psicologico dell'agente sia alla differente potenzialità dell'azione lesiva, desumibili dalla sede corporea attinta, dall'idoneità dell'arma impiegata nonché dalle modalità dell'atto lesivo.

Vv. per tutte *Sez. 1, Sentenza n. [51056](#) del 27/11/2013* avente ad oggetto una fattispecie in cui è stato ritenuto sussistente il **tentato omicidio** per essere stata la vittima colpita da cinque coltellate di cui una all'addome.

Peraltro proprio perché la valutazione dei vari elementi deve essere unitaria non può guardarsi al solo dato dell'obiettiva entità della lesione .

In considerazione di detto criterio interpretativo con la pronuncia della Sez. 1, **Sentenza** n. [52043](#) del 10/06/2014 è stato ritenuto che

“In tema di **tentato omicidio**, la scarsa entità (o anche l'inesistenza) delle lesioni provocate alla persona offesa non sono circostanze idonee ad escludere di per sé l'intenzione omicida, in quanto possono essere rapportabili anche a fattori indipendenti dalla volontà dell'agente, come un imprevisto movimento della vittima, un errato calcolo della distanza o una mira non precisa”.

Come andrà fatta la valutazione di **idoneità degli atti** ?

In tema di delitto **tentato**, il giudizio di idoneità degli atti consiste in una prognosi compiuta "ex post" con riferimento alla situazione che si presentava all'imputato al momento dell'azione, in base alle condizioni meramente prevedibili nel caso particolare, che non può essere condizionata dagli effetti realmente raggiunti. (ex plurimis Sez. 1, **Sentenza** n. [32851](#) del 10/06/2013 - Fattispecie in cui è stato ravvisato il **tentato omicidio** in ragione della profondità della penetrazione inferta dalla lama del coltello all'addome della vittima, tale da determinare eviscerazione con fuoriuscita alimentare

Proprio la continguità delle due ipotesi – lesioni volontarie e tentato omicidio pone ulteriori problemi legati alle **fasi di giudizio** e alla **riqualificazione dei fatti**

Di particolare interesse la pronuncia della Sez. 6, **Sentenza** n. [7195](#) del 08/02/2013 in ipotesi di riqualificazione in grado di appello di un fatto qualificato in primo grado come lesioni .

Così il Supremo Collegio :”Il giudice di appello può procedere alla riqualificazione giuridica del fatto nel rispetto del principio del giusto processo previsto dall'art. 6 CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, anche senza disporre una rinnovazione totale o parziale dell'istruttoria dibattimentale, sempre che sia sufficientemente prevedibile la ridefinizione dell'accusa inizialmente formulata, che il condannato sia in condizione di far valere le proprie ragioni in merito alla nuova definizione giuridica del fatto e che questa non comporti una modifica "in peius" del trattamento sanzionatorio e del computo della prescrizione”.

In applicazione di questo principio, la Corte ha ritenuto rispettato l'art. 6 della CEDU in relazione ad una sentenza di appello che, in riforma di quella di primo grado di condanna per lesioni personali, aveva riqualificato il fatto come **tentato omicidio**.

E l'elemento **soggettivo** ?

E' a tutti nota l'incompatibilità tra il dolo eventuale ed il tentativo , rappresentando ovviamente una contraddizione in termini rispetto all'unica direzione della volizione che deve cercarsi nell'agente al fine della configurabilità del reato tentato .

Al contrario il tentativo è compatibile con le altre forme di dolo diretto senza che sia necessario il dolo intenzionale

Il dolo diretto, anche nella sua forma di dolo alternativo, che ricorre quando il soggetto agente prevede e vuole indifferentemente due eventi alternativi tra loro come conseguenza della sua condotta, è compatibile con il tentativo.

Ex plurimis Sez. 1, **Sentenza n. 9663** del 03/10/2013 che, in applicazione del sopraenunciato principio, ha ritenuto corretta la decisione impugnata che aveva affermato la sussistenza del reato di **tentato omicidio** in relazione ad una aggressione

condotta attingendo con ripetuti colpi di coltello una zona vitale del corpo della vittima, la cui morte sarebbe sopravvenuta se non fosse intervenuto immediato soccorso delle persone vicine.

Più di recente ancora la Sez. 5, *Sentenza n. [23618](#) del 11/04/2016* ha ribadito il principio secondo cui

“Nel delitto di tentato omicidio, ai fini della sussistenza del reato è sufficiente il dolo diretto rappresentato dalla cosciente volontà di porre in essere una condotta idonea a provocare, con certezza o alto grado di probabilità in base alle regole di comune esperienza, la morte della persona verso cui la condotta stessa si dirige, non occorrendo, invece, la specifica finalità di uccidere, e quindi il dolo intenzionale inteso quale perseguimento dell'evento come scopo finale dell'azione. “

Nella specie, la S.C. ha ritenuto corretta la decisione di merito che aveva ritenuto sussistente il tentativo, avendo ravvisato - per la modalità concreta con cui fu vibrato il colpo di coltello, per la precisione e freddezza dell'imputato e per la zona del corpo attinta - gli elementi oggettivi che permettevano di desumere il dolo diretto, senza ritenere necessario il dolo intenzionale.

In considerazione della compatibilità con tutte le forme di dolo diretto andranno risolti i problemi relativi alla **responsabilità dei singoli partecipi** al reato secondo le regole ordinarie anche nel caso di tentativo

La responsabilità del compartecipe per il fatto più grave rispetto a quello concordato, materialmente commesso da un altro concorrente, integra il concorso ordinario ex art. 110 cod. pen., se il compartecipe ha previsto e accettato il rischio di commissione del delitto diverso e più grave, mentre configura il concorso anomalo ex art. 116 cod. pen., nel caso in cui l'agente, pur non avendo in concreto previsto il fatto più grave, avrebbe

potuto rappresentarselo come sviluppo logicamente prevedibile dell'azione convenuta facendo uso, in relazione a tutte le circostanze del caso concreto, della dovuta diligenza.

Sul punto vv. Sez. 1, *Sentenza n. [4330](#) del 15/11/2011* che ha ritenuto integrato il concorso ordinario nel **tentato omicidio** di un agente di una pattuglia della polizia, intervenuta per sventare un furto trasmodato in rapina impropria alla luce della reazione violenta di tutti i partecipi contro gli agenti operanti, in quanto, pur essendo il fatto stato commesso da uno dei compartecipi facendo uso della pistola sottratta durante la colluttazione, l'episodio più grave doveva comunque considerarsi innestato in una condivisa violenta reazione all'intervento della polizia.

Nesso di causalità

Si è detto sopra di come il distinguo in concreto della fattispecie corretta di imputazione vada effettuato avuto riguardo alle categorie generali in particolare a quelle che disciplinano il nesso di causalità' (art. 41 C.P.) .

Faccio qui riferimento alla c,d teoria del "dolo colpito a mezza via dall'errore".

Di sicuro interesse sul punto, dal momento che ha riepilogato le varie posizioni assunte dalla giurisprudenza, è senz'altro la pronuncia della Sez. 1, *Sentenza n. [15774](#) del 17/11/2015*

Nel caso concreto la Corte ha ritenuto corretta la qualificazione del fatto come **omicidio** volontario, escludendo una condizione di errore in capo all'imputato, che, dopo aver colpito con calci e pugni una donna facendole perdere conoscenza, la aveva spogliata e rinchiusa nel bagagliaio dell'auto, per cui lo stretto contatto in questa

fase con il corpo della vittima gli aveva consentito di percepirne la vitalità, prima di ucciderla dando fuoco all'auto.

Nell'affrontare e risolvere il rapporto tra tentato omicidio e omicidio colposo ha fissato il principio di diritto secondo cui “Quando la condotta dell'agente sia consapevolmente diretta ad uccidere, ma l'evento si verifica non per effetto di quella condotta, ma di altra, successiva, posta in essere dallo stesso agente nella erronea convinzione che la vittima sia già deceduta, l'**omicidio** non può essere imputato a titolo di dolo, se non sotto il profilo del delitto **tentato**, mentre l'ulteriore frammento della condotta può essere ascritto solo a titolo di colpa”.

Sotto un profilo storico la tematica è già stata affrontata con la sentenza del 2 maggio 1988, sez. I, imp. Auriemma e e con la sentenza 16976 del 18.3.2003, sempre sez. I; nella prima delle citate pronunce la suprema corte ha affermato che se taluno, convinto di aver cagionato la morte di una persona con una precedente condotta dolosa, ne occulti il cadavere e la morte si verifichi come conseguenza dell'azione di occultamento, egli risponderà di tentato omicidio e di omicidio colposo in concorso reale tra di loro, mentre nella seconda, nella quale è stata elaborata la c.d. teoria del "dolo colpito a mezza via dall'errore", la corte di legittimità è pervenuta alle medesime conclusioni sul presupposto, in fatto, di un evento presuntivamente verificatosi e successivamente realizzatosi su tale erroneo presupposto per ulteriori comportamenti ad esso collegati.

Con la sentenza n. 12466 del 2007, ha invece la corte suprema affermato il principio secondo cui, se l'agente è incerto sulla produzione dell'evento letale e le manovre di occultamento sono idonee a cagionare la morte, non ancora sopravvenuta, il decesso successivo va imputato a titolo di dolo alternativo di omicidio; deve pertanto ritenersi che la giurisprudenza di legittimità abbia aderito al principio secondo cui, quando la

condotta dell'agente sia consapevolmente diretta ad uccidere, ma l'evento non si verifichi per tale condotta ma per altra, successiva, consumata dallo stesso agente nella convinzione che l'evento mortale sia invece già verificato, l'errore in itinere del dolo comporta che l'omicidio non può essere imputato a tale titolo ma di colpa e la condotta precedente, quella per la quale l'agente ebbe ad erroneamente ritenere di aver raggiunto lo scopo voluto della morte della vittima, a titolo di tentato omicidio in concorso reale con l'ipotesi colposa; la premessa per evidenziare che, in ipotesi siffatte, ai fini di una corretta qualificazione dei fatti di causa, è fondamentale ed imprescindibile valutare l'elemento psicologico del reato,

In detti casi i giudici di legittimità, hanno distinto la fase della condotta finalizzata ad uccidere con l'evento non prodottosi e quella della condotta finalizzata alla soppressione del corpo creduto erroneamente senza vita, viceversa risultata poi causa diretta della morte. In tali casi concorrerebbero il reato di tentato omicidio e quello di omicidio colposo.

Nel caso oggetto della sopracitata pronuncia, se è accertato che l'imputato colpì la vittima non già con un pugnale ma a mani nude e con un corpo contundente, se l'imputato stesso si rese conto di non aver ucciso la donna ma di averla semplicemente costretta all'impotenza facendole perdere i sensi a cagione delle gravissime lesioni comunque provocatole, se ancora l'imputato appiccò il fuoco mentre la vittima era ancora in vita, non può dubitarsi della legittimità della decisione presa in relazione alla contestazione mossa con l'azione penale, quella di omicidio volontario sostenuto dal dolo diretto.

Cosa accade se ad essere colpita è una persona diversa da quella originariamente presa di mira ?

Certamente rientriamo nell'ipotesi di reato aberrante , ma in quale delle ipotesi previste dalla legge , quella di cui all'art. 82 c.p.o quella di cui all'art. 83 c.p.? Ricordiamoci che nell'ipotesi di tentativo dobbiamo fare i conti con l'univoca direzione degli atti che si assumono idonei a cagionare l'evento e con il dolo omicidiario .

Questa la risposta offerta da ultimo dalla Sez. 6 con la **Sentenza** n. [45065](#) del 02/07/2014 “ Integra un'ipotesi di "aberratio ictus", disciplinata dall'art. 82 cod. pen., e non di "aberratio delicti", prevista dall'art. 83 cod. pen., la condotta consistita nel compimento di atti idonei diretti in modo non equivoco a cagionare la morte di una persona, quando tale condotta, per errore, è indirizzata nei confronti di una vittima diversa da quella che si intendeva attingere, cagionandosene il ferimento, poichè l'errore non determina la realizzazione di un evento di natura diversa da quello che l'agente si proponeva, ma, cadendo sull'oggetto materiale del reato, dà luogo ad un'azione che, pur non offendendo il bene-interesse specificamente preso di mira, **lede lo stesso bene-interesse di altra persona**, e che, sotto il profilo soggettivo, è sorretta da una volontà la cui direzione non muta.

Nel caso oggetto d'esame è stato ritenuto che l'aver esploso raffiche di colpi di kalashnikov e di pistola calibro 9 all'indirizzo dell'abitazione erroneamente ritenuta essere della vittima designata e l'aver in effetti colpito altro soggetto in più parti del corpo, con un'azione che - per la micidialità del mezzo utilizzato e le modalità dell'azione - ne ha sicuramente messo a repentaglio la vita, rende non revocabile in dubbio che gli agenti volessero effettivamente attentare alla vita della vittima e che abbiano posto in essere una condotta nella quale è rinvenibile una perfetta omogeneità tra il bene giuridico che si voleva ledere e quello effettivamente leso, divergendo l'agire pianificato da quello effettivamente realizzato soltanto per la diversa titolarità del bene che si intendeva offendere. Il che, secondo i principi espressi in più occasione dalla Suprema Corte, integra un'ipotesi di aberratio ictus, e non quella di aberratio delicti, laddove - secondo la giurisprudenza della Corte - la norma di cui all'art. 83 cod. pen.

disciplina il caso della realizzazione di un **evento di natura diversa** da quello cui l'agente si proponeva ("aberratio delicti"), mentre l'art. 82 cod. pen. prevede **l'errore che cade sull'oggetto** materiale (persona o cosa) del reato ("aberratio ictus") sol che invece di offendere il bene interesse cui l'offesa era diretta lede lo stesso bene interesse di altra persona (Cass. Sez. 1, n. 7736 del 13/01/1988, Romano, Rv. 178778). Nulla quaestio quanto alla integrazione del dolo: l'art. 82 cod. pen., che disciplina l' "aberratio ictus", prevede l'errore che cade sull'oggetto materiale (persona o cosa) del reato, nel senso che il reato, invece di offendere il bene-interesse cui l'offesa era diretta, lede lo stesso bene-interesse di altra persona; in rapporto alla persona offesa per errore sussiste ugualmente il dolo, perché, se questo era l'originario elemento soggettivo, l'offesa di una persona invece di un'altra (oppure l'offesa per errore anche di un'altra persona) non vale a mutare la direzione della volontà (Cass. Sez. 1, n. 15990 del 06/04/2006, Muca Rv. 234132).

Ipotesi più volte portata all'esame della Suprema Corte riguarda la corretta configurabilità del reato da contestare nell'ipotesi in cui un soggetto vittima di gravi lesioni deceda poi in ospedale per omesse o insufficienti cure di sanitari .

Secondo lo schema generale prima proposto la configurazione corretta va risolta secondo l'applicazione delle categorie generali nel caso di specie quella del nesso di causalità . Precisamente è stato affrontato il tema dell'interruzione del nesso di causalità in considerazione del fatto che le cause di cui all'art. 41, comma 2, cod. pen. sono solo quelle del tutto indipendenti dal fatto del reo, avulse dalla sua condotta ed operanti con assoluta autonomia, in modo da sfuggire al di lui controllo e alla di lui prevedibilità, senza dire che le stesse possono essere integrate solo dal fatto commissivo e non da quello omissivo . L'errore per omissione infatti non può mai prescindere dall'evento che ha fatto sorgere l'obbligo delle prestazioni sanitarie. L'omissione, da sola, non può mai essere sufficiente a determinare l'evento proprio perché presuppone una situazione di necessità terapeutica che dura finché durano gli effetti dannosi dell'evento che ha dato origine alla catena causale.

In ultimo la Sez. 1, con la *Sentenza n. [36724](#) del 18/06/2015* ha ritenuto che in tema di **omicidio** doloso, le eventuali omissioni dei sanitari nelle successive terapie mediche non elidono il **nesso di causalità** tra la condotta lesiva posta in essere dall'agente e l'evento morte. (Fattispecie nella quale la vittima, ferita alla gola da arma da taglio e ricoverata in un nosocomio, vi decedeva a causa del rapido degenerare delle condizioni di salute, che non consentivano alcun tipo di intervento).

Annullando una sentenza della Corte d'Appello di Catania è stato escluso che potessero configurarsi contemporaneamente una responsabilità a titolo di tentato omicidio per le gravi lesioni ed una a titolo di omicidio colposo n capo ai sanitari , in ragione dei superiori principi in tema di interruzione del nesso di causalità *Sez. 5, Sentenza n. [29075](#) del 23/05/2012*

Furto

Tra i reati di evento quello di furto è quello che , senz'altro , presenta più frequentemente i problemi di corretta applicazione dell'istituto del tentativo rispetto al reato consumato, e la stessa difficoltà di individuare l'univocità ed idoneità degli atti .

Ai fini della punibilità del tentativo, rileva l'idoneità causale degli atti compiuti per il conseguimento dell'obiettivo delittuoso nonché la univocità della loro destinazione, da apprezzarsi con valutazione "ex ante" in rapporto alle circostanze di fatto ed alle modalità della condotta, al di là del tradizionale e generico "discrimen" tra atti preparatori e atti esecutivi.

Applicando l'enunciato principio di diritto la *Sez. 5*, con la *Sentenza n. [7341](#) del 21/01/2015* (Rigetta, App. Catania, 18/06/2014) ha ritenuto correttamente motivata la sentenza di condanna dell'imputato per tentato furto pluriaggravato, avendo lo stesso forzato la botola di una cisterna interrata contenente carburante ed essendo stato trovato all'arrivo della P.G. in possesso di arnesi da scasso.

Secondo quanto affermato dalla giurisprudenza l' **univocità degli atti**, che costituisce una caratteristica oggettivamente qualificante della condotta nel delitto tentato, richiede che gli atti, in sé considerati, e quindi nella loro struttura ontologica, nonché per il contesto nel quale si inseriscono, rivelino, secondo le norme di esperienza e secondo l'id quod plerumque accidit, **il fine perseguito dall'agente**, costituendo, cioè, la univocità degli atti non un parametro probatorio, bensì un criterio oggettivo della condotta; ne deriva che gli atti diretti in modo non equivoco a commettere un reato possono essere esclusivamente gli atti esecutivi, ossia gli atti tipici, corrispondenti, anche solo in minima parte, come inizio di esecuzione, alla descrizione legale di una fattispecie delittuosa a forma libera o vincolata (Sezione V, sentenza n. 43255 del 24/09/2009, Rv. 245721; Sezione I, sentenza n. 9411 del 7/01/2010, Rv. 246620 Sez. 5, **Sentenza n. 4033 del 24/11/2015**)

In tema di **tentativo**, per affermare l'univocità degli atti, ancorché la prova del dolo sia stata desunta aliunde, è necessario effettuare una seconda verifica per accertare se gli atti posti in essere, valutati nella loro oggettività per il contesto nel quale si inseriscono, per la loro natura e la loro essenza, siano in grado di rivelare, secondo le norme di esperienza e secondo l'id quod plerumque accidit, il fine perseguito dall'agente.

Sulla scorta della valorizzazione dell'oggettività degli atti la S.C. ha annullato con rinvio la sentenza con cui il giudice di merito aveva affermato la responsabilità per tentato **furto** dell'imputato - introdottosi nel giardino di un convento a sua detta per trascorrervi la notte - limitandosi a valutare circostanze quali la fuga e la condizione di pregiudicato dell'agente, ritenuti inadeguati a fornire sostegno motivazionale alla condanna.

Solo per completezza va ricordato come il furto si ritiene consumato quando l'autore dello stesso consegua la **disponibilità della refurtiva** .

*In ultimo Sez. 5, **Sentenza n. [26749](#)** del 11/04/2016 a proposito di come vada intesa detta disponibilità ha ritenuto che*

“Integra il reato di **furto** con destrezza nella forma consumata la condotta di colui che, subito dopo essersi impossessato di una borsa, approfittando della disattenzione della persona offesa, venga inseguito e bloccato dalla polizia giudiziaria che lo aveva osservato a distanza, in quanto il criterio distintivo tra consumazione e **tentativo** risiede nella circostanza che l'imputato consegua, anche se per breve tempo, la piena, autonoma ed effettiva disponibilità della refurtiva” .

Nel caso di specie è stato ritenuto che l'osservazione a distanza da parte degli agenti non aveva rilevanza ai fini della configurabilità del reato nella forma tentata, in quanto tale "studio" non solo non era avvenuto ad opera della persona offesa - che di nulla si era accorta, allontanandosi dal posto - ma, neppure, gli aveva impedito di far sua la borsa della vittima, prima di essere arrestato.

Allo stesso modo (*Sez. 4, **Sentenza n. [7062](#)** del 09/01/2014*) è stato ritenuto irrilevante il controllo a distanza sì da integrare il reato di **furto** consumato e non tentato nel caso di condotta di colui che si impossessi, superando la barriera delle casse, di merce prelevata dai banchi sottraendola al pagamento, a nulla rilevando che il fatto sia avvenuto sotto il costante controllo del personale del supermercato incaricato della sorveglianza.

Rapina e rapina impropria

A conferma di come per tutti i reati di evento si seguano i criteri prima tracciati la sopraesaminata distinzione tra atti preparatori ed esecutivi a tenuta presente nell'altro caso assai frequente di configurabilità del reato tentato ossia quello della rapina sia

nella forma propria che , con particolari aspetti caratterizzanti di detta figura, quella della rapina impropria .

In una fattispecie relativa alla presenza in ora notturna, all'ingresso del parcheggio di un supermercato, di tre persone, una delle quali - alla vista degli agenti - aveva gettato in terra un berretto modificato in passamontagna mediante due fori per gli occhi, mentre gli altri due avevano guanti in lattice e un coltello a serramanico la S. C. - valorizzando altresì la presenza in zona dell'auto degli indagati anche il giorno precedente, rilevata dal sistema satellitare installato a bordo - ha ritenuto sussistente il concorso nel tentativo di rapina, applicando il principio secondo il quale

“Per la configurabilità del tentativo rilevano non solo gli atti esecutivi veri e propri, ma anche quegli atti che, pur classificabili come preparatori, facciano fondatamente ritenere che l'agente, avendo definitivamente approntato il piano criminoso in ogni dettaglio, abbia iniziato ad attuarlo, che l'azione abbia la significativa probabilità di conseguire l'obiettivo programmato e che il delitto sarà commesso, salvo il verificarsi di eventi non prevedibili indipendenti dalla volontà del reo”(Sez. 2, *Sentenza n. [40912](#) del 24/09/2015*)

Nel caso di rapina impropria (“*chi adopera violenza o minaccia immediatamente dopo la sottrazione* “) , in considerazione della complessità propria di detto delitto che , come noto presuppone un precedente impossessamento della refurtiva da parte dell'agente, sono stati elaborati criteri propri di detta fattispecie per distinguere l'ipotesi tentata da quella consumata (Sez. U, *Sentenza n. [34952](#) del 19/04/2012*).

Il delitto di **rapina impropria** è consumato quando l'avente diritto ha perduto il proprio controllo sulla cosa, e non è più in grado di recuperare la stessa autonomamente e l'agente, immediatamente dopo la sottrazione, adopera la violenza o la minaccia per assicurare a sé o ad altri il possesso del bene sottratto o per procurare, a sé o ad altri

l'impunità; è, invece, tentato quando l'avente diritto mantiene costantemente il controllo sulla "res" in modo da essere in grado di riprenderla autonomamente con sé e l'agente, immediatamente dopo aver compiuto atti idonei diretti in modo non equivoco a realizzare la sottrazione, adopera violenza o minaccia per procurare a sé o ad altri l'impunità.

È pertanto configurabile il **tentativo di rapina impropria** nel caso in cui l'agente, dopo aver compiuto atti idonei alla sottrazione della cosa altrui, non portati a compimento per cause indipendenti dalla propria volontà, adoperi violenza o minaccia per assicurarsi l'impunità.

Così ricostruiti i rapporti tra l'avvenuta consumazione dell'impossessamento ed il successivo esercizio di violenza la Corte ha qualificato in termini di **rapina impropria** tentata e non consumata, la condotta dell'imputato che, dopo aver prelevato merce dagli scaffali di un supermercato e rimosso le placche antitaccheggio, era stato sorpreso dal personale di vigilanza prima di varcare la barriera delle casse, ed aveva consegnato allo stesso i beni appresi, per poi darsi alla fuga ed usare violenza nei confronti degli inseguitori una volta raggiunto, al fine di non essere identificato (*Sez. 2, Sentenza n. [46412](#) del 16/10/2014*)

Determinazione pena – calcolo circostanze

E' dato ormi pacifico il riconoscimento della fattispecie tentata come fattispecie autonoma .A ciò conseguono notevoli effetti legati alla determinazione della pena e a tutti gli effetti alla stessa legata , dal calcolo del termine di prescrizione alla determinazione degli aumenti o riduzioni imputabili alle circostanze del reato, al calcolo dei termini di durata delle misure cautelari .

CIRCOSTANZE

In materia di circostanze ovviamente in ragione della particolare struttura del reato tentato si dovrà preliminarmente verificarne la compatibilità di ciascuna con lo stesso.

E' così stato ritenuto che la circostanza aggravante di aver agito con crudeltà verso le persone (art. 61, n. 4, cod. pen.) è compatibile con il tentativo di **omicidio**, qualora le modalità della condotta del reo siano rivelatrici dell'intenzione di arrecare patimenti eccedenti il normale meccanismo causale impiegabile nella concreta vicenda per provocare la morte della vittima e di dare soddisfazione ai propri istinti crudeli e immorali. (Sez. 1, **Sentenza n. [18136](#)** del 07/03/2014)

Il criterio che può essere seguito per la determinazione della pena è considerato “libero” sempre che si rispetti il limite edittale del sistema delle riduzioni disciplinato dall'art. 56 c.p. .

La determinazione della **pena** nel caso di delitto tentato può essere indifferentemente effettuata con il cosiddetto metodo diretto o sintetico, cioè senza operare la diminuzione sulla **pena** fissata per la corrispondente ipotesi di delitto consumato, oppure con il **calcolo** bifasico, mediante scissione dei due momenti indicati, ferma la necessità del contenimento della riduzione della **pena** edittale prevista per il reato consumato da uno a due terzi e l'obbligo di motivazione per dare conto della scelta operata. (ex plurimis Sez. 5, **Sentenza n. [3526](#)** del 15/10/2013).

Il criterio di determinazione della pena avrà importanza centrale ai fini della determinazione della durata della custodia cautelare nei termini di fase e ai fini del calcolo dei termini per la prescrizione .

In materia di termini custodiali, di particolare interesse, non foss'altro perché riguarda un'ipotesi decisa dal Tribunale della libertà territoriale(22/06/2010) è la vicenda oggetto della pronuncia della Sez. 2, **Sentenza n. [7995](#)** del 16/11/2010 , risolta in

applicazione del principio per cui la determinazione della pena, ai fini dell'individuazione dei termini di durata massima della custodia cautelare per un'imputazione di tentativo di delitto aggravato da circostanze ad effetto speciale o per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa, deve essere operata individuando la pena massima del delitto circostanziato consumato per poi applicare, su di essa, la riduzione minima per la forma tentata.

Questa la vicenda:

Con ordinanza in data 22 giugno 2010 il Tribunale di Catania confermava l'ordinanza emessa in data 28 aprile 2010 dal Tribunale di Siracusa con la quale veniva rigettata l'istanza di scarcerazione per decorrenza dei termini di custodia cautelare presentata dall'imputato Cassia Daniele, sottoposto alla misura cautelare della custodia in carcere per il reato di tentata estorsione aggravata ai sensi del [D.L. n. 152 del 1991, art. 7](#), conv. dalla [L. n. 203 del 1991](#), reato per il quale era stato emesso decreto di giudizio immediato in data 15 aprile 2009.

Il Tribunale riteneva che il termine di fase - corrispondente ad un anno e sei mesi dall'emissione del provvedimento che disponeva il giudizio, trattandosi di delitto di estorsione tentata per il quale è prevista la pena detentiva massima superiore a sei anni di reclusione (e non superiore a venti anni), aggravato ai sensi dell'[art. 407 c.p.p., comma 2](#), lett. a ([art. 303 c.p.p., comma 1](#), lett. B, n. 2 e n. 3 bis) - non fosse ancora decorso.

Va premesso che in tema di misure cautelari valgono, anche ai fini dell'individuazione dei termini di durata massima della custodia cautelare, i criteri dettati dall'[art. 278 c.p.p.](#) per la determinazione della pena e, pertanto, nel caso di tentativo di reato con circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato o ad effetto speciale, per il computo dei termini indicati dall'art. 303 stesso codice deve dapprima individuarsi la pena massima stabilita per il reato circostanziato consumato, per poi operare su di essa la riduzione minima indicata dall'[art. 56 c.p.](#) (Cass. sez. 1, 14 luglio 1998 n. [4298](#), Caputo; sez. 4, 21 giugno 1996 n. [1611](#), Raza Mohamed). Nell'ordinanza impugnata si fa rilevare che la pena detentiva

massima per il reato di estorsione è di dieci anni di reclusione e che (pur prescindendo dal calcolo dell'aggravante del [D.L. n. 152 del 1991, art. 7](#)), dovendosi operare nel caso in esame la riduzione minima di un terzo per il tentativo, la pena edittale massima prevista per l'ipotesi tentata è di sei anni e otto mesi. Il termine di fase pertanto è stato correttamente individuato in un anno (trattandosi di delitto per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione non superiore nel massimo a venti anni e comunque superiore a sei anni: [art. 303 c.p.p., comma 1](#), lett. B, n. 2), termine aumentato ex [art. 303 c.p.p., comma 1](#), lett. n. 3 bis di sei mesi per essere quello contestato al Cassia un delitto compreso tra quelli previsti dall'[art. 407 c.p.p., comma 2](#), lett. a).

*Già nello stesso senso si era espressa la Sez. 1, con la **Sentenza n. 4298** del 14/07/1998 fissando il principio per cui*

“In tema di misure cautelari valgono, anche ai fini dell'individuazione dei termini di durata massima della custodia cautelare, i criteri dettati dall'art. 278 cod. proc. pen. per la determinazione della pena. Nel caso di tentativo di reato con circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato o ad effetto speciale, per il computo dei termini indicati dall'art. 303 stesso codice deve dapprima individuarsi la pena massima stabilita per il reato circostanziato consumato, per poi operare su di essa la riduzione minima indicata dall'art. 56 cod. pen.”

Nel caso di specie la fattispecie concreta oggetto di esame era quella del tentativo di omicidio aggravato(reato consumato punito con la pena dell'ergastolo) .

Ribadendosi come in tema di misure cautelari valgono, anche ai fini della individuazione dei termini massimi di durata, i criteri dettati dall'[art. 278 c.p.p.](#) per la determinazione della pena e nel caso di tentativo di reato con circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato o ad effetto speciale, per il computo dei termini indicati dall'[art.303 c.p.p.](#) deve

dapprima individuarsi la pena massima stabilita per il reato circostanziato consumato, per poi operare su di essa la riduzione minima indicata dall'[art. 56 c.p.](#) Data la pena dell'ergastolo prevista per l'omicidio aggravato dai motivi abietti dall'art. 577 c. 1 n. 4 , la pena massima prevista per il tentato omicidio parimenti aggravato, in riferimento al quale la misura cautelare è stata applicata al Caputo, è di 24 anni, in relazione a quanto previsto dagli artt. 56 c. 2 e [23 c.p.](#). Il termine massimo di custodia cautelare previsto per il giudizio di primo grado nella situazione esaminata dal Tribunale era quindi di un anno e sei mesi, come indicato dall'[art. 303 c. 1 lett. b\) n. 3 c.p.p.](#)

E nel caso in cui in sede di appello una fattispecie qualificata come consumata in primo grado vada **diversamente qualificata** come tentata?

Qui i principi generali di cui tenere conto sono :

- autonomia ontologica della fattispecie tentata rispetto a quella consumata ;
- divieto di reformatio in peius .

In caso di riforma in appello della sentenza di primo grado, qualora sia ritenuto integrato il delitto tentato e non consumato, il giudice dell'impugnazione non è tenuto ad operare la diminuzione sulla pena stabilita dal primo giudice per la corrispondente ipotesi di delitto consumato, dovendo, invece, determinare la pena "ex novo" nell'ambito della diversa e minore forbice edittale prevista per il reato tentato, ferma la necessità di applicare comunque una riduzione rispetto alla pena originaria.
*Sez. 6, **Sentenza n. 27942** del 31/05/2016*

Desistenza – art. 56 III co c.p.

Abbiamo visto come il tentativo disciplinato dai primi 2 commi dell'art. 56 si perfeziona con la non conclusione dell'azione o la non verifica dell'evento per cause indipendenti dalla volontà dell'agente .

Le previsioni dei commi successivi dell'art. 56, la desistenza ed il recesso attivo , rappresentano una valorizzazione della volontà dell'agente alla quale l'ordinamento riconnette l'aspetto premiale che si traduce, nel caso della desistenza, nel punire solo le condotte costituenti già di per sé un reato diverso, nel caso del recesso attivo in un'ulteriore riduzione della pena prevista per il reato tentato .

La definizione dell'una e dell'altra delle figure viene in genere individuata dalla giurisprudenza per esclusione , ossia individuando le differenze tra l'uno e l'altro degli istituti , tra queste e l'ipotesi del tentativo .

La desistenza è un'esimente che esclude "ab extrinseco" ed "ex post" l'antigiuridicità del fatto, sicché la sua applicabilità presuppone che l'azione sia penalmente rilevante e sia quindi pervenuta alla fase del tentativo punibile.

V'è da dire che sotto un profilo pratico è assai più difficile individuare delle ipotesi di desistenza che comportano , ovviamente, la prevista esclusione dell'individuazione , come causa dell'interruzione dell'azione , di un elemento esterno alla volontà dell'agente .

In considerazione della natura di esimente di un reato tentato , va rapportata alla natura dei reati e alla compatibilità in astratto ed in concreto con le singole fattispecie di reato. In materia associativa ad esempio coincidendo la configurabilità della desistenza con quella del tentativo di associazione gli spazi di applicazione saranno strettissimi .

In relazione alle condotte di partecipazione a reato associativo, il tentativo è configurabile soltanto prima che siano realizzate le condizioni per il mantenimento della situazione antigiuridica che caratterizza l'organico inserimento nel sodalizio, avvenuto il quale le condotte di volontario allontanamento dal consesso criminale non

possono essere inquadrate come **desistenza** ex art. 56, comma terzo, cod. pen. ma soltanto quali espressioni di ravvedimento post-delittuoso e sintomi di cessazione della permanenza.

Nella specie, relativa a violazione dell'art. 74 del d.P.R. n. 309 del 1990, la Corte ha escluso la **desistenza** volontaria nei confronti di un soggetto che, dopo aver ricoperto per alcuni mesi il ruolo di gestore di una "piazza di spaccio" per conto di un gruppo criminale campano, si era allontanato dal territorio di insediamento del sodalizio per intraprendere attività lavorativa lecita in altra regione dov'era stato tratto in arresto *Sez. 6, Sentenza n. [13085](#) del 03/10/2013*).

In tema di istigazione alla corruzione (art. 322 cod. pen.), **non è configurabile** la **desistenza** volontaria (art. 56 comma terzo cod. pen.), trattandosi di reato di mera condotta, che si consuma con la semplice offerta o promessa dell'utilità da parte del privato istigatore, purché seria e concreta, finalizzata al compimento ad opera del pubblico ufficiale di un atto contrario ai doveri di ufficio. *Sez. 6, Sentenza n. 2714 del 30/11/1995*

Il tema del distinguo tra le diverse forme di reato tentato si è più volte proposto in materia di **reati sessuali** .Così , di recente è stato ritenuto che integra il reato di violenza sessuale tentata, e non un'ipotesi di **desistenza** volontaria, il mancato soddisfacimento delle richieste a sfondo sessuale del reo, conseguente al rifiuto opposto dalla vittima della violenza o della minaccia, in quanto l'impossibilità di portare a consumazione il reato per l'opposizione della parte offesa costituisce un fatto indipendente dalla volontà dell'agente così escludendo la configurabilità dell'art. 56, comma terzo, cod. pen., nella condotta del soggetto che, dopo aver percosso, tentato di immobilizzare e spogliare la propria convivente, l'aveva poi costretta ad uscire dall'abitazione per le

minacce di costei di urlare ed attirare l'attenzione dei vicini (Sez. 3, *Sentenza n. [51420](#) del 18/09/2014*)

Il distinguo d'altronde consegue al principio unanimamente accettato in giurisprudenza per cui integra il reato di tentata violenza sessuale la condotta di colui che, all'esplicito rifiuto di consumare un rapporto sessuale, reitera più volte la richiesta ponendo in essere violenze o minacce che, sebbene non comportino una immediata e concreta intrusione nella sfera sessuale della vittima, siano comunque chiaramente finalizzate a vincerne la resistenza.

Allo stesso modo di strettissima applicazione l'ipotesi della desistenza nel caso di **tentata estorsione** realizzata con plurimi contatti con la vittima

Ai fini della sussistenza degli estremi della **desistenza** volontaria di cui all'art. 56, comma terzo, cod. pen., nella specie con riguardo al reato di tentata estorsione, non è sufficiente, quando l'azione intimidatoria non si realizza in modo continuativo ma attraverso il succedersi di contatti verbali distanziati nel tempo, la pura e semplice condotta di inattività dell'agente nei periodi intermedi, richiedendosi che essa si sia protratta per un tempo sufficiente a dimostrare che vi sia stato un vero e proprio abbandono del progetto estorsivo. Sez. 5, *Sentenza n. [32742](#) del 03/06/2010*

La **desistenza** volontaria dall'azione prevista dall'art. 56, comma terzo, cod. pen., infatti presuppone la costanza della possibilità di consumazione del delitto. Ne consegue che, qualora tale possibilità non vi sia più, o per la non realizzabilità fisico-materiale della consumazione stessa oppure, sul piano soggettivo, anche soltanto per una non realizzabilità erroneamente ritenuta dal soggetto agente, ricorre, sussistendone i requisiti, l'ipotesi del delitto tentato.

Non dimentichiamo infatti la precisazione dei confini tra volontarietà e spontaneità

Ai sensi dell'art. 56, comma terzo, cod. pen., per aversi **desistenza** volontaria dall'azione delittuosa occorre che la determinazione del soggetto agente sia stata **libera e non coartata** e, cioè, che la prevalenza dei motivi di **desistenza** su quelli di persistenza nella condotta criminosa si sia verificata al di fuori delle cause che abbiano impedito il proseguimento dell'azione o l'abbiano reso assolutamente vano.

Si può quindi concludere che in tema di desistenza dal delitto, benché la volontarietà non possa essere intesa come spontaneità, la decisione di interrompere l'azione criminosa non deve risultare necessitata.

L'integrazione della **desistenza** volontaria, ex art. 56, comma terzo, cod. pen. richiede pertanto che il soggetto attivo arresti, per volontaria iniziativa, la propria condotta delittuosa prima del completamento dell'azione esecutiva, impedendo l'evento.

In applicazione di questo principio la S.C. ha ritenuto sussistere pertanto il tentativo di furto - e non l'ipotesi della **desistenza** volontaria - nel caso in cui la condotta si sia arrestata per cause indipendenti dalla determinazione dell'agente.

Segnatamente ha ritenuto integrato il delitto di cui agli art. 56 e 624 cod. pen. nella condotta dell'imputato che, salito su un furgone parcheggiato sulla pubblica via, aveva rovistato all'interno di esso ed era, quindi, ridisceso senza asportare alcunché, per non avere trovato beni d'interesse (*Sez. 5, Sentenza n. [36919](#) del 11/07/2008*)

Coerentemente la ricorrenza dell'esimente è stata esclusa, a fronte dell'allegata interruzione delle pressioni estorsive già esercitate sulla vittima, avuto riguardo alla cognizione degli agenti di essere stati denunciati ed alla scoperta, da parte di uno tra essi, della presenza di una microspia a bordo della sua autovettura

Se in applicazione di detti principi in un'ipotesi di tentata estorsione, la Corte ha **escluso** la configurabilità della desistenza volontaria nella condotta dell'imputato, che si rivolgeva ai Carabinieri consentendo il ritrovamento del veicolo, oggetto del reato, solo dopo aver raggiunto la consapevolezza di non riuscire ad ottenere il pagamento della somma richiesta alla persona offesa, dell'esistenza di indagini già in corso, nel cui ambito temeva di essere già stato identificato e prossimo ad un possibile arresto (*Sez. 2, Sentenza n. [7036](#) del 29/01/2014*), in altra ipotesi, precisando che la volontarietà della **desistenza** non deve essere intesa come spontaneità, per cui la **desistenza** non è esclusa dalla valutazione degli svantaggi che deriverebbero dal proseguimento dell'azione criminosa, sempre che la decisione di interromperla non risulti necessitata venendo in considerazione la ridotta capacità criminosa dell'agente la Corte ha ritenuto **configurabile** la **desistenza** volontaria nella condotta di due rapinatori di una banca che, una volta appresa la circostanza che la chiave della cassaforte era detenuta dal solo direttore il quale non era presente nei locali, si erano allontanati interrompendo l'azione criminosa (*Sez. 5, Sentenza n. [1955](#) del 07/12/1999*).

Non configura recesso attivo dal reato di **tentato omicidio** la condotta di chi, dopo aver procurato gravi ferite ad una persona, si limita a segnalare a terzi che l'agredito versa in critiche condizioni di salute, se tale comportamento è riconducibile all'intento opportunistico di distogliere da sé i sospetti sulla responsabilità dell'evento e non al fine di evitare la morte della vittima *Sez. 7, Ordinanza n. [22817](#) del 16/01/2014*.

In tema di reati di danno a forma libera (nella specie, **omicidio**), la desistenza può aver luogo solo nella fase del tentativo incompiuto e non è configurabile una volta che siano posti in essere gli atti da cui origina il meccanismo causale capace di produrre l'evento,

rispetto ai quali può, al più, operare la diminuzione per il cosiddetto recesso attivo, qualora il soggetto tenga una condotta attiva che valga a scongiurare l'evento.

Nel reato di danno a forma libera (nella specie, omicidio) infatti il tentativo si perfeziona con l'attivazione del meccanismo causale capace di produrre - salvo l'intervento di fattori esterni - l'evento (cosiddetto tentativo compiuto); sicché, una volta posta in essere tale condotta, non è più configurabile la **desistenza** volontaria a norma dell'art. 56, comma terzo, cod. pen. - che non esime l'agente da pena, ma prende in considerazione solo gli atti già compiuti, se ed in quanto costituiscano diverso reato - mentre non sono esclusi i più limitati effetti della diminuzione di pena prevista dal comma successivo della citata norma qualora sia tenuta una condotta attiva che valga a scongiurare l'evento.

Integra pertanto il reato di **tentato omicidio** la condotta dell'agente che abbia indirizzato anche un solo colpo di arma da fuoco con l'intento di uccidere un avversario, non riuscendovi per imperizia balistica.

La S.C. ha precisato che, trattandosi di tentativo compiuto, non sarebbe configurabile la desistenza, anche se l'agente, dopo quell'unico colpo si sia dileguato senza scaricare il caricatore ancora pieno di colpi da esplodere (Sez. 1, **Sentenza n. 30336 del 14/06/2013**).

Elemento che aiuterà nella valutazione differenziale sarà **la permanenza della possibilità di consumazione del delitto.**

In tal senso Cass. Sez. 2, **Sentenza n. 44148 del 07/07/2014** secondo cui “L'idoneità degli atti, richiesta per la configurabilità del reato tentato, deve essere valutata con giudizio "ex ante", tenendo conto delle circostanze in cui opera l'agente e delle modalità dell'azione, mentre la desistenza volontaria presuppone la costanza della possibilità di consumazione del delitto, per cui, qualora tale possibilità non vi sia più, ricorre,

sussistendone i presupposti, l'ipotesi del tentativo.” (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto configurabile il tentativo di estorsione essendo irrilevante la mancanza di ulteriori attività intimidatorie o minacciose successive alla presentazione della denuncia).

È configurabile il tentativo e non la desistenza volontaria nel caso in cui la condotta delittuosa si sia arrestata prima del verificarsi dell'evento non per volontaria iniziativa dell'agente ma per fattori esterni che impediscano comunque la prosecuzione dell'azione o la rendano vana. (In applicazione di detto principio la Corte ha ritenuto configurabile il tentativo di rapina in un caso in cui l'imputato, dopo essere entrato in un esercizio commerciale con il volto travisato e con un grosso coltello da cucina in mano, intimando ai gestori di consegnargli quanto incassato, si era allontanato avendo verificato che nel registratore di cassa non vi era denaro-
(Sez. 2, *Sentenza n. [51514](#) del 05/12/2013*)

Così come sussistono gli estremi del tentativo di furto e non quelli della desistenza volontaria, nella ipotesi in cui la rinuncia a portare a termine il furto di un'autovettura sia dipeso da causa indipendente dalla determinazione dell'agente. (Nella specie, la resistenza dei sistemi di chiusura di un'autovettura oggetto dell'azione criminosa
*Sez. 5, *Sentenza n. [13293](#) del 28/01/2013*).*

In tema di truffa, è stato ritenuto integrata ipotesi di recesso attivo, e non desistenza, l'adoperarsi fattivamente dell'autore degli artifici e raggiri affinché il destinatario degli stessi non cada in errore. Nella fattispecie, relativa al reato commesso da un dipendente

ai danni dell'ente pubblico attraverso la falsa attestazione dell'orario lavorativo sul foglio presenze, la Corte ha ritenuto che la successiva correzione inoltrata dal soggetto all'ente medesimo circa la durata effettiva dell'attività prestata integrasse **recesso attivo** e non desistenza, posto che l'azione doveva considerarsi ormai posta in essere *Sez. 2, **Sentenza n. [2772](#) del 22/12/2009***).

IL CASO CONCRETO

Con sentenza 25.6.07 il Tribunale di Sciacca assolveva per insussistenza del fatto Gulli Filippo dall'imputazione di tentata truffa (oltre che di falso ideologico). L'accusa nasceva dall'aver il prevenuto falsamente attestato sul foglio presenze giornaliero di essere stato in servizio per un orario più lungo di quello effettivamente osservato. Ravvisava a riguardo il primo giudice un'ipotesi di desistenza volontaria perché il successivo giorno il prevenuto aveva fatto recapitare all'ufficio preposto al conteggio delle ore lavorative una rettifica con cui indicava l'esatto ammontare delle ore lavorate, così evitando l'induzione in errore del funzionario dell'ente deputato ad erogargli lo stipendio. Con sentenza 24.1.08 la Corte d'Appello di Palermo, in accoglimento del gravame del PG, ritenuta — invece — un'ipotesi di recesso attivo ex art. 56 co. 4 c.p., condannava l'imputato per tentata truffa.

Nel casi specie non può revocarsi in dubbio che l'artificio (mendace indicazione delle ore lavorative) era già perfettamente compiuto ed era (sempre secondo la doverosa prognosi postuma) astrattamente tale da mettere in moto il procedimento causale (e contabile) che sarebbe sfociato nell'erogazione della retribuzione: prova ne sia che per impedire l'evento è stato necessario il ricorso ad un'azione uguale e contraria, vale a dire alla rettifica successiva. Non può nutrirsi dubbio alcuno nemmeno in ordine all'univocità dell'atto contestato all'imputato, atteso che l'indicazione, sul foglio presenze giornaliero, delle ore di servizio effettuate è finalizzato, in primis, proprio a consentire lo sviluppo dei conteggi inerenti a quella porzione retributiva commisurata ex art. 2099 co. 1° c.c. al tempo di lavoro. Dunque, a fronte di univocità ed idoneità dell'artificio sopra descritto, deve confermarsi che la condotta posta in essere prima

della rettifica di per sé **integrava già un tentativo punibile, presupposto** — questo - **di ogni discorso di potenziale applicazione del co. 3 o del co. 4 dell'art. 56 c.p.** Orbene, per antica e costante giurisprudenza della Corte Suprema la **desistenza** volontaria si differenzia dal recesso attivo in quanto la prima interviene **quando s'interrompe l'attività esecutiva**, mentre il secondo è ravvisabile quando **l'attività esecutiva è compiutamente esaurita e manca solo che si realizzi l'evento** (cfr., ad es., Cass. Sez. II n. 8031 del 24.6.92, dep. 16.7.92, rv. 191291, Porcari; Cass. Sez. V n. 4123 del 10.2.83, dep. 2.5.83, rv. 158863, Fizzarotti; Cass. Sez. I n. 6141 del 10.12.79, dep. 15.5.80, rv. 145301, Ferlisi). Per attività esecutiva compiutamente esaurita deve intendersi quella tipica del reato contestato. Nel caso di reati commissivi posto che la truffa costituisce reato d'evento, che si perfeziona nel momento in cui alla realizzazione della condotta tipica da parte dell'autore abbia fatto seguito la "deminutio patrimonii" del soggetto passivo (cfr. Cass. S.U. n. 1 del 16.12.98, dep. 19.1.99, rv. 212079, Cellammare), l'agente deve interrompere la sequenza di atti all'esito dei quali si ha per esaurita la condotta tipica, nel senso che deve arrestarsi prima di porre in essere quegli atti ulteriori senza i quali l'evento non potrebbe verificarsi. Se, invece, prima del verificarsi dell'evento il soggetto agente interviene con nuovi atti di segno eziologicamente contrario a quelli (in precedenza posti in essere) esecutivi del reato, **sarà ravvisabile un recesso attivo**. In altre parole, nei reati commissivi (come quello per cui oggi è processo) **la desistenza ha sempre carattere omissivo** (degli ulteriori necessari atti esecutivi): diversamente, se — cioè — vengono posti in essere ulteriori atti, o questi avranno conforme direzione causale rispetto alla condotta tipica già esauritasi (ed allora saranno causalmente ininfluenti), oppure saranno di segno eziologicamente contrario a quelli già posti in essere e allora si verserà nell'ipotesi del recesso attivo (o ravvedimento operoso, secondo altra nota — seppur meno propria - terminologia), sempre che la condotta tipica si sia già esaurita. Mentre nei reati omissivi impropri la condotta commissiva integra desistenza, in quelli commissivi costituisce — invece - recesso attivo (sempre, s'intende, in ipotesi di condotta tipica già esaurita). La condotta tipica nel reato p. e p. ex art. 640 c.p. consiste in artifici e

raggiri idonei all'altrui induzione in errore, mentre il conseguente atto di disposizione patrimoniale produttivo di danno per il *deceptus* e di ingiusto profitto per il *deceptor* integra l'evento del delitto in discorso. A sua volta, l'avvenuta induzione in errore è evento (inteso in senso naturalistico) **intermedio**, che si colloca tra gli artifici e/o raggiri e l'atto di disposizione patrimoniale da parte del *deceptus*; per l'esattezza, costituisce la deliberazione volitiva (viziata dall'altrui frode) che è alla base dell'atto dispositivo. Dunque, l'adoperarsi fattivamente — così come ha fatto l'odierno ricorrente — affinché il destinatario dell'artificio non cadesse in errore è azione che si colloca all'esterno di una condotta tipica già realizzata in tutti i necessari segmenti: quindi, non integra desistenza, ma **recesso attivo**.

In tema di compatibilità dell'istituto con la natura dei reati per cui si procede va ricordato come lo stesso sia incompatibile con il reato di **calunnia**. La calunnia è reato formale ed istantaneo che si consuma nel momento in cui viene presentata la denuncia all'Autorità giudiziaria ovvero ad autorità che a quella abbia obbligo di riferire. La ritrattazione, pertanto, non impedendo il perfezionamento del reato, è inidonea a farlo degradare all'ipotesi di delitto tentato e, parallelamente a configurare **recesso attivo**.

Solo per completezza vanno qui ricordati anche gli elementi che differenziano l'ipotesi del recesso attivo dalla circostanza attenuante di cui all'art. 62 n. 6 cod. pen. (**attivo** ravvedimento): la diminuzione del cosiddetto **recesso attivo** nel delitto tentato postula che l'agente si riattivi, interrompendo il processo di causazione dell'evento, così da impedirne il verificarsi, mentre la circostanza attenuante del ravvedimento **attivo** presuppone che l'evento si sia già realizzato e che l'agente si adoperi spontaneamente ed efficacemente per attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato. (*ex plurimis* Sez. 1, **Sentenza n. 40936** del 08/10/2009)

E nel caso di **concorso di persone nel reato** ? il singolo correo potrà beneficiare della desistenza e a che condizioni ?

In tema di tentativo il concorrente nel reato plurisoggettivo, per beneficiare della **desistenza** volontaria, non può limitarsi ad interrompere la propria azione criminosa, occorrendo, invece, un "quid pluris" consistente nell'annullamento del contributo dato alla realizzazione collettiva e nella eliminazione delle conseguenze dell'azione che fino a quel momento si sono prodotte.
*Sez. 1, **Sentenza n. 9284** del 10/01/2014*

In punto di estensione degli effetti della desistenza di uno solo degli agenti sulla posizione dei correi in ultimo la Sez. 2, **Sentenza n. 48128** del 13/11/2013

Ha ritenuto che “In tema di concorso di persone nel reato, la **desistenza** di uno dei concorrenti deve instaurare, perché si riverberi favorevolmente sulla posizione degli altri compartecipi, un processo causale che arresti l'azione di questi ultimi e impedisca comunque l'evento; se, invece, essa elimini soltanto gli effetti della condotta individuale, non comporta benefici per gli altri compartecipi, le cui condotte pregresse, conservando intatta la loro valenza causale, hanno prodotto conseguenze ormai irreversibili, funzionali alla consumazione del reato o alla configurazione del tentativo punibile.”

E se l'esecutore materiale incarico di un omicidio recede dal proposito , di cosa risponderà il mandante di un omicidio ?

In siffatta ipotesi il Supremo Collegio ha ritenuto che si configura nei confronti del mandante di un **omicidio** l'ipotesi prevista dall'art. 115 cod. pen. nel caso in cui

l'esecutore materiale desista dall'azione senza porre in essere alcuna attività penalmente rilevante. (Sez. 1, *Sentenza n. [35778](#) del 05/07/2013*)

Il tema si avvicina a quello del reato impossibile .

Intanto sotto un profilo sanzionatorio se l'art. 115 , come noto esclude la punibilità del mero accordo e dell'istigazione non accolta ma prevede la possibilità di applicare una misura di sicurezza .

E' cioè la previsione speculare sotto il profilo sanzionatorio dell'ipotesi del reato impossibile

In cosa si differenzia il reato impossibile dal reato tentato ? quali i criteri di discriminazione ?

In tema di tentativo, l'idoneità degli atti non va valutata con riferimento ad un criterio probabilistico di realizzazione dell'intento delittuoso, bensì in relazione alla possibilità che alla condotta consegua lo scopo che l'agente si propone, configurandosi invece un **reato impossibile** per inidoneità degli atti, ai sensi dell'art. 49 cod. pen., in presenza di un'inefficienza strutturale e strumentale del mezzo usato che sia assoluta e indipendente da cause estranee ed estrinseche, di modo che l'azione, valutata "ex ante" e in relazione alla sua realizzazione secondo quanto originariamente voluto dall'agente, risulti del tutto priva della capacità di attuare il proposito criminoso.

Ai fini della configurabilità del reato impossibile, l'inidoneità dell'azione deve essere assoluta per inefficienza strutturale e strumentale del mezzo usato così da non consentire neppure in via eccezionale l'attuazione del proposito criminoso.

In applicazione del principio, la Suprema Corte ha ritenuto che correttamente la sentenza impugnata avesse ritenuto sussistente il **tentativo di furto** con riferimento un'autovettura dotata di accensione elettronica mediante centralina, osservando che, pur in mancanza della chiave originale, era comunque possibile attivare i circuiti elettrici mediante l'utilizzo di idonee apparecchiature e che, comunque, il veicolo poteva essere spostato a motore spento in un luogo irrintracciabile per la persona offesa).S ez. 5, *Sentenza n. [9254](#) del 15/10/2014* .

Come deve essere inteso il concetto di **inesistenza dell'oggetto** rilevante ai fini dell'art. 49 c.p.?

La giurisprudenza ha chiarito che l'inesistenza dell'oggetto del **reato** dà luogo a **reato impossibile** solo qualora l'oggetto sia inesistente "in rerum natura" o si tratti di inesistenza originaria ed assoluta, non anche quando l'oggetto sia mancante in via temporanea o per cause accidentali.

Di conseguenza è stato ritenuto sussistente il tentativo di importazione di sostanze stupefacenti, nonostante il mancato reperimento di queste ultime, in virtù sia degli accordi presi per la fornitura di un grande quantitativo di droga, sia dell'invio, da parte degli acquirenti, di una "garanzia umana" richiesta dai fornitori, sia della predisposizione delle operazioni di sdoganamento
*Sez. 3, **Sentenza n. [26505](#) del 20/05/2015**).*

Per la ricorrenza tra i casi pratici va ricordato, in tema di falso nummario, la grossolanità della contraffazione, che dà luogo al **reato impossibile**, che si apprezza solo quando il falso sia "ictu oculi" riconoscibile da qualsiasi persona di comune discernimento ed avvedutezza e non si debba far riferimento nè alle particolari

cognizioni ed alla competenza specifica di soggetti qualificati, nè alla straordinaria diligenza di cui alcune persone possono esser dotate.

E' configurabile un **reato impossibile** quando un'impresa delittuosa , ad esempio un'estorsione , fallisce a causa dell'intervento della polizia previamente avvertita? (tesi spesso sostenuta dalla difesa)

La giurisprudenza in modo assolutamente unanime ritiene che ricorre in questo caso un'ipotesi di punibilità del fatto a titolo di tentativo, stante l'idoneità astratta dell'azione posta in essere valutata con un giudizio ex ante, dal momento che il servizio di polizia opportunamente predisposto per sorprendere in flagranza di reato l'estortore **non è destinato ad incidere sulla efficienza causale della sua azione delittuosa**. Sostenere che la presenza della polizia costituirebbe un ostacolo insormontabile, originario e preesistente all'azione delittuosa programmata, tale da vanificarne l'idoneità, significa non rendersi conto che l'intervento della polizia rende molto improbabile ma non impossibile la consumazione del reato.

In tema di concussione, non è configurabile l'ipotesi del **reato impossibile**, di cui all'art. 49 cod. pen., bensì quella del tentativo punibile, in relazione alle richieste e pressioni illecite del pubblico ufficiale intervenute successivamente alla presentazione di denuncia all'Autorità giudiziaria da parte del soggetto passivo. (vv *Sez. 6, **Sentenza n. 25677** del 16/03/2016*)

Attenzione a parte merita un campo di applicazione in concreto più rilevante dell'ipotesi di cui all'art. 49 c.p. , ossia l'ipotesi di **coltivazione di sostanze stupefacenti** nonché il rapporto tra l'art. 49 c.p. e l'art. 131 bs c.p. .

Come è noto la Corte , a Sezioni Unite, ha affermato che la coltivazione di piante destinate alla produzione di stupefacente è una condotta sempre punibile in quanto

esclusa, dal D.P.R. n. 309 del 1990, artt. 75 e 73, dall'ambito della detenzione finalizzata all'uso personale.

La più recente giurisprudenza ha esaminato la fattispecie in oggetto ponendosi più volte il problema dell'analisi in concreto dell'offensività della condotta. Ha così ritenuto che la offensività in concreto manchi quando il prodotto finale non abbia alcuna capacità drogante (ipotesi che, in realtà, potrebbe essere anche risolta con riferimento alla non realizzazione della fattispecie tipica che è quella di una pianta con un adeguato contenuto di principio drogante): Ai fini della punibilità della coltivazione non autorizzata di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, spetta al giudice verificare in concreto l'offensività della condotta ovvero l'idoneità della sostanza ricavata a produrre un effetto drogante rilevabile. (Conforme, Sez. U. 24 aprile 2008, Valletta, non massimata). (Vedi Corte cost. n. 360 del 1995 e n. 296 del 1996). (Sez. U, n. 28605 del 24/04/2008 - dep. 10/07/2008, Di Salvia, Rv. 239921). Tesi ribadita da Sez. 4, n. 43184 del 20/09/2013 - dep. 22/10/2013, Carioti e altro, Rv. 258095 "Pertanto, e conclusivamente, la condotta è inoffensiva soltanto se essa è priva della concreta attitudine ad esercitare, anche in misura assai limitata, minima, l'effetto psicotropo evocato dal già richiamato D.P.R., art. 14.

Ed ancora, altra giurisprudenza ha considerato il carattere di offensività in concreto con maggiore attenzione alla ragione per la quale è affermato la sanzionabilità "comunque" della coltivazione, individuando il non infrequente caso in cui, pur realizzata la condotta tipica, che comprende anche la produzione di una pur minima sostanza con efficacia psicotropa, il carattere ridotto della coltivazione non consenta di ritenere raggiunta la soglia di offesa in concreto del bene tutelato. La coltivazione domestica di una piantina di canapa indiana contenente principio attivo pari a mg. 16, posta in un piccolo vaso sul terrazzo di casa, costituisce condotta inoffensiva "ex" art. 49 c.p., che non integra il reato di cui all'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990. (Sez. 4, n. 25674 del 17/02/2011 - dep. 28/06/2011, P.G. in proc. Marino, Rv. 250721) (in motivazione • "Ciò detto e venendo al caso di specie, è da ritenere che il giudice di merito abbia fatto

buon governo dei principi illustrati, laddove ha riconosciuto a fronte delle oggettive circostanze del fatto e della modestia dell'attività posta in essere (coltivazione domestica di una piantina posta in un piccolo vaso sul terrazzo di casa, contenente un principio attivo di mg. 16), una condotta del tutto inoffensiva dei beni giuridici tutelati dalla norma incriminatrice).

Va quindi considerato che, in un caso di produzione assolutamente minima, si pone un problema di "offensività" in concreto della condotta, interpretazione già adottata dalla Suprema Corte con la sentenza Sez. 6, n. 33835 del 08/04/2014 - dep. 30/07/2014, Pg in proc. Piredda, Rv. 260170 [La punibilità per la coltivazione non autorizzata di piante da cui sono estraibili sostanze stupefacenti va esclusa allorchè il giudice ne accerti l'inoffensività "in concreto", nel senso che la condotta deve essere così trascurabile da rendere sostanzialmente irrilevante l'aumento di disponibilità della droga e non prospettabile alcun pericolo di ulteriore diffusione di essa. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto penalmente irrilevante la coltivazione di due piantine di marijuana contenenti un principio attivo inferiore al quantitativo massimo detenibile)]

Perciò l'azione tipica della coltivazione si individua senza alcun riguardo all'accertamento della destinazione della sostanza bastando che sia realizzato il pericolo presunto quale sopra specificato. Ma, proprio nella individuazione del compimento della azione tipica nel singolo caso, va applicata la regola di necessaria sussistenza della "offensività in concreto": ovvero, pur realizzata l'azione tipica, dovrà escludersi la punibilità di quelle condotte che siano in concreto inoffensive. Va quindi ribadito che ricorre la assenza di offensività per quelle condotte che dimostrino tale levità da essere sostanzialmente irrilevante l'aumento di disponibilità di droga e non prospettabile alcuna ulteriore diffusione della sostanza. Ovvero, a fronte della realizzazione della condotta tipica, che è la coltivazione di una pianta conforme al "tipo botanico" e che abbia, se matura, raggiunto la soglia di capacità drogante minima, il giudice potrà e dovrà valutare se la condotta stessa sia del tutto inidonea alla realizzazione della offensività in concreto. L'ambito di tale riconoscibile inoffensività

è, ragionevolmente, quello del conclamato uso esclusivamente personale e della minima entità della coltivazione tale da escludere la possibile diffusione della sostanza producibile e/o l'ampliamento della coltivazione. Risulta quindi corretto affermare che l'aver coltivato due piantine, quantitativo che esauriva la loro disponibilità senza alcuna prospettiva di utile distribuzione in favore di terzi consumatori, non è in concreto una condotta offensiva per le ragioni anzidette. (vv. sul punto *Sez. 6, Sentenza n. [5254](#) del 10/11/2015*)

A tale ricostruzione consegue anche la diversa ricostruzione dell'abito di applicabilità dell'art. 131 bis C.P. L'art. 131 bis cod. pen. ed il principio di inoffensività in concreto operano su piani distinti, presupponendo, il primo, un reato perfezionato in tutti i suoi elementi, compresa l'offensività, benché di consistenza talmente minima da ritenersi "irrilevante" ai fini della punibilità, ed attenendo, il secondo, al caso in cui l'offesa manchi del tutto, escludendo la tipicità normativa e la stessa sussistenza del reato.

Rileverà ancora l'eventuale configurabilità dell'ipotesi ex art. 49 c.p. nel caso in cui la stessa riguardi il reato presupposto in tutti quei reati che ne richiedono uno come presupposto

In tema di riciclaggio, integra gli estremi del reato putativo, non punibile ai sensi dell'art. 49, comma primo, cod. pen., la condotta di chi abbia agito ritenendo o accettando il rischio di riciclare somme di denaro provenienti da delitto non colposo, quando quest'ultimo risulti in realtà insussistente.

Così n tema di riciclaggio, integra gli estremi del reato putativo, non punibile ai sensi dell'art. 49, comma primo, cod. pen., la condotta di chi abbia agito ritenendo o

accettando il rischio di riciclare somme di denaro provenienti da delitto non colposo, quando quest'ultimo risulti in realtà insussistente.

Non è configurabile l'ipotesi del **reato impossibile** in relazione alla fattispecie di false dichiarazione a pubblico ufficiale sulla propria identità o sulle proprie qualità personali, in quanto la lesione del bene della fede pubblica si realizza per il solo fatto di aver dichiarato il falso e indipendentemente dalla circostanza che il pubblico ufficiale sia consapevole o meno della falsità delle dichiarazioni medesime.

CATANIA 2 maggio 2017