



12175/12
MASSIMARIO

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
Sezione II penale

composta da

dott. Giuliano Casucci

Presidente

Sent. n. sez. 599/2012

dott. Domenico Gallo

Relatore

UP -13/03/2012

dott. Adriano Iasillo

R.G.N. 38627/2011

dott. Geppino Rago

dott. Giovanna Verga

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Sul ricorso proposto da

Napolitano Giuseppe, nato a Barletta il 20/11/1983

avverso la sentenza 8/6/2011 della Corte d'appello di Bari, I sezione penale;

visti gli atti, il provvedimento impugnato ed il ricorso;

udita la relazione svolta dal consigliere Domenico Gallo;

udito il Pubblico Ministero in persona del Sostituto Procuratore generale, Elisabetta Cesqui, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso;

RITENUTO IN FATTO

1. Con sentenza in data 8/6/2011, la Corte di appello di Bari, in parziale riforma della sentenza del Tribunale di Trani, in data 9/6/2006, dichiarato estinto per prescrizione il reato di cui all'art. 4 L. n. 110/75, rideterminava la pena inflitta a Napolitano Giuseppe per il reato di rapina tentata in anni uno, mesi sette di reclusione ed €.400,00 di multa.

2. Avverso tale sentenza propone ricorso l'imputato per mezzo del suo difensore di fiducia, sollevando un unico motivo di gravame con il quale deduce violazione di legge ed illogicità della motivazione. Al riguardo eccepisce che nella fattispecie non sussistano gli estremi del tentativo nella

condotta dell'agente, il quale veniva fermato dai Carabinieri, quando l'azione delittuosa si trovava ancora allo stadio degli atti preliminari non punibili.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è infondato.

2. in punto di diritto, in ordine ai principi applicabili in tema di tentativo, l'argomento è stato compiutamente esaminato da questa Sezione con la sentenza n. 28213/2010, Rv. 247680 (da ultimo con la sentenza n.36536/2011, Rv. 251145) che ha affermato quanto segue.

3. L'art. 56 c.p., disciplina il tentativo nei delitti e, essendo una fattispecie autonoma rispetto al reato consumato (ex plurimis Cass. 13/6/2001 rlv 220330), richiede, come tutti i reati, la sussistenza sia dell'elemento soggettivo che oggettivo.

L'elemento soggettivo è identico al dolo del reato che il soggetto agente si propone di compiere.

L'elemento oggettivo, invece, presenta spiccate peculiarità in quanto ruota intorno a tre concetti:

- l'idoneità degli atti;
- l'univocità degli atti;
- il mancato compimento dell'azione o il mancato verificarsi dell'evento.

La linea di demarcazione fra la semplice intenzione non punibile (secondo il vecchio brocardo cogitationis poenam nemo patitur) e quella punibile si snoda proprio attraverso l'esatta comprensione dei suddetti principi.

4. Una premessa di natura sistematica: sebbene l'art. 56 c.p. sia l'unica norma che disciplini espressamente il tentativo, tuttavia, utili argomenti si possono trarre, ai fini sistematici, anche dall'art. 115 c.p. a norma del quale "qualora due o più persone si accordino allo scopo di commettere un reato e questo non sia commesso, nessuna di essa è punibile per il solo fatto dell'accordo".

La suddetta norma, evidenzia, quindi, in modo plastico, il principio secondo il quale anche un semplice accordo a commettere un delitto (e, quindi, a fortiori, il semplice averlo pensato) non è punibile (salva l'applicazione della misura di sicurezza) ponendosi all'estremo opposto del delitto consumato.

Ma è proprio fra questi due estremi, ossia fra la semplice cogitatio o accordo (non punibile) ed il delitto consumato che si colloca la problematica del delitto tentato che consiste, appunto, nello stabilire quando un'azione, avendo superato la soglia della mera cogitatio, pur non avendo raggiunto il



suo scopo criminoso, dev'essere ugualmente punibile.

5. Il codice penale del 1889 (cd. codice Zanardelli), influenzato dal codice napoleonico, all'art. 61, punendo "colui che, al fine di commettere un delitto, ne comincia con mezzi idonei l'esecuzione", poneva la soglia di punibilità del delitto programmato nel momento in cui l'agente avesse cominciato l'esecuzione dell'azione: da qui, la distinzione fra atti preparatori non punibili ed atti di esecuzione punibili.

6. La distinzione, però, creò notevoli problemi interpretativi tanto che il legislatore del 1930 - peraltro anche per precise ragioni ideologiche - abbandonò espressamente il suddetto criterio, introducendo l'attuale art. 56 c.p. che ruota intorno a due criteri:

l'idoneità e la inequivocità degli atti compiuti dall'agente, nel senso che solo ove l'azione presenti le suddette caratteristiche, l'agente può essere punito a titolo di tentativo.

7. Il dibattito (dottrinale e giurisprudenziale), però, si è riacutizzato perché, mentre prima la domanda era quali fossero i criteri per stabilire la differenza fra atti preparatori (non punibili) ed atti di esecuzione (punibili), ora la questione consiste nell'individuare la linea di confine che separa il semplice accordo (o la mera cogitatio), non punibile, dagli atti idonei inequivoci, punibili. In ordine al concetto di idoneità degli atti (e non del mezzo come prescriveva il codice Zanardelli), l'opinione maggioritaria sia della dottrina che della stessa giurisprudenza di questa Corte, è alquanto compatta nel ritenere che un atto si può ritenere idoneo quando, valutato ex ante ed in concreto (cd. criterio della prognosi postuma), ossia tenendo conto di tutte le circostanze conosciute e conoscibili e non di quelle oggettivamente presenti e conosciute dopo (ed criterio di valutazione su base parziale: ex plurimis Cass. 9/12/1996, Tansino, rv 206562), il giudice, sulla base della comune esperienza dell'uomo medio, possa ritenere che quegli atti - indipendentemente dall'insuccesso determinato da fattori estranei - erano tali da ledere, ove portati a compimento, il bene giuridico tutelato dalla norma violata: ex plurimis Cass. 40058/2008 rv 241649 (in motivazione) - Cass. 43255/2009 rv 245721 - Cass. 27323/2008 rv 240736 - Cass. 34242/2009 rv 244915. Tanto risulta confermato anche dall'art. 49 c.p., comma 2 che è la norma speculare dell'art. 56 c.p. nella parte in cui dispone la non punibilità per l'idoneità dell'azione. Più controversa è la nozione di univocità degli atti. Secondo una prima tesi: anche gli atti preparatori possono configurare l'ipotesi del tentativo,

allorquando essi rivelino, sulla base di una valutazione ex ante e indipendentemente dall'insuccesso determinato da fattori estranei, l'adeguatezza causale nella sequenza operativa che conduce alla consumazione del delitto e l'attitudine a creare una situazione di pericolo attuale e concreto di lesione del bene protetto, dimostrando contemporaneamente, per la loro essenza ed il contesto nel quale s'inseriscono, l'intenzione dell'agente di commettere il delitto (Cass. 27323/2008 riv. 240736 - Cass. 43255/2009 Rv. 245720). L'atto preparatorio può integrare gli estremi del tentativo punibile, quando sia idoneo e diretto in modo non equivoco alla consumazione di un reato, ossia qualora abbia la capacità, sulla base di una valutazione "ex ante" e in relazione alle circostanze del caso, di raggiungere il risultato prefisso e a tale risultato sia univocamente diretto (Cass. 40702/2009 Rv. 245123).

8. È la cd. tesi soggettiva in base alla quale, appunto, la prova del requisito dell'univocità dell'atto può essere raggiunta non solo sulla base dell'atto in sé considerato ma anche all'unde e, quindi, anche sulla base di semplici atti preparatori qualora rivelino la finalità che l'agente intendeva perseguire.

9. Ad avviso, invece, di un'altra tesi: 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, in quanto la univocità degli atti indica non un parametro probatorio, ma un criterio di essenza e una caratteristica oggettiva della condotta; ne consegue che non sono punibili, a titolo di tentativo, i meri atti preparatori (Cass. 9411/2010 Rv. 246620 - Cass. 40058/2008 cit. - Cass. 36283/2003 riv. 228310 - Cass. 43406/2001 riv. 220144). Se è vero, infatti, che il legislatore del 1930, obbedendo a sollecitazioni politiche dell'epoca, aveva ritenuto di allargare l'area del tentativo punibile redigendo il testo dell'art. 56 c.p., non è men vero che gran parte della dottrina e della giurisprudenza hanno dimostrato l'illusorietà del proposito che, con quel mezzo, si intendeva attuare. Ciò perché atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere un delitto possono essere esclusivamente atti esecutivi, in quanto se l'idoneità di un atto può denotare al più la potenzialità dell'atto a conseguire una pluralità di risultati, soltanto dall'inizio di esecuzione di una fattispecie delittuosa può dedursi la direzione univoca dell'atto stesso a provocare proprio il risultato



criminoso voluto dall'agente (Corte Cost. 177/1980). È la cd. tesi oggettiva secondo la quale gli atti possono essere considerati univoci ogni qualvolta, valutati in quel singolo contesto, rivelano, in sé e per sé considerati, l'intenzione dell'agente (ed criterio di essenza). Per questa tesi, quindi, "la direzione non equivoca" indica, infatti, non un parametro probatorio, bensì un criterio di essenza e deve essere intesa come una caratteristica oggettiva della condotta, nel senso che gli atti posti in essere devono di per sé rivelare l'intenzione dell'agente. L'univocità, intesa come criterio di "essenza", non esclude che la prova del dolo possa essere desunta aliunde, ma impone soltanto che, una volta acquisita tale prova, sia effettuata una seconda verifica al fine di stabilire se gli atti posti in essere, valutati nella loro oggettività per il contesto nel quale si inseriscono, per la loro natura, siano in grado di rivelare, secondo le norme di esperienza e l'id quod plerumque accidit, l'intenzione, il fine perseguito dall'agente (Cass. 40058/2008 cit.).

10. È evidente il punto di frizione fra le due tesi. Infatti, mentre per la tesi soggettiva, l'univocità va valutata sulla base delle circostanze concrete (con la conseguenza che si determina, sul piano della repressione penale, un arretramento della soglia di punibilità, in quanto anche gli atti in sé preparatori, possono, a determinate condizioni, essere considerati univoci), al contrario per la tesi oggettiva, l'univocità coincide con l'inizio degli atti tipici di un determinato reato (con conseguente spostamento in avanti della soglia di punibilità, escludendosi l'univocità negli atti meramente preparatori).

11. Questa Corte ritiene che la tesi ed oggettiva non sia condivisibile perché, riproponendo, di fatto, l'antica problematica di cui si discuteva sotto il codice Zanardelli, opera un'interpretazione abrogans della nuova normativa, lasciando insoluti, in specie per i reati a forma libera, quegli stessi interrogativi che avevano indotto il legislatore del 1930 a rivedere radicalmente l'intera normativa. Infatti, nella Relazione al progetto definitivo al codice penale, si trova scritto:

"innovazioni radicali sono state introdotte nella disciplina del tentativo, sopprimendo la distinzione tra atti preparatori e atti esecutivi".

Si ritiene, quindi, che la tesi più corretta sia quella soggettiva per i motivi di seguito indicati.

12. Il punto di partenza, per una corretta esegesi dell'art. 56 c.p., non può che essere il dato storico: come si è detto, fu proprio per evitare le

incertezze interpretative derivanti dall'individuare quali fossero i mezzi che potevano essere considerati inizio dell'esecuzione criminosa (problema che diventava quasi irresolubile nei reati a forma libera) che il legislatore del 1930 s'indusse ad abbandonare la formula che parlava di "cominciamento" "mezzi" "esecuzione".

Nel nuovo art. 56 c.p., infatti, non si parla più di mezzi ma di atti idonei (in contrapposizione agli atti inidonei di cui all'art. 49 c.p., comma 2) e di azione che non si compie o di evento che non si verifica.

La terminologia adoperata dal legislatore è molto importante: una cosa è parlare di cominciamento dell'esecuzione con mezzi idonei, altro è parlare di azione non compiuta e di atti idonei a commettere il delitto.

13. È evidente, infatti, l'arretramento della soglia di punibilità, laddove si consideri che i termini "azione" ed "atti", indicano, proprio a livello semantico, una maggiore estensione rispetto alla più ristretta categoria degli atti esecutivi. In altri termini, il legislatore ha focalizzato la sua attenzione non solo sull'esecuzione ma anche sull'azione.

14. Ora, siccome l'azione è quell'attività umana composta da uno o più atti, ne deriva, proprio sul piano logico (oltre che semantico) che il tentativo è punibile non solo quando l'esecuzione è compiuta ma anche quando l'agente ha compiuto uno o più atti (non necessariamente esecutivi) che indichino, in modo inequivoco, la sua volontà di voler compiere un determinato delitto. Sul punto, è lo stesso art. 56 c.p. che offre utili spunti di riflessione nella parte in cui dispone che il delitto tentato si verifica in due ipotesi: 1) quando l'azione non si compie (cd. tentativo non compiuto); 2) quando l'evento non si verifica (cd. tentativo compiuto). Sebbene si sia soliti attribuire poca importanza alla suddetta distinzione, in quanto la si assimila a quella del codice Zanardelli fra "delitto tentato" e delitto mancato" (peraltro sanzionato più gravemente), il dato di fatto semanticamente rilevante è che non si parla di "delitto tentato o mancato" ma di azione non compiuta e di evento non verificatosi.

15. Il suddetto dato non può non avere una sua rilevanza giuridica. Infatti, quando la legge adopera la locuzione "evento che non si verifica" è chiaro che ipotizza il caso dell'agente che ha compiuto l'esecuzione degli atti tipici del delitto programmato, ma che questo non si è verificato per un fatto indipendente dalla sua volontà (ad es. l'agente ha sparato a Tizio ma questi, all'ultimo momento, casualmente, si è spostato, facendo, quindi, fallire l'attentato). Se, quindi, la legge ha già previsto la punibilità

dell'esecuzione degli atti di un delitto, quando prevede la punibilità anche dell'azione, necessariamente non può che far riferimento ad un qualcosa che precede l'esecuzione vera e propria, ossia quell'insieme di atti (o semplice atto) che, sebbene non esecutivi, valutati unitariamente, abbiamo l'astratta attitudine a produrre il delitto programmato. L'azione, lo si ripete, è un termine molto ampio ed indica il risultato finale del compimento di un atto o più atti, e contiene, in sé, tutti gli elementi che consentono di affermare, sia pure ex post, che quell'azione era idonea, ove portata a termine (rectius: eseguita) a perpetrare il delitto programmato. Ciò, quindi, permette di affermare che ci si trova di fronte ad un tentativo punibile in tutti quei casi in cui l'agente abbia approntato e completato il suo piano criminoso in ogni dettaglio ed abbia iniziato ad attuarlo pur non essendo ancora arrivato alla fase esecutiva vera e propria ossia alla concreta lesione del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice.

16. Quanto appena detto, trova una conferma negli speculari commi terzo e quarto dell'art. 56 che, ancora una volta, confermano i due livelli del tentativo punibile (sanzionati in modo differente): la desistenza dell'azione nel senso sopra specificato, nel quale caso, la norma prevede che l'agente risponde degli atti compiuti solo se questi costituiscano un reato diverso; l'impedimento, da parte dell'agente, dell'evento determinato dal compimento degli atti esecutivi veri e propri, nel quale caso, l'agente risponde pur sempre del tentativo, sebbene con una diminuzione della pena.

17. È evidente, quindi, che, anche a livello sanzionatorio, la legge ha voluto distinguere le due tipologie di tentativi che, se non vengono attuati per cause indipendenti dalla volontà dell'agente, vengono puniti allo stesso modo (primo comma), mentre se il delitto non si verifica per la resipiscenza dell'agente, vengono sanzionati diversamente rendendo, pertanto, palese che l'azione che non si compie (o dalla quale l'agente desiste) è un qualcosa che precede l'evento che non si verifica (o compie).

18. Ed ulteriore conferma può trarsi dall'art. 49 c.p., comma 2 (che rappresenta, per così dire, il lato speculare e contrario dell'art. 56 c.p.) che esclude la punibilità per "l'inidoneità dell'azione" non degli atti esecutivi: il che significa che, per stabilire se ci si trova di fronte ad un tentativo punibile, a parte l'ipotesi del compimento degli atti esecutivi veri e propri (ipotesi considerata espressamente, come si è detto, dall'art. 56 c.p., comma 1, ultima parte), occorre aver riguardo più che all'idoneità dei

singoli atti, all'idoneità dell'azione valutata nel suo complesso così come appare cristallizzata in un determinato momento storico, tenuto conto di tutti gli elementi esterni ed interni, conosciuti e conoscibili. Solo se l'azione viene valutata unitariamente, può aversi un quadro d'insieme dei singoli atti che, se valutati singolarmente, possono anche sembrare in sé inidonei, ma che se inseriti in un più ampio contesto, appaiono per quelli che sono, ossia dei singoli anelli di una più complessa ed unica catena, l'uno funzionale all'altro per il compimento dell'azione finale destinata a sfociare nella consumazione del delitto programmato.

19. Si può, quindi, concludere affermando che il legislatore del 1930, arretrando la soglia di punibilità del tentativo, ha completamente ribaltato l'impostazione del codice Zanardelli in quanto ora sono punibili non solo gli atti di esecuzione veri e propri ma anche gli atti ad essi antecedenti che, per comodità descrittiva, si possono continuare a chiamare ancora atti preparatori, a condizione però che posseggano quelle caratteristiche di cui si è detto. Si deve, pertanto, affermare il seguente principio di diritto: "ai fini del tentativo punibile, assumono rilevanza penale non solo gli atti esecutivi veri propri del delitto pianificato, ma anche quegli atti che, pur essendo classificabili come atti preparatori, tuttavia, per le circostanze concrete (di luogo - di tempo - di mezzi ecc.) fanno fondatamente ritenere che l'azione - considerata come l'insieme dei suddetti atti - abbia la rilevante probabilità di conseguire l'obiettivo programmato e che l'agente si trovi ormai ad un punto di non ritorno dall'imminente progettato delitto e che il medesimo sarà commesso a meno che non risultino percepibili incognite che pongano in dubbio tale eventualità, dovendosi, a tal fine, escludere solo quegli eventi imprevedibili non dipendenti dalla volontà del soggetto agente atteso che costui ha solo un modo per dimostrare di avere receduto dal proposito criminoso: ossia la desistenza volontaria (art. 56 c.p., comma 3) o il recesso attivo (art. 56 c.p., comma 4)".

20. Tanto premesso in diritto, richiamata la dinamica dei fatti così come accertata dai giudici del merito, la censura risulta infondata. Come ha correttamente osservato la Corte territoriale, in questo caso il possesso di armi, anche se di fatto non utilizzate, unitamente ad altri strumenti diretti al travisamento della persona, costituisce manifestazione univoca del tentativo di rapina aggravata, ove la si valuti alla luce, sia della condotta anteriore all'intervento del CC, caratterizzata dal sopralluogo e dall'attesa del momento migliore per irrompere in banca, sia di quella successiva,

estrinsecatasi in una fuga tanto precipitosa, quanto pericolosa. Non v'è dubbio, pertanto, che nel caso di specie il comportamento dell'agente abbia varcato la soglia della punibilità penale sotto il profilo del tentativo.

21. Ai sensi dell'articolo 616 cod. proc. pen., con il provvedimento che rigetta il ricorso, l'imputato che lo ha proposto deve essere condannato al pagamento delle spese del procedimento.

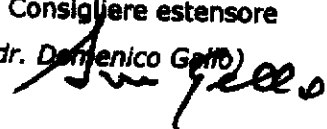
P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Così deciso, il 13 marzo 2012

Il Consigliere estensore

(dr. Domenico Gatto)



Il Presidente

(dr. Giuliano Casucco)

