

Penale Sent. Sez. 2 Num. 31334 Anno 2017

Presidente: DE CRESCIENZO UGO

Relatore: DI PISA FABIO

Data Udiienza: 16/05/2017

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

PROCURATORE DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI BARI
nel procedimento a carico di:

SCIRPOLI FRANCESCO nato il 06/10/1982 a SAN GIOVANNI ROTONDO

avverso l'ordinanza del 24/11/2016 del TRIB. LIBERTA' di BARI

sentita la relazione svolta dal Consigliere FABIO DI PISA;

sentite le conclusioni del PG GIUSEPPINA CASELLA che ha chiesto il rigetto del ricorso;

sentite le conclusioni dell' Avv. Salvatore Vescera, in sostituzione dell' Avv. Berardino Arena, per l' indagato, il quale ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza del 24/11/2016 il Tribunale di Bari disponeva, in parziale accoglimento dell'istanza di riesame proposta dalla difesa dell'indagato, l'annullamento dell'ordinanza del Giudice per le Indagini Preliminari di Foggia emessa in data 29/10/16 applicativa della custodia cautelare in carcere a carico di Scirpoli Francesco, indagato in concorso con Quitadamo Antonio, Quitadamo Andrea, Romito Mario Luciano, Gentile Pio Francesco, Ferro Luigi, Silvestri Michele, Della Malva Danilo Pietro e Iannoli Giovanni, del delitto di cui agli artt. 56, 110, 628, comma 3, n. 1, cod. pen., poiché in concorso tra loro al fine di trarne profitto ponevano in essere atti idonei e tesi in modo inequivoco ad impossessarsi con violenza e minaccia di quanto contenuto all'interno del furgone portavalori della ditta IVRI, non riuscendo nel loro intento per cause indipendenti dalla loro volontà.



Il Tribunale di Bari, riteneva, in particolare, che la data prescelta per commettere la rapina non fosse quella del 30.11.2015 (data della cattura) e che gli atti preparatori monitorati dalla P.G. e pacificamente attribuibili a tutti gli indagati (ad eccezione dello Iannoli) non avessero ancora raggiunto la soglia del tentativo punibile.

2. Avverso la decisione del Tribunale di Bari propone ricorso per Cassazione il Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Foggia, deducendo, con unico motivo, il vizio di inosservanza o erronea applicazione della legge penale ed, in particolare, della fattispecie di cui all'art. 56 cod. pen. in relazione all'art. 606, comma 1, lett. e) cod. proc. pen.

L'Ufficio ricorrente si duole che il Tribunale del Riesame, nonostante il grave ed assai significativo compendio indiziario sussistente a carico degli indagati (esiti dell'attività tecnica di intercettazione, capillare attività di riscontro alle risultanze dell'attività di intercettazione effettuata dalla P.G. con "sopralluoghi" nei luoghi sensibili emersi proprio durante l'ascolto dell'attività tecnica, annotazioni di P.G. nelle quali si dava atto della sicura identificazione delle voci dei predetti indagati, relativi sequestri di armi nonché della pala meccanica sulla quale era saldata una trave in ferro a mo' di ariete per lo sfondamento del blindato, avvistamento di altro furgoncino provento di furto utilizzato per le prove di ribaltamento, sequestro di pistola, munizioni, maschera ciclomotore provento di furto a carico dello Scirpoli) abbia ritenuto che l'attività preparatoria in questione non fosse tale da assurgere a livello di tentativo punibile.

L'ordinanza viene impugnata, pertanto, nella parte in cui si ritiene che gli atti complessivamente monitorati, sebbene caratterizzati dalla idoneità, non abbiano raggiunto quello sviluppo tale da poterli definire non equivoci ai sensi dell'art. 56 cod. pen.

Chiede, pertanto, l'annullamento del provvedimento impugnato.

2.1. Il difensore dell' indagato Francesco Scirpoli ha inviato a mezzo posta elettronica certificata, in data 15/05/2017, presso la Suprema Corte una memoria difensiva chiedendo il rigetto del ricorso.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Va, in primo luogo, rilevata la inammissibilità della menzionata memoria difensiva inviata a mezzo PEC, dovendosi dare seguito al condivisibile orientamento secondo cui è inammissibile la presentazione di memorie, in sede di legittimità, mediante l'uso della posta elettronica certificata (PEC). (In motivazione, la S.C. ha precisato che non è estesa al giudizio penale in cassazione la facoltà di deposito telematico - prevista per il giudizio civile di legittimità ai sensi del D.L. n. 179 del 2012, convertito con modifiche in legge n. 221 del 2012 - di istanze non aventi immediata incidenza sul processo quali, a titolo esemplificativo, richieste di sollecita fissazione o riunione di ricorsi, di differimento della trattazione, di assegnazione alle Sezioni Unite). (Sez. 3, n. 48584 del 20/09/2016 - dep.



17/11/2016, Cacciatore, Rv. 26819201).

2. Deve, quindi, osservarsi che il ricorso è fondato.

Occorre osservare che il reato tentato, disciplinato dall' art. 56 cod. pen., costituisce fattispecie autonoma rispetto al reato consumato e, per la sua configurabilità, richiede la sussistenza sia dell'elemento soggettivo che di quello oggettivo; mentre l'elemento soggettivo è identico al dolo del reato che il soggetto agente si propone di compiere, l'elemento oggettivo ruota intorno ai tre concetti di idoneità degli atti, univocità degli atti e mancato compimento dell'azione o mancato verificarsi dell'evento. La problematica del delitto tentato si inserisce, dunque, tra gli estremi della semplice "*cogitatio*" o semplice accordo (non punibile ai sensi dell'art. 115 cod. pen.) ed il delitto consumato. Per il reato tentato, è necessario, quindi, stabilire quando un'azione, avendo superato la soglia della mera "*cogitatio*", pur non avendo raggiunto il suo scopo criminoso, sia ugualmente punibile.

2.1. Per quanto concerne il requisito della idoneità degli atti, l'opinione maggioritaria della giurisprudenza è nel senso che un atto può essere ritenuto idoneo quando, valutato "*ex ante*" ed in concreto (ed. criterio della prognosi postuma), ossia tenendo conto di tutte le circostanze conosciute e conoscibili e non di quelle oggettivamente presenti e conosciute dopo (v. Cass. Sez. V, sent. n.84/1996, Rv.206562; Sez.VI, sent. n.11360/1998, Rv. 213408), 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.

L'idoneità degli atti non va, infatti, 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, ove 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 (cfr. Cass. Sez. I, sent. n. 36726/2015 Rv. 264567).

3. Per quanto riguarda, invece, la nozione di univocità degli atti, secondo la tesi cd. soggettiva, 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*" ed in relazione alle circostanze del caso, di raggiungere il risultato prefisso e da tale risultato sia univocamente diretto (cfr. Cass. Sez. II, sent. n. 40702/2009, Rv. 245123); la prova del requisito dell'univocità dell'atto (da considerare quale parametro probatorio) può essere raggiunta, non solo, sulla base dell'atto in sé considerato, ma anche "*aliunde*" e, quindi, anche sulla base di semplici atti "preparatori" (magari accompagnati ed esaltati nella loro pregnanza euristica da

confessioni o intercettazioni particolarmente significative), che rivelino la finalità dell'agente e addirittura l'imminente passaggio alla fase esecutiva del delitto, ma non ne postulino necessariamente l'avvio.

Secondo altra opinione (tesi ed. oggettiva), 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; e ciò in quanto la univocità degli atti indica non un parametro probatorio, ma un criterio di essenza e una caratteristica oggettiva della condotta (Cass. Sez.I, sent. n.9411/2010, Rv.246620; Sez.I sent. n. 40058/2008, Rv.241649; Sez.I sent. n. 43406/2001, Rv. 220144; Sez.I, sent. n. 2587/1997, Rv.210074).

Gli atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, secondo tale prospettazione, possono essere esclusivamente gli atti esecutivi. Mentre per la tesi cd. soggettiva l'univocità va valutata sulla base delle circostanze concrete, sicché anche gli atti in sé "preparatori" possono, a determinate condizioni, essere considerati univoci, al contrario per la tesi cd. oggettiva, l'univocità coincide con l'inizio degli atti tipici di un determinato reato.

In tal modo, viene però riproposta la problematica di cui si discuteva sotto la vigenza del codice Zanardelli, che faceva riferimento a concetti quali "cominciamento", "mezzi" ed "esecuzione", lasciando insoluti (in particolare in materia di reati a forma libera) gli interrogativi che avevano indotto il legislatore del 1930 a rivedere la normativa in materia.

3.1. La disposizione di cui all'art.56 cod. pen., nel codice in vigore, non ripropone infatti i concetti di "delitto tentato" e "delitto mancato" del vecchio codice Zanardelli, ma distingue tra tentativo non compiuto (quando l'azione non si compie) e tentativo compiuto (quando l'evento non si verifica), in tal modo facendo riferimento non solo all'esecuzione, ma anche all'azione. E poiché la ricerca delle chiavi di soluzione del problema della riconoscibilità del tentativo non può essere spinta oltre la lettera dell'art. 56 cit., che rappresenta il punto di confluenza di tutte le nozioni descrittive con le quali si cerca di integrare il mezzo d'identificazione dell'univocità degli atti, questo Collegio condivide e ribadisce l'orientamento giurisprudenziale prevalente secondo cui l'unico criterio di ordine generale, che può essere di valido ausilio nel riconoscimento dell'univocità, è costituito dall'imprevedibilità della non consumazione, ovvero da quella complessiva situazione di fatto in cui tutto fa supporre che il reato sarà commesso, e non appaiono percepibili incognite che pongano in dubbio tale eventualità (cfr. Cass. Sez. II, sent. n. 18747/2007 Rv. 236401). A tal fine, saranno, quindi, esclusi 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) (cfr. Cass. Sez. II, sent. n. 46776/2012, Rv. 254106).

Ne consegue, quindi, 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; ovvero, 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.

Quanto detto trova, peraltro, conferma nei commi successivi dell'art. 56 cod. pen. che, nel prevedere il caso di desistenza dell'azione e di impedimento da parte dell'agente dell'evento determinato dagli atti esecutivi veri e propri, confermano i due livelli del tentativo punibile sanzionati in modo differente. Del pari, riprova della bontà della tesi soggettiva può trarsi dall'art. 49, comma 2, cod. pen. che esclude la punibilità per "l'inidoneità dell'azione" e non degli atti esecutivi, così confermando che bisogna aver riguardo più che alla idoneità dei singoli atti, alla idoneità dell'azione valutata nel suo complesso.

4. Va, quindi, ancora una volta affermato il principio, invocato nella stessa ordinanza impugnata, 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" (cfr. Cass., Sez. II, sent. n.52189/2016, Rv. 268644; Sez. II, sent. n. 25264/2016 Rv. 267006; Sez. II, sent. n. 46776/2012, Rv. 254106; Sez. II, sent. n. 41649/2010, Rv. 248829; Sez. II sent. n.17988/2010 Rv. 247617).

5. Tanto premesso in diritto, rileva il Collegio che a Francesco Scirpoli era stata applicata la misura cautelare per il reato di tentata rapina di cui agli artt.56, 110, 628 co.3 c.p. ai danni del furgone portavalori della ditta IVRI, reato contestato sulla base delle seguenti attività: individuazione del tratto di strada di passaggio del furgone portavalori, e del luogo per l'appostamento, approvvigionamento di una pala gommata (con la quale erano state effettuate anche le prove di sfondamento su altro furgoncino), attività volta a bonificare i veicoli, ideazione e approntamento di metodiche d'assalto nonché di quelle relative alla fuga e al depistaggio, approvvigionamento di armi anche da guerra e di maschere per occultare i volti, individuazione di un nutrito gruppo di persone da impiegare nelle fasi esecutive (undici da impiegare suddivise in due gruppi).

6. Il Tribunale del riesame nell'ordinanza impugnata, in parziale accoglimento dell'istanza di riesame, ha annullato parzialmente l'ordinanza coercitiva in relazione all'imputazione di tentata rapina, ritenendo non integrato nella fattispecie il reato di tentata rapina, e pur

avendo evidenziato in motivazione come dal complesso degli elementi emersi nel corso delle indagini fosse emerso senza dubbio alcuno che il gruppo degli indagati (escluso lo Iannoli) avesse progettato nei minimi particolari l'assalto armato al furgone blindato dell'IVRI, pianificato e predisposto i mezzi necessari per portare a termine un assalto armato al furgone blindato portavalori dell'IVRI (v. pag. 34 dell'ordinanza impugnata); e che il materiale indiziario complessivamente valutato fosse assolutamente chiaro nell'evidenziare l'intento delittuoso perseguito dagli indagati, i quali, pur consapevoli dell'eventualità di essere intercettati, avevano proseguito ulteriormente nell'organizzazione del piano criminale (v. pag.37).

Il Tribunale, riconosciuta l'idoneità degli atti posti in essere, ha quindi escluso la punibilità a titolo di tentativo, in quanto nel caso di specie sarebbe mancata la dimostrazione che "l'agente intendesse procedere all'esecuzione *"hinc et hunc"* del progetto criminoso, pur giunto ad una fase avanzata di progettazione", e le "numerose e convergenti circostanze, d'altronde, inducono a ritenere improbabile che la rapina al furgone blindato, pur effettivamente individuato, dovesse svolgersi effettivamente il 30.11.2015"(v. pag. 45).

7. L'ordinanza impugnata, facendo una non corretta applicazione dell'art.56 cod. pen., al fine di escludere la punibilità a titolo di tentativo, valorizza alcuni elementi di fatto (predisposizione del foglio contenente la "segnalazione di servizio di trasporto valori" dell'IVRI nella stessa mattina, le circostanze che solo alcune utenze monitorate fossero spente, e che il Della Malva non avesse avvertito i corrieri del controllo subito dai carabinieri continuando a circolare lungo la strada provinciale 53, circostanze tutte che farebbero presupporre la non imminenza dell'assalto al furgone portavalori), trascurando completamente gli altri elementi pur diffusamente indicati in motivazione (tra i quali, in particolare: individuazione dell'obiettivo, progettazione nei minimi particolari dell'assalto armato al furgone, progressione nell'organizzazione criminale pur nella certezza di essere monitorati dalle forze dell'ordine, scelta del luogo dell'agguato adatto in un tratto stradale caratterizzato da più curve "a gomito" ideali per un assalto a un veicolo in movimento) il cui significato, secondo un criterio di normalità logica, è effettivamente non consonante con le conclusioni assunte dal provvedimento nella parte in cui esclude l'univocità dell'azione verso la consumazione del reato, "per essere le circostanze medesime poco compatibili con una definitiva"ritirata" dal progetto delittuoso, apparendo più verosimilmente indicativa di un prosieguo dell'attività di osservazione" (v. pag. 46). L'imminenza dell'assalto è, infatti, una delle circostanze utilizzabili al fine di stabilire se 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), ma non l'unica e determinante a tal fine.

8. L'ordinanza va, pertanto, annullata con rinvio per nuovo esame, alla luce del principio di diritto sopra enunciato circa l'univocità degli atti, dell'insieme delle azioni coordinate dei

concorrenti nel contesto dell'attività complessa della rapina programmata (che per la sua particolarità richiede necessariamente predisposizione di un piano, di mezzi e di uomini) in cui si inseriscono, nonché per la loro natura ed essenza.

P.Q.M.

Annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo giudizio al Tribunale di Bari Sezione per il riesame delle misure coercitive cui dispone la trasmissione integrale degli atti.

Così deciso in Roma, il 16 Maggio 2017

II consigliere estensore

II presidente 