



ESAME AVVOCATO 2016

Soluzione dell'atto giudiziario di Diritto Penale

a cura di Elio Giannangeli * e Victoria Boga **

Traccia:

Tizio e Caio si accordano per commettere una rapina ai danni del gioielliere Sempronio del quale hanno studiato le abitudini. Nel giorno prefissato, dopo aver atteso a volto coperto che quest'ultimo, chiuso il negozio, salga sulla propria autovettura, entrano in azione: mentre Tizio fa da palo all'angolo della strada, a circa duecento metri di distanza, Caio entra nell'auto di Sempronio e, dopo averlo colpito al viso con diversi pugni, si impossessa della sua valigetta per poi darsi alla fuga seguito da Tizio. Le indagini successive consentono di individuare in Tizio e Caio gli autori del fatto. Sottoposti a processo vengono entrambi condannati alla pena di anni 7 e mesi 6 di reclusione ed euro 2000,00 di multa per il reato di rapina aggravata in quanto commesso da più persone riunite e con il volto travisato, ritenuta la sussistenza della recidiva reiterata specifica ed infraquinquennale contestata dal pubblico ministero in considerazione dei precedenti a carico di entrambi risultanti dal certificato penale. Nel determinare il trattamento sanzionatorio il Tribunale ha fissato la pena base in anni 4 e mesi 6 di reclusione ed euro 1200 di multa di cui all'art. 628, comma 3, n. 1, c.p. e su questo ha applicato l'aumento per la recidiva. Tizio si reca immediatamente dal proprio legale e lo incarica di assumere immediatamente la propria difesa.

In tale veste il candidato rediga l'atto ritenuto più opportuno evidenziando le problematiche sottese alla fattispecie in esame e soffermandosi anche, in particolare, sulla natura giuridica della recidiva di cui all'art. 99, comma 4, c.p. e sulle conseguenze in punto di pena.

* Docente di Progetto Forense e Avvocato in Milano

**Dott.ssa in Giurisprudenza presso l'Università Bocconi

ATTO DI APPELLO

ALLA CORTE D'APPELLO DI _____
SEZIONE PENALE

PROC. PEN. N. ____ R.G.N.R.

N. ____ TRIB.

SENT. N. ____

ATTO DI APPELLO E CONTESTUALI MOTIVI

(ARTT. 571 COMMA 3 E 593 C.P.P.)

Il sottoscritto avv. _____, difensore di fiducia, come da nomina in atti, del signor Tizio, nato a ____, il giorno ____, e residente a ____, in via ____, dichiara di proporre appello avverso la sentenza n. ____ pronunciata dal Tribunale di _____, in composizione collegiale, in data ____ (depositata in data ____), nel procedimento indicato in epigrafe e con cui l'imputato è stato condannato alla pena di anni 7 e mesi 6 di reclusione ed euro 2.000 di multa per il reato di rapina aggravata ai sensi degli artt. 628 comma 3 n. 1) e 99 comma 4 c.p.

La sentenza è impugnata per i seguenti

MOTIVI

- 1) ERRONEA APPLICAZIONE DELLA RECIDIVA DI CUI ALL'ART. 99 COMMA 4 C.P.
- 2) ERRONEA APPLICAZIONE DELL'ART. 63 COMMA 4 C.P.

SVOLGIMENTO DEI MOTIVI

1) ERRONEA APPLICAZIONE DELLA RECIDIVA DI CUI ALL'ART. 99 COMMA 4 C.P.

Tizio è stato condannato alla pena di anni 7 e mesi 6 di reclusione ed euro 2.000 di multa per il reato di rapina aggravata, in quanto commesso da più persone riunite e con il volto travisato.

Secondo l'impostazione accusatoria, infatti, Tizio si sarebbe accordato con Caio per commettere una rapina ai danni di Sempronio, di cui i primi due avevano studiato le abitudini.

Nel giorno prefissato, Tizio e Caio avrebbero atteso con il volto coperto che quest'ultimo salisse sulla propria autovettura e, mentre il primo avrebbe assunto il ruolo di "palo", posizionandosi a 200 metri di distanza, il secondo si sarebbe introdotto nell'autovettura di Sempronio impossessandosi della sua valigetta dopo averlo colpito al viso e si sarebbe, poi, dato alla fuga, seguito dal complice.

Con riferimento alla fattispecie in esame, il Giudice di prime cure ha erroneamente ritenuto sussistente la recidiva reiterata specifica ed infraquinquennale, contestata a Tizio dal Pubblico Ministero in considerazione dei precedenti risultanti dal certificato penale.

La recidiva è una circostanza aggravante disciplinata in generale dall'art. 99 c.p., che definisce recidivo chi, dopo essere stato condannato con sentenza irrevocabile per delitto non colposo, ne commette un altro (cd. recidiva semplice).

L'applicazione della circostanza in esame da parte del Giudice comporta un aumento della pena da infliggere al reo per il reato commesso, in misura variabile a seconda del tipo di recidiva.

A seguito delle modifiche introdotte dalla l. n. 251/2005, l'art. 99 c.p. prevede cinque ipotesi di recidiva, tra cui si annoverano, oltre a quella *semplice* già richiamata, la recidiva *aggravata*, di cui all'art. 99 comma 2 c.p., nelle tre declinazioni 'specificata' – quando chi è stato condannato per un delitto non colposo commette un altro delitto non colposo della stessa indole ai sensi dell'art. 101 c.p. – 'infraquinquennale' – quando il secondo delitto non colposo è commesso entro i cinque anni dalla condanna per il primo – 'esecutiva e del latitante' – quando il secondo delitto non colposo è stato commesso du-

rante o immediatamente dopo l'esecuzione della pena relativa al primo o quando il nuovo delitto non colposo è stato commesso durante la latitanza per il primo.

Quando ricorrono più ipotesi tra quelle di cui al comma 2, si è in presenza della recidiva *pluriaggravata* di cui al comma 3 dell'art. 99 c.p.

Le ultime due forme di recidiva sono quella *reiterata*, di cui all'art. 99 comma 4 c.p., e la *recidiva reiterata qualificata* dalla commissione di un delitto di rilevante allarme sociale, ai sensi dell'art. 99 comma 5 c.p.

È recidivo ai sensi dell'art. 99 comma 4 c.p. colui che è stato condannato con sentenza irrevocabile per avere commesso due delitti non colposi, senza che rilevi per l'applicabilità della norma che sia stata giudizialmente dichiarata la recidiva semplice o aggravata.

Si applica, invece, l'ipotesi di cui all'art. 99 comma 5 c.p. quanto il recidivo è giudicato per uno dei delitti di particolare allarme sociale, indicati dall'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p., tra cui si annovera la rapina aggravata ai sensi dell'art. 628 comma 3 n. 1 c.p.

Rinviando al prossimo motivo la trattazione delle questioni relative alla natura giuridica dell'istituto della recidiva, ci si limita a ribadire in questa sede che ci si trova in presenza di una circostanza aggravante soggettiva e inerente alla persona del colpevole ai sensi dell'art. 70 comma 2 c.p., in quanto concerne l'intensità del dolo o il grado della colpa, o le condizioni e le qualità personali del colpevole, o i rapporti fra il colpevole e l'offeso.

In quanto tale, la recidiva rileva agli effetti penali solo ove ritenuta sussistente dal giudice del processo di cognizione dopo essere stata regolarmente contestata ed è, pertanto, definita circostanza aggravante facoltativa. Il giudice, infatti, non può limitarsi ad un mero riscontro formale in merito all'esistenza di precedenti penali, ma ha l'obbligo di valutare in concreto la sussistenza di una serie di elementi quali, ad esempio, la riprovevolezza della condotta, la pericolosità del suo autore, il grado di offensività dei comportamenti e di colpevolezza.

Qualora, all'esito di tale processo valutativo, il giudice ritenga che non sussistano i parametri sopra richiamati, non applicherà la recidiva; ove, invece, la valutazione del caso concreto conduca il giudice a riconoscere una maggiore colpevolezza o pericolosità sociale del reo, il giudice provvederà ad applicare la recidiva.

Sul punto, sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che hanno stabilito che: *“La recidiva deve essere obbligatoriamente contestata dal Pubblico Ministero in ossequio al principio del contraddittorio, ma può non essere ritenuta configurabile dal giudice, il quale ha il compito di verificare in concreto se la reiterazione dell’illecito sia sintomo effettivo di riprovevolezza della condotta e di pericolosità del suo autore, avuto riguardo alla natura dei reati, al tipo di devianza di cui essi sono il segno, alla qualità e al grado di offensività dei comportamenti e del grado di colpevolezza, al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale dell’esistenza di precedenti penali”* (cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 27 maggio 2010, n. 35738).

Occorre inoltre precisare che, dopo la riforma introdotta con la già richiamata l. 251/2005, la giurisprudenza si era orientata nel senso di qualificare facoltative soltanto le forme di recidiva di cui ai primi quattro commi dell’art. 99 c.p.

Residuava, pertanto, un’unica ipotesi di recidiva obbligatoria, vale a dire quella disciplinata dal comma 5 dell’art. 99 c.p. La giurisprudenza di legittimità era, infatti, unanime nel ritenere che la previsione dell’obbligatorietà dell’aumento di pena per la recidiva dovesse ritenersi limitata alle ipotesi di cui al comma 5 dello stesso articolo, sulla base del tenore letterale della norma in esame, laddove prevedeva – e prevede ancora oggi – che *“l’aumento della pena della recidiva è obbligatorio”*.

Tale disposizione si poneva in evidente contrasto con i principi costituzionali, con particolare riferimento al principio di uguaglianza sancito dall’art. 3 Cost., in quanto nel prevedere un meccanismo automatico di aumento della sanzione finiva per disciplinare situazioni tra loro simili in modo drasticamente differente.

Ebbene, sul punto si è di recente espressa la Corte costituzionale che con sentenza n. 185/2015 ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della norma limitatamente alle parole *“è obbligatorio”*, per violazione dell’art. 3 Cost.

Una volta stabilito che tutte le ipotesi di recidiva di cui all’art. 99 c.p. sono circostanze aggravanti facoltative, nel caso di specie il Giudice non avrebbe dovuto applicare la recidiva, in quanto difettano quegli elementi sintomatici di riprovevolezza e pericolosità sociale che abbiamo sopra richiamato.

La condotta di Tizio, infatti, ha avuto obiettivamente un valore marginale rispetto all’attività del correo, essendo semplicemente consistita nell’appostarsi a grande distanza – 200 metri – dal luogo in cui si è estrinsecata la violenza, fungendo da *“palo”*.

Tizio non si è introdotto nell'autovettura di Sempronio, non lo ha colpito al volto, né si è materialmente impossessato della refurtiva.

Il travisamento del volto, inoltre, deve considerarsi quale condotta inoffensiva, in quanto non funzionale rispetto alla commissione del fatto ed in alcun modo percepibile dalla persona offesa. Come detto, il luogo in cui Tizio si era appostato era situato a grande distanza dal quello in cui si è consumata la rapina e, pertanto, l'alterazione del suo aspetto esteriore non può ritenersi idoneo a renderne difficoltoso il riconoscimento.

Il Giudice avrebbe, quindi, dovuto valutare positivamente i fatti come sopra descritti, concludendo necessariamente per l'inapplicabilità della recidiva di cui all'art. 99 comma 4 c.p. e disattendendo le richieste formulate dal Pubblico Ministero.

Nel caso di specie, infatti, avuto riguardo alla qualità e al grado di offensività dei comportamenti e del grado di colpevolezza, non è possibile affermare che la reiterazione dell'illecito sia sintomo effettivo di riprovevolezza della condotta e di pericolosità del suo autore.

Gli elementi fattuali sopra richiamati sono, peraltro, idonei ad integrare gli estremi della circostanza attenuante della partecipazione di minima importanza, di cui all'art. 114 c.p., la cui applicazione comporta una diminuzione non eccedente un terzo della pena, ai sensi dell'art. 65 c.p.

Alla luce delle considerazioni che precedono, deve ritenersi non applicabile nei confronti di Tizio la recidiva di cui all'art. 99 comma 4 c.p., mentre deve essere riconosciuta la circostanza attenuante di cui all'art. 114 c.p. con giudizio quanto meno di equivalenza rispetto alla contestata aggravante di cui all'art. 638 comma 3 n. 1 c.p.

2) ERRONEA APPLICAZIONE DELL'ART. 63 COMMA 4 C.P.

Nella denegata ipotesi in cui Questa Corte non ritenesse condivisibili le conclusioni sopra esposte, preme rilevare che, nel determinare il trattamento sanzionatorio, il Tribunale ha erroneamente applicato l'aumento per la recidiva di cui all'art. 99 comma 4 c.p.

sulla pena base fissata per la fattispecie in esame, vale a dire in anni 4 e mesi 6 di reclusione ed euro 1.200 di multa, in ossequio all'art. 628 comma 3 n. 1 c.p.

Le circostanze del reato sono situazioni di fatto o giuridiche la cui presenza in un reato consumato o tentato può determinare un aumento o una diminuzione della pena che il Giudice dovrebbe infliggere.

Le circostanze possono essere qualificate, a seconda degli effetti sulla pena, in aggravanti o attenuanti; in relazione al margine di discrezionalità del Giudice in sede di applicazione, in obbligatorie o facoltative.

Sotto il profilo degli effetti sulla quantificazione della pena, le circostanze possono essere ad efficacia comune oppure ad efficacia speciale. Sono circostanze ad efficacia comune quelle che importano un aumento o una diminuzione non superiore ad un terzo della pena prevista per il reato semplice; mentre sono circostanze ad efficacia speciale quelle che comportano un aumento o una diminuzione della pena in misura superiore ad un terzo (cd. a effetto speciale), ovvero comportino l'applicazione di una pena di specie diversa prevista per il reato base (cd. autonome), ovvero ancora determinino la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato (cd. indipendenti).

La distinzione da ultimo formulata rileva in particolare nel caso di concorso di più circostanze aggravanti ad efficacia speciale, ipotesi disciplinata all'art. 63 comma 4 c.p.

In base alla disciplina offerta da quest'ultima disposizione, l'aumento non dovrà essere effettuato sulla pena risultante dall'applicazione della prima circostanza, come invece previsto dal comma 2 dell'art. 63 c.p., bensì troverà applicazione la sola pena stabilita per la circostanza più grave in base al principio dell'assorbimento della circostanza comportante il minor aumento di pena.

Ebbene, come si è già avuto modo di anticipare, l'applicazione della recidiva da parte del Giudice comporta un aumento della pena da infliggere al reo per il reato commesso, in misura variabile a seconda del tipo di recidiva.

In caso di recidiva reiterata specifica infraquinquennale, ai sensi della seconda parte del comma 4 dell'art. 99 c.p., l'aumento di pena è fisso, in quanto pari a due terzi.

La recidiva, dunque, si presenta nel caso di specie come una circostanza aggravante che può comportare un aumento di pena in misura superiore ad un terzo e deve ritenersi ormai pacifica la sua natura di circostanza aggravante ad effetto speciale, ad eccezione dell'ipotesi di cui al comma 1 dell'art. 99 c.p.

Le Sezioni Unite della Cassazione, infatti, hanno di recente superato l'orientamento giurisprudenziale minoritario secondo cui la recidiva, anche quando comporti un aumento superiore ad un terzo, sarebbe una mera circostanza inerente la persona del colpevole e non anche una circostanza aggravante ad effetto speciale, con conseguente applicazione del duplice aumento di pena previsto dal comma 2 dell'art. 63 c.p., in caso di concorso tra la recidiva ed un'altra circostanza aggravante ad effetto speciale. La Suprema Corte, in particolare, ha stabilito che *“La recidiva è circostanza aggravante ad effetto speciale quando comporta un aumento di pena superiore ad un terzo e pertanto soggiace, in caso di concorso con circostanze aggravanti dello stesso tipo, alla regola dell'applicazione della pena prevista per la circostanza più grave”* (cfr. Cass, pen., Sez. Un., 24 maggio 2011, n. 20798).

Nel caso di specie, dunque, il Giudice di prime cure, nel determinare la pena da irrogare nei confronti di Tizio, avrebbe dovuto applicare la disposizione di cui al comma 4 dell'art. 63 c.p. e non quella di cui al comma 2 del medesimo articolo, che ha implicato l'aumento per la recidiva di cui all'art. 99 comma 4 c.p. sulla pena base fissata per la fattispecie di cui all'art. 628 comma 3 n. 1 c.p.

Quest'ultima disposizione, infatti, integra un'ipotesi di circostanza ad efficacia speciale, in quanto determina la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato e comporta un aumento superiore ad un terzo, più precisamente della metà, della pena prevista per il reato di rapina semplice, di cui al comma 1 dell'art. 628 c.p.

Nel caso di specie, dunque, si è in presenza di un concorso di circostanze ad efficacia speciale, per cui deve necessariamente trovare applicazione la regola prevista dall'art. 63 comma 4 c.p.

Deve rilevarsi, infine, che, in generale, la circostanza più grave è quella connotata dalla pena più alta nel massimo edittale e, a parità di massimo, quella con la pena più elevata nel minimo edittale; sulla base di questa premessa, è da ritenersi che la recidiva specifica reiterata infraquinquennale sia circostanza più grave rispetto a quella di cui all'art. 628 comma 3 n. 1 c.p., sicchè deve trovare applicazione solo ed esclusivamente l'aumento di pena previsto per tale ipotesi di recidiva, da effettuare sulla pena base prevista per il reato di rapina semplice, di cui al primo comma dell'art. 628 c.p..

La pena finale deve quindi essere rideterminata in anni 5 ed euro 860 di multa.

Tutto ciò premesso, il sottoscritto difensore

CHIEDE

che Questa Corte d'Appello, in riforma della impugnata sentenza, voglia escludere l'applicazione della recidiva di cui all'art. 99 comma 4 c.p. e, previo riconoscimento della circostanza attenuante di cui all'art. 114 c.p., rideterminare la pena nel minimo edittale.

In subordine, voglia applicare l'art. 63 comma 4 c.p. e rideterminare la pena nel minimo edittale.

Con osservanza.

Milano, _____

Avv. _____