

Prevalenza dell'attenuante prevista dall'art. 116 comma 2 c.p. sulla recidiva prevista dall'art. 99 comma 4 c.p.: un'altra sentenza della Corte costituzionale dichiara l'illegittimità dell'art. 69 c.p.

di **Massimo Borgobello**

Sommario. 1. Premessa - 2. Le questioni di legittimità costituzionale sollevate - 3. Il *decisum* - 4. Considerazioni finali

1. Premessa

La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, comma 4, Cod. pen. nella parte in cui vieta il bilanciamento in termini di prevalenza dell'attenuante prevista dall'art. 116, comma 2, Cod. pen., sulla recidiva prevista dall'art. 99, comma 4, Cod. pen.

Con la sentenza n. 55/2021 del 25.02.2021 la Corte costituzionale ha posto nel nulla un'altra parte rilevante della riforma della recidiva del 2005.

2. Le questioni di legittimità costituzionale sollevate

Il Tribunale ordinario di Firenze (G.u.p.) ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 4, Cod. pen. nella parte in cui vieta la prevalenza dell'attenuante prevista dall'art. 116, comma 2, Cod. pen., sulla recidiva prevista dall'art. 99, comma 4, Cod. pen. per violazione degli artt. 3 e 27, comma 3, Cost.

Non solo: ha anche sollevato la questione di legittimità costituzionale dello stesso combinato disposto nella parte in cui non consente il giudizio di prevalenza di più attenuanti sulla recidiva reiterata, specifica e infraquinquennale per violazione degli artt. 3, 25 comma 2, e 27 comma 3, Cost.

Il G.u.p. di Firenze era chiamato a giudicare con rito abbreviato due persone imputate per i reati di cui agli artt. 110, 116 e 628 Cod. pen.; si trattava di un furto in supermercato degenerato in rapina impropria.

Uno dei due imputati non aveva sottratto materialmente la merce e non aveva effettuato manovre violente per darsi alla fuga, ma si era limitato ad assistere al fatto, seguendo la coimputata nella fuga.

Ritenuto quindi che la responsabilità penale fosse provata e che l'imputato che aveva posto in essere la condotta "minore" fosse comunque colpevole del delitto di rapina impropria in virtù del disposto dell'art. 116 Cod. pen., il giudicante affermava anche che, nei confronti di quest'ultimo, si sarebbero



dovute riconoscere le attenuanti di cui agli artt. 116, comma 2, 62 n. 4 (il valore della refurtiva non arrivava ai 10 euro) e 62 *bis* Cod. pen.

Le attenuanti riconoscibili, tuttavia, potevano essere bilanciate solo in termini di equivalenza con la contestata recidiva di cui all'art. 99, comma 4, Cod. pen., in virtù di quanto disposto dall'art. 69, comma 4, Cod. pen.

Nell'ordinanza di remissione, tuttavia, si faceva correttamente notare come la pena da irrogare in concreto, secondo l'equo apprezzamento del giudicante, avrebbe dovuto essere inferiore a quella risultante dall'applicazione della norma: da qui l'esigenza di sollevare la questione di legittimità costituzionale e la motivazione della sua rilevanza.

Con riferimento alla prima questione sollevata, il giudice rimettente sottolineava come il comma 2 dell'art. 116 Cod. pen. avesse la funzione di "assicurare la tenuta costituzionale" dell'istituto del concorso anomalo e non potesse, quindi, soggiacere al limite imposto dal comma 4 dell'art. 69, Cod. pen.

Quest'ultima norma, peraltro, era già stata in plurime occasioni oggetto di censura da parte del Giudice delle leggi: sul punto, però, l'Avvocatura generale dello Stato aveva puntualizzato come si fosse trattato di ipotesi concernenti attenuanti ad effetto speciale, con specifiche finalità predeterminate dal legislatore (ossia "mitigare i livelli di pena in fattispecie di grande ampiezza, oppure incentivare comportamenti virtuosi dopo il reato").

3. Il *decisum*

La Corte, dopo aver ripercorso l'*iter* argomentativo del giudice rimettente, ha individuato il requisito della rilevanza nella duplice evidenza per cui la recidiva andava concretamente applicata al caso di specie e la pena concretamente da irrogare avrebbe dovuto essere sensibilmente inferiore rispetto a quella risultante dal calcolo algebrico determinato dall'applicazione della norma censurata.

Sul primo punto, nella motivazione si dà conto di come il giudice rimettente abbia ritenuto i precedenti penali dell'imputato concretamente espressivi di un maggior grado di colpevolezza, pericolosità e rimproverabilità della condotta, aderendo ad un orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità e costituzionale.

In secondo luogo, il G.u.p. di Firenze aveva puntualmente motivato sulle ragioni per cui riteneva che la pena detentiva correttamente irrogabile fosse di anni uno e mesi sei di reclusione, mentre quella irrogabile in concreto arrivava ad anni cinque di reclusione.

Effettuato il vaglio sulla rilevanza della questione, la Corte ha affrontato quello sulla non manifesta infondatezza, affermando la fondatezza delle questioni relative al contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., dell'art. 69, comma 4, Cod. pen., nella parte in cui poneva il divieto di prevalenza

dell'attenuante prevista dall'art. 116, comma 2, con l'aggravante prevista dall'art. 99, comma 4, Cod. pen.

Osserva la Corte nella parte motiva che l'art. 69, comma 4, Cod. pen., è stato oggetto di numerose censure da parte del Giudice delle leggi, in ossequio al principio per cui l'obbligatorietà del giudizio di bilanciamento previsto rientra nelle scelte discrezionali del legislatore, a condizione che non trasmodi nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio.

La Corte ricorda, quindi, le ipotesi in cui ha ritenuto che il divieto di prevalenza fosse irragionevole: la lieve entità nel delitto di produzione e traffico di stupefacenti, la particolare tenuità nel delitto di ricettazione, la minore gravità nel delitto di violenza sessuale, il danno patrimoniale di speciale tenuità nel delitto di bancarotta e ricorso abusivo al credito e, da ultimo, la circostanza attenuante del vizio parziale di mente.

Le circostanze richiamate erano tutte speciali e ad effetto speciale, espressive di un minor disvalore del fatto per minore offensività dello stesso, tranne l'ultima, espressiva unicamente di una situazione relativa alla capacità di discernimento del reo.

Se il criterio della minor offensività del fatto per la valutazione della ragionevolezza del divieto di prevalenza delle attenuanti nel bilanciamento delle circostanze è parametro consolidato in giurisprudenza costituzionale, analogo discorso non può farsi con riferimento all'attenuante comune prevista dall'art. 89, Cod. pen.

In quest'ultimo caso è stato ritenuto rilevante, ai fini del giudizio di legittimità costituzionale, anche il processo motivazionale che ha portato l'autore a commettere il fatto, con tutti gli elementi che hanno influito sulle sue decisioni.

Ed è sotto il profilo della motivazione dell'agente che si innesta il collegamento con il disposto dell'art. 116 Cod. pen.: nel concorso di reato, infatti, l'agente deve voler commettere il reato per cui vi è accordo, rispondendo anche per quello diverso eventualmente commesso dall'altro correo (art. 116, comma 1, Cod. pen.).

Il comma 2 dell'art. 116 Cod. pen. si applica quando il correo commette un reato diverso e più grave rispetto a quello voluto e preveduto dall'agente, concedendo una riduzione di pena finalizzata a riequilibrare, in termini di dosimetria del trattamento sanzionatorio, la parziale mancanza di una precisa volontà di realizzare il reato effettivamente commesso.

Se la volontà può, almeno in parte, difettare, la prevedibilità della commissione del reato diverso deve essere apprezzata in concreto, rilevando in termini di dolo eventuale – ossia la concreta accettazione del rischio – del verificarsi di un reato più grave rispetto a quello concordato.

Il rigore della disciplina codicistica si apprezza nei casi in cui il reato più grave non sia previsto in concreto non per accettazione del rischio, ma per colpa:

in questo caso, infatti, il concorrente risponde per il fatto del correo a titolo doloso pur versando, concretamente, in colpa.

Sotto questo profilo, quindi, la Corte costituzionale ha affermato la necessità di valorizzare il disposto del comma 2 dell'art. 116 Cod. pen., in ragione della sua peculiarità strutturale, al di là della natura "comune" dell'attenuante.

Da qui la necessità di consentire il giudizio di prevalenza anche nei casi di recidiva prevista dall'art. 99, comma 4 Cod. pen. e la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 69, comma 4, Cod. pen., nella parte in cui vieta tale giudizio di prevalenza, per violazione degli artt. 3 e 27, comma 3, Cost.

La Corte, di conseguenza, non ha affrontato, in quanto assorbita, la seconda questione, ossia quella relativa al giudizio di prevalenza nel caso di concessione di più attenuanti.

4. Considerazioni finali

La sentenza in commento apre un'altra breccia nel sistema impostato dalla l. n. 251/2005: si è infatti passati dalla casistica caratterizzata da offensività affievolita (rappresentata dalle circostanze attenuanti ad effetto speciale) ad ormai due ipotesi in cui ciò che rileva è il giudizio di rimproverabilità dell'agente per ragioni legate al suo processo volitivo e motivazionale.

In altri termini, si può affermare che la Corte costituzionale avverte l'esigenza di rendere il più aderente possibile al caso concreto la gradazione della pena, al di là degli automatismi legislativi, almeno ogniqualvolta vi siano controindicazioni sul piano della struttura, oggettiva o soggettiva, di inquadramento del fatto concreto.

Resta aperta la questione inerente al *post factum*, nelle ipotesi in cui vi siano – almeno – due attenuanti in concorso con la recidiva di cui all'art. 99, comma 4, Cod. pen.

La Corte, tra le righe, fa intuire come la questione sarebbe stata accolta: d'altra parte, il "sistema" impostato con la riforma del 2005 dell'art. 69 Cod. pen., ormai, è stato eroso a tal punto alle fondamenta da non tenere più.

Una volta superato il confine rappresentato dalla specialità delle attenuanti per la prevalenza sulla recidiva, avendo ammesso ipotesi in cui a prevalere può essere una sola circostanza attenuante comune, appare difficile ipotizzare che, in futuro, il bilanciamento in termini di prevalenza venga negato, a condizioni date, anche nel caso di circostanze attenuanti comuni diverse da quelle di cui agli artt. 89 e 116, comma 2, Cod. pen.

Non sarebbe chiaro perché, ad esempio, si debba ammettere la possibilità della prevalenza sulla recidiva dell'attenuante del vizio parziale di mente ed escludere quella relativa allo stato d'ira: entrambe incidono sul processo volitivo e motivazionale dell'agente, allo stesso modo della circostanza prevista dall'art. 116, comma 2, Cod. pen.



Non solo: il danno di lieve entità nel delitto di bancarotta e ricorso abusivo al credito è circostanza attenuante non dissimile, strutturalmente, a quella prevista dall'art. 62, n. 4, Cod. pen.

Se, poi, il divieto del giudizio di prevalenza è stato ritenuto illegittimo per le circostanze tese ad incentivare i comportamenti virtuosi *post factum*, come si potrà negare l'*eadem ratio* con la circostanza di cui all'art. 62, n. 6, Cod. pen. o, addirittura alle circostanze attenuanti generiche, nelle ipotesi in cui vengano concesse per condotte riparatorie?

E', quindi, altamente verosimile che la Corte costituzionale sarà chiamata ancora a pronunciarsi in materia, completando il quadro, magari con una sentenza interpretativa, di accoglimento o di rigetto.