



PROCURA GENERALE
della Corte di cassazione

UDIENZA
DEL 29 APRILE 2021
delle
SEZIONI UNITE PENALI
DELLA CORTE DI CASSAZIONE

NOTE DI UDIENZA E CONCLUSIONI
DEL PROCURATORE GENERALE

Ruolo: n. 1 (n. 1623/2020 R.G.)

Ricorrenti: X, X1, X2

contro: sentenza Corte appello Milano 2.10.2019

Il Procuratore Generale,

al fine di agevolare la speditezza dell'udienza per ragioni di profilassi sanitaria, deposita le presenti note di udienza, con le relative conclusioni, osservando quanto segue.

1. Il procedimento è stato assegnato alle Sezioni Unite in relazione al seguente quesito: *“Se le circostanze attenuanti, pur riconosciute in giudizio di equivalenza nel bilanciamento con circostanze aggravanti non privilegiate, debbano produrre in ogni caso il proprio effetto di attenuazione della pena risultante dal computo*

dell'aggravamento dovuto a circostanze aggravanti privilegiate, contestate e ravvisate.”.

2. Il contrasto¹ al riguardo è stato segnalato dalla quinta sezione penale della Corte di cassazione nell'ambito dell'indicato procedimento, relativo al comma 3 dell'art. 624 *bis* c.p.

Detto comma prevede un'aggravante in relazione alla quale la pena è specificamente indicata nella *“reclusione da cinque a dieci anni e della multa da euro 1000 a euro 2500”*².

Si tratta di una circostanza che, secondo l'indicazione di cui all'art. 69 c.p., *“determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato”*. Quale circostanza indipendente, comportando un aumento della pena superiore al terzo di quella di cui al primo comma, tuttavia rientra anche tra le circostanze ad effetto speciale di cui all'art. 63 c.p.³.

A norma del successivo quarto⁴ comma le circostanze attenuanti, diverse da quelle di cui agli artt. 98 e 625 *bis* c.p., non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti a detta circostanza aggravante ad effetto speciale⁵.

¹ Che comunque interessa anche altre sezioni: si vedano ad esempio le sentenze della quarta sezione penale n. 53280/17 e della seconda sezione penale n. 29601/19, *“adesive”* a quella *Dedgjonaj*

² Importo così da ultimo determinato con la legge n. 36 del 2019

³ Secondo il recente approdo di cui alle sentenze Cass. n.ri 52011/19 e 32868/20 così rispettivamente massimate: *“In tema di circostanze aggravanti, il principio di cui all'art. 63, comma quarto, cod. pen., secondo cui in caso di concorso tra circostanze ad effetto speciale non si applica il cumulo materiale, ma la pena per la circostanza più grave aumentata fino ad un terzo, non opera in caso di concorso tra circostanze ad effetto speciale ed aggravanti indipendenti, potendo queste ultime essere assimilate a quelle ad effetto speciale solo allorché comportino un aumento superiore ad un terzo.”*, *“In tema di concorso di circostanze aggravanti, la regola del cumulo giuridico prevista dall'art. 63, comma quarto, cod. pen., secondo cui in caso di concorso tra circostanze ad effetto speciale non si applica il cumulo materiale, ma la pena per la circostanza più grave aumentata fino ad un terzo, non attenendo all'istituto della comparazione tra circostanze eterogenee, ma, al contrario, regolando il concorso tra circostanze omogenee, non opera in caso di concorso tra circostanze ad effetto speciale e aggravanti indipendenti, per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato, tranne che esse non comportino un aumento superiore ad un terzo.”*.

⁴ Aggiunto dalla legge n. 103 del 23 giugno 2017

⁵ Salvo che l'aggravamento dipenda da una delle circostanze di cui all'art. 61 c.p. piuttosto che di cui all'art. 625 c.p.

Si parla dunque di una circostanza cd. “privilegiata” o “blindata” o “rigida”⁶.

3. In ordine alle differenti posizioni di cui al contrasto, un primo orientamento si rinviene nella sentenza n. 47519 del 2018 della quinta sezione penale (*Dedgjonaj*).

Il percorso argomentativo, per quanto di interesse, può così essere sintetizzato.

In caso di concorso con “altre”, ulteriori circostanze aggravanti ad effetto speciale, trova applicazione il disposto dell’art. 63 co. 4 c.p. che, regolando il concorso tra circostanze omogenee, prevede il “cumulo giuridico”; ciò comporta la individuazione della circostanza più grave e la applicazione della relativa pena con possibilità di aumento fino ad un terzo per la o le aggravanti residue, così in concreto rilevanti al pari di una aggravante comune.

Diversa è l’ipotesi, che qui viene in rilievo, in cui l’aggravante “ad effetto speciale” e “privilegiata” concorre con altre circostanze aggravanti e attenuanti.

In un caso simile deve escludersi che l’esistenza della prima precluda il bilanciamento tra le altre; diversamente la presenza di una circostanza “privilegiata” determinerebbe, in assenza di previsione normativa, l’estensione “in deroga” del relativo regime di vantaggio.

A simile approdo del resto sono già giunte le Sezioni Unite con la sentenza n. 10713 del 2010 *Contaldo*⁷.

⁶ Il modello a cui il legislatore si è ispirato è il medesimo di cui all’ultimo comma dell’art. 628 c.p. introdotto con la legge n. 94 del 15 luglio 2009 e riferibile alle ipotesi aggravate di cui ai numeri 3, 3 bis, 3 ter e 3 quater; gli ultimi tre anche introdotti con la medesima legge.

⁷ Per la quale l’attenuante della “dissociazione” di cui all’art. 8 della legge n. 203 del 1991 è sottratta al bilanciamento e va applicata sulla pena ottenuta in esito al giudizio di comparazione tra le altre circostanze eterogenee concorrenti.

Peraltro con riguardo alla valorizzazione, criticata dalla difesa, della detta sentenza, appaiono necessarie delle precisazioni. Le SS.UU. nel 2010 hanno ritenuto soccombente l’indirizzo che voleva l’attenuante della dissociazione assoggettata al giudizio di cui all’art. 69 c.p.; detto indirizzo era fondato sul rilievo della mancanza di una espressa deroga al riguardo. La Corte è giunta alla valutazione opposta ma perché ha ritenuto che quella deroga vi fosse, in quanto contenuta nella “*disposizione del secondo comma dell’art. 8 là dove stabilisce che al dissociato di mafia non si applichino le disposizioni dell’art. 7*”. La specificità del caso, conseguente alla particolare “valenza” dell’attenuante, non permette di “estendere” il relativo percorso interpretativo e le conseguenti “modalità applicative”; così anche recentemente è stato affermato che “*La circostanza attenuante ad effetto speciale di cui all’art. 625-bis cod. pen. è soggetta all’ordinario giudizio di comparazione tra circostanze eterogenee di cui all’art. 69 cod. pen., non potendo essere ad essa*

Dunque in presenza di altre, concorrenti circostanze eterogenee, deve procedersi al relativo giudizio di comparazione.

Il quarto comma dell'articolo 624 *bis* in questione tuttavia, prevedendo anche che “*le diminuzioni di pena si operano sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente*” alle aggravanti di cui all'art. 625 c.p., potrebbe far ritenere che la diminuzione per l'attenuante sia sempre dovuta.

In realtà, poiché questa concorre con altre aggravanti, deve comunque farsi riferimento all'art. 69 c.p. relativo al concorso ed alla comparazione di circostanze eterogenee.

Il ricorso all'art. 69 deve precedere quello, eventuale, all'art. 63, come peraltro spiegato nel percorso argomentativo della sentenza delle Sezioni Unite n. 38518 dep.

2015 *Ventrici*.

Invero solo dopo aver comparato le “altre” circostanze eterogenee può sapersi se e quale concorre con quella “ad effetto speciale” e “privilegiata”.

In esito alla comparazione di cui all'art. 69 possono verificarsi tre possibilità.

La prima è che tra le circostanze “bilanciabili” prevalgano quelle attenuanti.

In questo caso le diminuzioni di cui all'art. 63 co. 3 c.p. si opereranno sulla pena determinata per l'aggravante speciale e privilegiata.

La seconda è che il bilanciamento si concluda con l'equivalenza.

In questo caso si applicherà solo la pena per l'aggravante speciale e privilegiata, restando prive di effetto tutte le altre circostanze.

La terza è che il giudizio di comparazione veda prevalere le circostanze aggravanti “bilanciabili”, le quali concorreranno con quella speciale ed aggravata, secondo le regole dei commi terzo e, eventualmente, quarto dell'art. 63 c.p.

Dunque secondo l'appena ripercorso orientamento il disposto del quarto comma dell'art. 624 *bis* c.p. non comporta che le attenuanti debbano produrre il proprio effetto di attenuazione anche se “equivalenti”.

applicato lo speciale regime di esclusione del giudizio di bilanciamento previsto dall'art. 8, d.l. 13 maggio 1991, n.152 (convertito in legge 12 luglio 1991, n.203), per i reati di stampo mafioso, che non costituisce principio generale.” (Cass. n. 17915/18).

4. A differenti conclusioni giunge altra sentenza sempre della quinta sezione penale, la n. 19083/20 *Raidich*.

La Corte, prendendo le mosse proprio dalla appena riportata sentenza n. 47519/18, mostra di non condividere l'assunto secondo il quale, nel caso di equivalenza tra circostanze eterogenee bilanciabili, la pena dovrebbe essere determinata con esclusivo riferimento alla circostanza speciale privilegiata, con sostanziale esclusione di qualsivoglia rilievo delle pur ritenute attenuanti.

I giudici osservano che il carattere unitario del giudizio di bilanciamento⁸ è "spezzato" dalla regola che privilegia l'aggravante in questione.

Ne consegue che la comparazione rimane circoscritta alle altre circostanze eterogenee bilanciabili.

Tuttavia, derogata detta unitarietà, con la previsione di cui al comma 4 dell'art. 624 bis c.p., il legislatore ha inteso ridurre l'operatività dell'art. 69 c.p. alla sola ipotesi della minusvalenza delle attenuanti.

Questo il significato da attribuire alla previsione secondo cui "*sulla pena determinata ai sensi del terzo comma ... debba essere applicata la diminuzione*"⁹.

Così "*il rispetto del principio di proporzionalità della pena nel caso delle aggravanti privilegiate viene garantito dal fatto che la sottrazione di queste ultime al giudizio di bilanciamento ... è comunque temperata dall'applicazione in ogni caso della diminuzione di pena prevista per le attenuanti eventualmente riconosciute*"¹⁰.

In altre parole, se il meccanismo della necessaria applicazione dell'aumento sottrae la circostanza aggravante in questione al bilanciamento di cui all'art. 69 c.p., allora ne restano - parzialmente - sottratte anche le circostanze attenuanti, le quali continuano ad esplicare il proprio effetto diminuyente, salvo che siano state giudicate subvalenti.

5. Ciò premesso sembra opportuno un breve inquadramento generale della tematica.

⁸ "*Strumentale alla determinazione del disvalore complessivo dell'azione delittuosa in funzione dello scopo di quantificare la pena nel modo più aderente al caso concreto*"

⁹ Pag. 7

¹⁰ Pag. 6

Mentre nel codice Zanardelli il concorso di circostanze eterogenee era regolato da rigide regole aritmetiche, il codice Rocco inizialmente prevedeva all'art. 69 la possibilità del loro bilanciamento qualitativo.

Nell'ottica del legislatore il bilanciamento, consentendo, come spiega la Relazione ministeriale, *“un giudizio complessivo e sintetico sulla personalità del reo e sulla gravità del reato”*, assolveva alla funzione della migliore individualizzazione della pena.

Ne restavano fuori le circostanze ad effetto speciale e quelle inerenti la persona del colpevole.

La giustificazione delle seconde risiedeva nel loro carattere distintivo, cioè il riferirsi a condizioni soggettive dell'autore; diversamente l'esclusione delle prime era da ricondurre ad una valutazione del fatto “vicina” a quella propria degli elementi costitutivi di una autonoma fattispecie di reato; estendendo la discrezionalità del bilanciamento alle circostanze ad effetto speciale, si correva il rischio di vedere in concreto vanificata detta valutazione legislativa.

Il modello iniziale è stato decisamente modificato dalla riforma del 1974 con l'eliminazione delle deroghe di cui al comma 4 dell'art. 69.

La blindatura di alcune circostanze ad effetto speciale, ha costituito il “contraltare” agli effetti “parificatori” della riforma del 1974.

La circostanza è privilegiata nel senso che il legislatore ne garantisce sempre l'applicazione, che non può essere esclusa per effetto del concorso di circostanze di segno opposto.

Una delle prime circostanze di questo tipo risale al decreto-legge n. 625 del 1979 che, per i reati commessi al fine di terrorismo ed eversione, prevede(va) un'aggravante ad effetto speciale ed il divieto di applicazione delle regole sul concorso eterogeneo di cui all'art. 69 c.p.

Il riferimento è utile sia perché la previsione è servita da “modello”¹¹ per ulteriori previsioni sia perché il successivo intervento “correttivo” e le relative valutazioni della Consulta paiono offrire spunti per la soluzione del contrasto.

Più recentemente la legge n. 251 del 2005, cd. Cirielli, intervenendo direttamente sul comma 4 dell’art. 69 c.p. ha “privilegiato” le ipotesi di cui agli artt. 99 co. 4, 111 e 112 comma primo n. 4 c.p.; il privilegio tuttavia riguarda solo il fatto che le eventuali concorrenti circostanze attenuanti non possono essere dichiarate prevalenti.

Senza addentrarsi nell’analisi delle ulteriori circostanze aggravanti “privilegiate” progressivamente introdotte, ad esempio con il “pacchetto sicurezza” del 2009, fino alla norma di cui al comma 4 dell’art. 624 *bis* c.p., sembra comunque utile ricordare la distinzione tra il carattere totale e parziale del “privilegio”.

Se il privilegio è totale le eventuali circostanze attenuanti concorrenti non possono essere dichiarate né equivalenti né prevalenti; se invece è parziale resta esclusa la sola dichiarazione di prevalenza dell’attenuante, con la conseguenza che la dichiarazione di equivalenza dell’attenuante produce l’effetto di “annullare” l’aumento proprio dell’aggravante.

Con riguardo al primo caso ed in relazione alla regola, espressamente prevista, per cui le diminuzioni operano sulla pena determinata in relazione all’aggravante privilegiata, si pone l’interrogativo del possibile rilievo residuale delle attenuanti.

6. A tal proposito è utile ripercorrere le modificazioni della prima delle circostanze in questione, quella in materia di eversione e terrorismo.

La versione iniziale di cui al decreto-legge del 1979 prevedeva un’aggravante ad effetto speciale¹² con il divieto di applicazione della disciplina del concorso eterogeneo.

¹¹ l’attuale formulazione, conseguente alle modifiche di cui alla legge n. 34 del 2003, oggi recepite nell’art. 270 bis1 c.p., prevede che “*Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 del codice penale, concorrenti con l’aggravante di cui al primo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa ed alle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa o ne determina la misura in modo indipendente da quella ordinaria del reato, e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall’aumento conseguente alle predette aggravanti*”.

Ciò garantiva che l'aggravante fosse sempre applicata; tuttavia la totale esclusione delle regole di cui all'art. 69 c.p. comportava che comunque le attenuanti eventualmente riconosciute avrebbero prodotto il loro effetto, sia pure, per espressa previsione, sulla quantità di pena determinata in esito all'aumento; ne conseguiva la possibile vanificazione dell' "effetto protettivo"¹³.

Così con la legge di conversione n. 15 del 1980 la deroga totale alla disciplina del bilanciamento è stata sostituita dall'impossibilità di dichiarare le attenuanti equivalenti o prevalenti all'aggravante terroristica¹⁴.

Il testo convertito non era chiarissimo in quanto non era più del tutto escluso a priori il bilanciamento e non era stata ripetuta la disposizione di cui al decreto-legge per la quale *"la diminuzione di pena si opera sulla pena conseguente all'applicazione delle circostanze aggravanti"*.

Da ciò si poteva trarre che le attenuanti dovessero sempre essere ritenute soccombenti ma anche che, persistendo l'operatività dell'art. 69, sia pure limitatamente ad una sola possibilità, qualora il giudice non avesse dichiarato le attenuanti soccombenti, avrebbe dovuto comunque applicare la relativa diminuzione.

In tal caso si sarebbe passati dal decreto-legge in cui, per l'esclusione del meccanismo del bilanciamento diveniva doverosa, ai sensi dell'art. 63, l'applicazione anche delle attenuanti, alla legge di conversione in cui solo la dichiarazione di minusvalenza avrebbe escluso la diminuzione.

A fronte del paventato "rischio" connesso alla assoluta impossibilità per le attenuanti di "operare", è intervenuta la Consulta¹⁵ spiegando che con l'originaria esclusione delle disposizioni di cui all'art. 69 c.p. il legislatore era andato oltre le proprie intenzioni, in quanto il giudice non avrebbe potuto risolvere il bilanciamento a favore delle aggravanti neanche nei casi più gravi.

¹² Aumento della metà

¹³ Se si aumenta 10 della metà si arriva a 15 ma se si riduce 15 di un terzo si torna a 10

¹⁴ ma anche, in deroga al riformato art. 69, alle altre ad effetto speciale in ipotesi concorrenti con la prima, la quale "trasmette" loro il proprio regime

¹⁵ Sentenze n. 38 e 194 del 1985

Invece la formulazione adottata in sede di conversione aveva il pregio di precludere il giudizio di equivalenza o prevalenza delle attenuanti e così “proteggere” l’aggravante, senza ripeterne il limite.

Da ciò tuttavia non doveva considerarsi discendere l’esclusione, sospettata di illegittimità costituzionale, della applicabilità delle attenuanti.

Il giudizio di bilanciamento è obbligatorio nell’ambito del sistema delineato dall’art. 69 c.p., finalizzato alla valutazione globale della *“vicenda soggettiva ed oggettiva dell’illecito”*, ma *“una volta rotto questo perfetto equilibrio valutativo”* non vi è più ragione di mantenere detto carattere obbligatorio.

Dunque il giudizio di bilanciamento è da ritenersi facoltativo: il giudice può porlo in essere ed in tal caso è vincolato a ritenere prevalenti le aggravanti indicate nella norma, oppure non provvedervi con conseguente necessità di applicare sia gli aumenti sia le diminuzioni per le rispettive, ritenute circostanze.

La discrezionalità del giudice quanto al contenuto della comparazione viene estesa alla stessa possibilità di accedervi.

Né rileva la soppressione dell’ultima parte del terzo comma dell’art. 1 del decreto-legge per cui *“la diminuzione si opera sulla pena conseguente all’applicazione delle circostanze aggravanti”*.

Ciò perché detta previsione è superflua, provvedendo già in tal senso la regola generale di cui al terzo comma dell’art. 63 c.p.

6.1 Successivamente il legislatore, nello strutturare l’aggravante “mafiosa” similmente a quella “terroristica”, ha ribadito che le concorrenti circostanze attenuanti non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti, al contempo tuttavia specificando nuovamente che le diminuzioni “si operano” sulla quantità di pena risultante dall’aumento.

La previsione, comune ad altre disposizioni emergenziali ed “aggiunta” all’aggravante terroristica nel 2003¹⁶, letta dopo le pronunce della Corte

¹⁶ Legge n. 34

Costituzionale del 1985, appare espressiva della volontà del legislatore di confermare che, ove il giudice non eserciti la “facoltà” di procedere alla comparazione, dall’esito vincolato, saranno applicate le diminuzioni di cui alle ritenute attenuanti.

Dalla preclusione del giudizio di equivalenza e prevalenza non discende che le circostanze privilegiate contengono la implicita esclusione della possibilità del bilanciamento, bensì la facoltatività della comparazione, con la possibilità che le circostanze attenuanti continuino ad assolvere ad una loro funzione.

Il collegamento tra la disposizione per cui le circostanze attenuanti non possono essere ritenute equivalenti/prevalenti e il successivo “inciso”, per il quale le diminuzioni si operano sulla quantità di pena risultante dall’aumento all’aggravante, solo ribadisce la modalità attuativa del “privilegio”: prima si applica l’aumento per la circostanza ad effetto speciale, poi si procede alla diminuzione.

7. Si può provare a riepilogare.

A fronte di un decreto-legge che aveva introdotto, insieme al “privilegio”, anche la totale esclusione del bilanciamento di cui all’art. 69 c.p., la Consulta ha posto in risalto come la scelta in realtà avesse finito con il limitare la discrezionalità del giudice il quale, seppure secondo l’ordine indicatogli, doveva necessariamente applicare anche la diminuzione per l’attenuante.

A tale “limite” si era ovviato con la legge di conversione; eliminata la deroga generale alla comparazione delle circostanze eterogenee, era rimasto solo il divieto di dichiarare le attenuanti equivalenti o prevalenti alla circostanza privilegiata.

Ma il giudizio di comparazione poteva - facoltativamente - essere comunque posto in essere, solo con l’esito obbligato di soccombenza delle attenuanti.

Proprio la facoltatività lasciava tuttavia libero il giudice di non provvedervi, con il conseguente effetto di permettere la riduzione della pena conseguente al riconoscimento di attenuanti.

Riduzione da applicare sulla pena già aumentata, secondo l’indicazione generale di cui all’art. 63 co. 3 c.p., onde la superfluità dell’ “inciso” già contenuto nel decreto-

legge e relativo alla necessità che la diminuzione sia posta in essere sulla pena come risultante dall'applicazione dell'aggravante.

I chiarimenti forniti dalla Consulta con la sentenza n. 38 del 1985 sembrano fornire indicazioni utili per prospettare una soluzione del contrasto.

8. Il riportato, primo orientamento sottende la condivisione della ritenuta superfluità del richiamato “inciso” il quale, sostanzialmente ripetitivo di una disposizione dettata dall'art. 63 c.p. per dare applicazione agli effetti propri delle circostanze, non sembra poter essere riferito alle regole di comparazione di cui al differente art. 69, per modificarle.

Nel caso di concorso tra aggravante privilegiata ed attenuante il giudice può procedere alla comparazione con l'esito obbligato di ritenere la seconda soccombente, oppure non procedervi, applicando successivamente la diminuzione.

Qualora con le predette concorrano anche altre aggravanti bilanciabili, occorre distinguere: se il giudice ha ritenuto di procedere alla comparazione tra aggravante privilegiata ed attenuante, doverosamente dichiarando quest'ultima soccombente, “residueranno” solo aggravanti.

Diversamente, in presenza di circostanze eterogenee “bilanciabili”, il calcolo degli aumenti o delle diminuzioni disciplinato dall'art. 63 c.p. presuppone logicamente¹⁷ la previa comparazione di cui all'art. 69 c.p. la quale, del tutto preclusa solo dal decreto-legge del 1979, è stata poi “recuperata”; dunque le attenuanti dovranno comunque essere sottoposte al giudizio di comparazione con le “altre” circostanze aggravanti.

La soluzione, pur nella “rottura” dell'unitario meccanismo di comparazione proprio dell'art. 69 c.p., consente al giudice di operare nel modo migliore per “attagliare” la pena comminata in concreto al fatto ed al reo.

Con l'unico limite di rispettare il privilegio, il giudice può mettere nel nulla le attenuanti o può lasciare che producano gli effetti “normalmente” previsti dall'art. 63

¹⁷ Ragione per cui le critiche della difesa al richiamo nella sentenza *Dedgjonaj* alle SS.UU. *Ventrici* non appaiono determinanti

co. 3 c.p.; se poi vi sono altre aggravanti concorrenti opera l'“ordinario” bilanciamento di cui al successivo articolo 69.

9. Il secondo orientamento pare distinguersi dal primo in un unico caso.

Invero se l'attenuante concorre solo con l'aggravante privilegiata, gli esiti sono gli stessi: o il giudice valuta di procedere alla comparazione e la prima risulta necessariamente soccombente, oppure, diversamente, la diminuzione è applicata.

Se invece il giudice decide di non procedere alla detta comparazione, ma concorrono altre circostanze bilanciabili, gli esiti, qualora le attenuanti siano ritenute subvalenti o prevalenti, sono gli stessi di cui al primo orientamento.

Nel primo caso la loro inefficacia è dovuta al fatto che vi sono altre aggravanti che il giudice valuta tali da eliderne il rilievo.

Nel secondo invece l'effetto è lo stesso che si produrrebbe in assenza di aggravanti bilanciabili.

Residua l'ipotesi dell'equivalenza.

I sostenitori di questo orientamento sembrano equipararla all'ipotesi della prevalenza. Tuttavia in assenza di previsione di una deroga all'art. 69 c.p., simile equiparazione appare priva di sicuro supporto normativo.

Si ovvia assumendo sostanzialmente che essa trovi supporto nell' “inciso”, il quale a sua volta sarebbe giustificato dalla necessità di introdurre un “correttivo” all'obbligatorietà dell'aumento per la circostanza ad effetto speciale.

Ma tale ultima preoccupazione non sembra condivisibile.

Come visto, se ricorrono sia l'aggravante privilegiata sia l'attenuante, il giudice può non effettuare il bilanciamento e così anche diminuire la pena.

Se poi concorrono anche aggravanti bilanciabili il giudice può ritenerle soccombenti e sempre diminuire la pena.

Non pare dunque esservi ragione di “prendere” una norma - dettata dall'art. 63 c.p. per regolare le modalità di aumento/diminuzione della pena e “ripetuta” in modo

valutato dalla Consulta superfluo - per farvi ricorso al fine di modificare i meccanismi di comparazione dell'art. 69 c.p.

Il rischio anzi appare proprio quello di riproporre la possibilità che il legislatore della legge di conversione del 1980, per come chiarito dalla Corte costituzionale, aveva voluto evitare: un irrigidimento suscettibile di limitare il giudice.

Infatti in caso di ritenuta equivalenza il giudice si troverebbe costretto ad applicare la diminuzione correlata ad una attenuante che tuttavia ha valutato concretamente “elisa” dalla portata delle aggravanti bilanciabili.

La sentenza *Raidich* riprende il riferimento della Consulta alla “rottura” del “carattere unitario del giudizio di bilanciamento”, ma ne fa discendere una conseguenza di dubbia condivisibilità.

Infatti, mentre la Corte Costituzionale ne ha tratto spunto per affermare la facoltatività del giudizio di bilanciamento e così “ripristinare”, nei limiti del rispetto del privilegio, l'autonomia giudiziale, la decisione in questione ne fa conseguire un irrigidimento del sistema, costretto a dare concreta efficacia anche ad un'attenuante “controbilanciata”.

Del resto se la Corte Costituzionale ha spiegato che “*ben può il legislatore dare un diverso ordine al gioco delle circostanze*”¹⁸, ha anche sempre affermato il valore di una risposta il più possibile “individualizzata”, il che induce a non preferire la detta seconda opzione la quale, come si è visto, introduce “irrigidimenti”.

10. Può dunque proporsi la seguente risposta al quesito formulato inizialmente: “*Le circostanze attenuanti, riconosciute in giudizio di equivalenza nel bilanciamento con circostanze aggravanti non privilegiate, non producono l'effetto di attenuare la pena risultante dal computo dell'aggravamento dovuto a circostanze aggravanti privilegiate, contestate e ravvisate.*”

¹⁸ Cfr. Cass. n. 17954/20 che ripercorre l'iter argomentativo della sentenza della Consulta n. 88 del 2019

11. Ciò detto può passarsi all'analisi dei singoli motivi di impugnazione presentati da ciascuno dei tre ricorrenti.

12. Il ricorso di X.

L'atto è articolato in due motivi entrambi sostanzialmente attinenti alla questione per la quale il ricorso è stato assegnato alle Sezioni Unite.

Vista la soluzione che si è appena proposta, resta da confrontarsi con alcune considerazioni svolte dal ricorrente.

La prima è quella contenuta nel penultimo periodo di pag. 11: l'art. 624 bis u.c. c.p. non prevede “*un ulteriore inciso normativo*” che subordini le riduzioni per le circostanze attenuanti all'esito del bilanciamento di cui all'art. 69 c.p.

Si può opporre, richiamando quanto osservato dalla richiamata pronuncia della Consulta del 1985, che l'articolo in questione nulla prevede perché la regola è già contenuta nell'art. 69 c.p.; semmai si sarebbe dovuta indicare una deroga espressa a quest'ultimo.

La seconda è contenuta nel secondo periodo di pag. 12: se la riduzione di pena dipendesse dal giudizio di comparazione con le aggravanti bilanciabili, finirebbe con il dipendere dalla discrezionalità del giudice “*in spregio al chiaro disposto normativo*”. In realtà quel che è chiaro è sia che nessuna deroga all'art. 69 c.p. risulta prevista, sia che proprio la massima discrezionalità lasciata al giudice evita l'incostituzionalità di una previsione che, letta nel modo proposto, lo costringerebbe ad applicare la diminuzione anche qualora ritenesse l'attenuante subvalente.

La terza è contenuta nel terzo e quarto periodo di pag. 13.

Il ricorrente evidenzia che in presenza di due aggravanti ad effetto speciale, l'aumento “ordinario” per la seconda, di cui al comma 4 dell'art. 63 c.p., è facoltativo; per converso, incoerentemente, se un'aggravante comune fosse ritenuta prevalente sull'attenuante, il relativo aumento, per il disposto del precedente comma 3, sarebbe obbligatorio.

Si può rispondere che quel che non è obbligatorio è, “a monte”, il giudizio di prevalenza dell’aggravante comune.

Ad assumere decisivo rilievo è piuttosto la possibilità, lasciata al giudice, di intervenire nel modo ritenuto più adeguato a “calibrare” la pena.

L’ultima, di cui al periodo finale di pag. 14, riguarda il fatto che allora, se l’aggravante ad effetto speciale e privilegiata concorre con quella di cui all’art. 99 co. 4 c.p., per il divieto di cui al comma 4 dell’art. 69, il giudizio di prevalenza delle attenuanti resta precluso.

Si osserva che quel che si lamenta come disfunzionale, solo consegue alla applicazione di una disposizione di carattere generale rispetto alla quale non è prevista alcuna deroga.

Infine occorre ancora rimarcare per un verso, che la previsione di una circostanza ad effetto speciale è da correlare ad una valutazione del fatto prossima a quella che si compie nella individuazione degli elementi costitutivi di una autonoma fattispecie di reato, per un altro che la soluzione propugnata dal ricorrente consiste in definitiva nell’applicare sempre, quindi anche quando l’attenuante è valutata soccombente, la diminuzione, il che non appare condivisibile.

La conclusione è per il rigetto del ricorso, con le conseguenziali statuizioni.

13. Il ricorso di X1

L’atto è articolato in un unico motivo, con il quale si lamenta che i fatti siano stati sussunti nella fattispecie di cui all’art. 624 *bis* c.p. piuttosto che in quella di cui all’art. 640 c.p.

La doglianza è meramente ripropositiva di quella coerentemente non condivisa da entrambi i giudici di merito evidenziando come non vi fu consegna spontanea del denaro, tanto che lo stesso fu sostituito, “*con manovra repentina*” con delle schedine del gioco del lotto.

La conclusione è per la inammissibilità del ricorso, con le conseguenziali statuizioni.

14. Il ricorso di X2

14.1 Con il primo motivo il ricorrente lamenta che la corte d'appello, pur resa edotta in udienza dal difensore di fiducia comunque presente, della precedente rinuncia al mandato, non abbia provveduto alla nomina di un difensore d'ufficio, tanto che il primo ha comunque rassegnato le proprie conclusioni.

Al riguardo il ricorrente richiama l'orientamento di cui a Cass. n. 16958/18 così massimata *“La rinuncia al mandato difensivo comporta l'obbligo per il giudice, a pena di nullità, di nominare all'imputato - che non abbia provveduto ad una nuova nomina fiduciaria - un difensore d'ufficio, in quanto l'eventuale designazione temporanea di un sostituto, ai sensi dell'art. 97, comma quarto, cod. proc. pen., avendo natura episodica, è consentita nei soli casi di impedimento temporaneo del difensore di fiducia o di quello di ufficio.”*.

Occorre tuttavia considerare che nel caso valutato con detta sentenza, alla rinuncia al mandato del difensore di fiducia avevano fatto seguito, al posto della corretta nomina ai sensi del comma 1 dell'art. 97 c.p.p., nomine estemporanee ai sensi del successivo comma 4, con compromissione dell'effettività del diritto di difesa, assicurata soltanto da un difensore investito in modo continuativo del suo ruolo.

Nella specie invece la conoscenza da parte della corte di appello della rinuncia al mandato è avvenuta in occasione dell'udienza da parte dello stesso difensore rinunciante il quale, comunque presente, ha rassegnato le conclusioni.

Allora piuttosto appare coerente con la specificità del caso particolare l'orientamento di cui a Cass. 46435/19 per il quale *“La rinuncia al mandato difensivo non comporta l'obbligo per il giudice di nominare all'imputato - che non abbia provveduto alla nomina di un difensore di fiducia - un difensore d'ufficio, in quanto il difensore rinunciante è onerato della difesa fino all'intervento di una nuova nomina”*.

Del resto se anche, nel solco del primo, pur maggioritario orientamento, si evidenzia che *“se è vero che la rinuncia non ha effetto finché la parte non risulti assistita da un nuovo difensore, di fiducia o di ufficio, ciò [tuttavia] non fa venir meno l'obbligo del giudice di procedere alla nomina di un difensore di ufficio”* (Cass. n. 2609/07),

occorre evidenziare che anche le decisioni più recenti che aderiscono a detto orientamento, come Cass. n. 39570/19, fanno comunque “*salva l'insussistenza di alcun concreto pregiudizio per la difesa*”, evenienza da ritenersi qui ricorrente in ragione della persistente assistenza nell'udienza da parte del difensore di fiducia rinunciante.

14.2 Il secondo motivo è analogo a quello di X1 e attiene alla qualificazione giuridica dell'accaduto. Si può pertanto rinviare a quanto già osservato al riguardo.

14.3 Il terzo motivo inerisce alla mancata applicazione dell'ipotesi di cui all'art. 114 c.p.

La doglianza appare meramente ripropositiva di quella già coerentemente respinta dalla corte di appello con riferimento al rilievo del ruolo di “palo”, come già specificamente descritto nella sentenza di primo grado.

La conclusione è per il rigetto del ricorso, con le conseguenziali statuizioni.

Roma 22 aprile 2021

Il sostituto procuratore generale
Giulio Romano