

SP

**SISTEMA
PENALE**

FASCICOLO

11/2019

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Risicato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andreazza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kistoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su Sistema Penale sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare al fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nel fascicolo mensile, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2017, p. 5 ss.

LA NATURA DELL'AGGRAVANTE DELL'AGEVOLAZIONE MAFIOSA E IL PROBLEMA DELL'ESTENSIONE AI CONCORRENTI: LA QUESTIONE RIMESSA ALLE SEZIONI UNITE

Nota a [Cass., Sez. II, ord. 10 settembre 2019 \(dep. 4 ottobre 2019\),
n. 40846, Pres. Gallo, est. Recchione](#)

di Stefano Finocchiaro

Il contributo contiene una riflessione a margine dell'ordinanza con cui è stata rimessa alle Sezioni unite la questione della natura – "oggettiva" o "soggettiva" – della circostanza aggravante dell'agevolazione mafiosa prevista dall'art. 7 d.l. n. 152/1991 (oggi art. 416-bis.1 c.p.) e della conseguente individuazione del criterio di imputazione (colposo o doloso) necessario per riconoscere l'aggravante in capo ai concorrenti nel reato. Si riconnettono alla questione in esame anche profili problematici attinenti, da un lato, all'analogia strutturale della circostanza in esame con le fattispecie a dolo specifico e, dall'altro, all'ambito di operatività dell'art. 59, comma 2, c.p.

SOMMARIO: 1. La questione rimessa alle Sezioni unite e il caso di specie. – 2. Il contrasto giurisprudenziale. – 3. La posizione della Sezione rimettente. – 4. Brevi riflessioni critiche. – 4.1. Il nucleo della questione. – 4.2. Preferibilità della tesi "soggettivista". – 4.3. L'oggettiva funzionalizzazione della condotta e l'analogia strutturale con il dolo specifico. – 4.4. Una diversa prospettiva: dubbi circa la concreta applicabilità del criterio di imputazione di cui all'art. 59, comma 2, c.p. – 5. Conclusioni.

1. La questione rimessa alle Sezioni unite e il caso di specie.

Con l'ordinanza in commento la II Sezione della Corte di cassazione ha sottoposto alle Sezioni unite la seguente questione: se l'aggravante speciale già prevista dall'art. 7 d.l. n. 152 del 1991, ed oggi inserita nell'art. 416-bis.1 c.p., che prevede l'aumento di pena quando la condotta tipica sia consumata "al fine di agevolare l'attività delle associazioni mafiose", abbia natura *oggettiva*, concernendo le modalità dell'azione, ovvero abbia natura *soggettiva*, concernendo la direzione della volontà.

La vicenda concreta da cui origina la pronuncia vede condannato il ricorrente – tanto in primo grado dal Tribunale, quanto dalla Corte d'appello – per diversi episodi di usura aggravati dalla circostanza prevista dall'art. 7 d.l. n. 152/1991 (oggi art. 416-bis.1

c.p.), in quanto consumati al fine di agevolare la mafia storica nota come “clan dei casalesi”.

Mentre il Tribunale aveva riconosciuto l’aggravante ritenendola di natura oggettiva, invece la Corte di appello ne aveva confermato la sussistenza qualificandola di natura soggettiva.

Secondo il ricorrente la diversa valutazione in ordine alla natura della circostanza avrebbe imposto una specifica motivazione sull’elemento soggettivo, che non sarebbe stato effettuato dalla Corte territoriale. Il ricorrente riteneva in particolare che la Corte d’appello avrebbe dovuto dare atto della prova del dolo specifico, per ritenere integrato il quale non sarebbe stato sufficiente dimostrare la sussistenza di rapporti con i correi, persone contigue all’associazione, essendo invece necessario dimostrare la consapevolezza da parte dell’imputato che i proventi dei reati contestati erano destinati all’associazione mafiosa, circostanza da ritenersi indipendente dal profilo criminale dei concorrenti.

Con motivi aggiunti la difesa del ricorrente sosteneva, anzi, che neanche la prova della consapevole destinazione dei proventi dell’attività illecita all’associazione mafiosa sarebbe sufficiente a configurare l’aggravante, laddove l’imputato – come nel caso di specie – avesse preso parte alle azioni criminose per motivi personali correlati alla sua situazione debitoria, e non per la finalità propria del dolo specifico.

2. Il contrasto giurisprudenziale.

La seconda Sezione della Cassazione, investita del ricorso, ha rimesso alle Sezioni unite la questione della natura giuridica dell’aggravante in questione, individuando sul punto la presenza di tre orientamenti, due antagonisti e uno intermedio.

i) Stando a un primo orientamento, si tratterebbe di un’aggravante di natura oggettiva, la cui contestazione “si giustifica tutte le volte in cui possa trarsi dalla situazione concreta conferma della finalizzazione dell’azione al finanziamento di un’associazione avente le caratteristiche mafiose”¹.

Nell’ambito di tale orientamento potrebbe individuarsi un sotto-indirizzo che differenzia la natura dell’elemento soggettivo tra i concorrenti, sostenendo che non è richiesto che la consapevolezza sia condivisa da parte di tutti i correi, poiché in proposito trova applicazione il disposto dell’art. 59, comma 2, c.p., che impone di valutare le circostanze a carico dell’agente, anche quando le abbia ignorate per sua colpa². Sarebbe quindi necessaria la prova del dolo specifico in capo ad almeno uno dei concorrenti, mentre per gli altri il criterio di imputazione soggettivo dell’elemento circostanziale sarebbe la “ignoranza colpevole” ex art. 59 c.p.

¹ Cfr., *ex multis*, Cass., sez. II pen., 24 novembre 2016 (dep. 6 dicembre 2016), n. 52025, *Vernengo*; Cass., sez. II pen., 17 gennaio 2017 (dep. 15 maggio 2017), n. 24046, *Tarantino e altri*.

² Cfr. Cass., sez. VI pen., 30 maggio 2012 (dep. 18 giugno 2012), n. 24025, *Di Mauro*. Sul punto viene menzionata anche Cass. sez. VI pen., 22 gennaio 2009 (dep. 9 maggio 2009), n. 19802, *Napolitano*.

ii) Secondo un opposto orientamento, l'aggravante in esame avrebbe invece natura soggettiva³.

In questo senso si sono espresse anche due pronunce delle Sezioni unite, rispettivamente del 2001 e del 2009, osservando che l'aggravante di cui al citato art. 7 d.l. n. 152/1991 si articola in due differenti forme di circostanze: una a carattere *oggettivo*, costituita dall'impiego del "metodo mafioso" nella commissione del reato, l'altra di tipo *soggettivo*, che si sostanzia nella volontà specifica di favorire ovvero di facilitare, con il delitto posto in essere, l'attività del gruppo"⁴.

Nel contesto di tale orientamento, alcune sentenze, pur ribadendo la natura soggettiva dell'aggravante, in quanto incentrata su una particolare motivazione a delinquere, hanno tenuto a sottolineare la necessità che tale motivazione soggettiva sia desumibile anche dalle modalità dell'azione, rilevanti quali parametri rivelatori del substrato psicologico di detta aggravante⁵.

Viene inoltre precisato dalla Corte che, contrariamente a quanto dedotto dal ricorrente, anche secondo l'orientamento che sostiene la natura *soggettiva* dell'aggravante in questione e che conclude che essa si risolva nella identificazione di un dolo specifico, non ritiene che la direzione della volontà debba avere come obiettivo *esclusivo* quello di agevolare la mafia di riferimento, ben potendo l'agente aver perseguito l'*ulteriore* scopo di trarre un vantaggio proprio dal fatto criminoso, purché ad esso si accompagni la consapevolezza di favorire l'interesse della cosca beneficiata⁶.

iii) Vi è infine un orientamento intermedio, secondo il quale alla controversia tra le citate qualificazioni dell'aggravante (soggettiva od oggettiva), come pure a quella dell'estensibilità dell'aggravante ai concorrenti, dovrebbe darsi una soluzione diversificata in base a come l'aggravante si atteggia in concreto e in base al reato in relazione al quale viene contestata⁷.

Quale esempio in cui l'aggravante, normalmente di natura *soggettiva*, assumerebbe natura *oggettiva* si porta quello in cui essa acceda ad un reato associativo, come può essere l'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti. In questo caso, il riconoscimento della circostanza non potrebbe che dipendere dalla concreta struttura organizzativa dell'associazione: se tale struttura si pone in una situazione di prossimità all'associazione mafiosa (e ad esempio le garantisce spazi di operatività nei territori

³ Cfr., *ex pluribus*, Cass., sez. VI pen., 19 aprile 2017 (dep. 22 maggio 2017), n. 25510, *Realmuto*; Cass., sez. VI pen., 2 maggio 2017, n. 35677, *Mungelli*; Cass., sez. VI pen., 9 maggio 2017 (dep. 3 luglio 2017), n. 31874, *Ferrante e altri*.

⁴ Cass., Sez. Un. pen., 28 marzo 2001, n. 10, *Cinalli*; Cass. Sez. Un. pen., 18 dicembre 2008 (dep. 2009), n. 337, *Antonucci*.

⁵ Cfr., tra le molte, Cass., sez. VI, 12 ottobre 2017 (dep. 19 giugno 2018), n. 28212, *Barallo ed altri*; Cass., sez. VI, 17 ottobre 2018 (dep. 29 novembre 2018), n. 53691, *Belvedere*; Cass., sez. III pen., 13 gennaio 2016, n. 9142, *Basile e a.*, con nota di NINNI, [Aggravante dell'agevolazione mafiosa: perduranti incertezze applicative sulla circostanza di cui all'art. 7 d.l. 152/1991](#), in *Dir. pen. cont.*, 23 dicembre 2016.

⁶ Cfr. Cass., sez. V pen., 4 febbraio 2015 (dep. 16 marzo 2015), n. 11101; Cass., sez. I pen., 24 maggio 2012 (dep. 18 dicembre 2012), n. 49086.

⁷ Cfr. Cass., sez. VI pen., 4 ottobre 2017, n. 53646, *Aperi e altri*; Cass., sez. II pen., n. 22153 del 2019, *Barilari* (non massimata).

controllati oppure vi si rivolge per il reimpiego di profitti), allora il collegamento dell'associazione (volta alla vendita degli stupefacenti) con l'altra associazione (mafiosa) si tradurrebbe anche in finalità agevolativa. Si tratterebbe di un dato oggettivo e strutturale, che travalica la condotta del singolo associato, perché riguarda il modo di essere della associazione e dunque le modalità di commissione del fatto di reato. In questa prospettiva, attribuita natura oggettiva all'aggravante in questione, essa potrebbe essere attribuita ai concorrenti sia in caso di dolo, sia in caso di colpa *ex art. 59*, comma 2 c.p. purché conoscibile a tutti.

3. La posizione della Sezione rimettente.

Il contrasto giurisprudenziale di cui si invoca la composizione è stato generato, a parere della Sezione rimettente, da un'effettiva "polivalenza interpretativa" dell'espressione "al fine di" agevolare l'attività delle associazioni mafiose, contenuta oggi nell'art. 416-bis.1 c.p.

La locuzione si presterebbe infatti ad essere interpretata tanto in senso oggettivo, come indicativa della "funzionalità oggettiva" della condotta criminosa contestata ad agevolare l'associazione mafiosa, quanto in senso soggettivo, come indicativa della necessità che la condotta sia sorretta dal "dolo specifico", ovvero dalla precisa volontà di funzionalizzare l'azione criminosa a vantaggio dell'associazione.

Risulta invece di "critica condivisibilità", secondo il collegio rimettente, quel sotto-indirizzo dell'orientamento oggettivista, che – come si è detto – propone una differenziazione dell'elemento soggettivo tra i vari concorrenti, richiedendo l'accertamento del dolo specifico in capo ad uno di essi e accontentandosi dell'imputazione colposa in capo agli altri. Tale soluzione non terrebbe conto che nessuna diversificazione è prevista dall'art. 110 c.p. in ordine all'elemento soggettivo, che dovrebbe quindi essere omogeneo per tutti i concorrenti, oltre che corrispondente a quello individuato dalla fattispecie-tipo⁸.

Pertanto, la tesi oggettiva e quella soggettiva – si osserva nell'ordinanza – presentano un punto di contatto, rappresentato dalla incontestata necessità che emerga una oggettiva e concreta funzionalizzazione della condotta contestata rispetto all'agevolazione di una associazione mafiosa; il che consente di escludere che la "finalità agevolatrice" possa essere inquadrata nell'area dei "motivi" a delinquere, essendo la stessa sempre correlata, anche secondo la tesi soggettiva, ad un evento materiale ed obiettivo.

Il reale contrasto, dunque, riguarda piuttosto la copertura volitiva di tale elemento materiale: secondo la tesi *oggettiva* tale nesso funzionale può essere voluto o

⁸ Sul punto la sezione rimettente fa riferimento ai seguenti precedenti giurisprudenziali: in materia di associazione mafiosa e concorso esterno (Cass., Sez. Un. pen., 12 luglio 2005, n. 33748, *Mannino*), in materia di intestazione fittizia (Cass., sez. VI, 5 maggio 2016, n. 34667), in materia di sequestro di persona a scopo di estorsione (Cass., sez. V pen., 13 gennaio 2016, n. 8352).

anche solo ignorato per colpa (come previsto in generale dall'art. 59 c.p.)⁹; secondo la tesi *soggettiva*, invece, è necessaria una "volizione piena e specifica" ovvero la piena consapevolezza della finalità agevolatrice.

Quanto detto fa sorgere – si osserva infine nell'ordinanza – un dubbio di carattere sistematico: può un elemento strutturale del reato, qual è il "dolo", nella sua connotazione generica o specifica, essere previsto da una circostanza, ossia da un elemento accidentale ed accessorio?

In molti casi, rileva la Corte, il legislatore ha previsto reati che, pur omogenei sul piano oggettivo, si distinguono per l'elemento soggettivo, così evidenziando la "funzione strutturale della natura specifica del dolo rispetto alla fattispecie-tipo". Il riferimento è – tra l'altro – al sequestro di persona "semplice" rispetto a quello a scopo di "estorsione", di "terrorismo e di eversione" o di "coazione" (artt. 605, 630, 289-*bis*, 289-*ter* c.p.), nonché a tutti i reati aggravati dall'essere stati commessi con finalità di terrorismo (art. 270-*quater*, art. 270-*quinquies* c.p., 280 c.p.).

Si chiede dunque la Corte se il dolo specifico possa essere previsto solo dalla fattispecie-tipo oppure anche da elementi esterni all'archetipo che descrive il reato.

Invero, si osserva, l'art. 70 c.p. individua come "soggettive" solo le circostanze che incidono sulla "intensità" del dolo (e sul grado della colpa), senza alcun riferimento al carattere generico o specifico del dolo.

Peraltro, se si ritenesse illegittima l'imposizione del dolo specifico per via circostanziale, sarebbe critico anche l'inquadramento dell'aggravante teleologica di cui all'art. 61 n. 2 c.p. tra le circostanze di natura soggettiva, inquadramento attualmente prevalente in giurisprudenza¹⁰.

Qualora poi – osserva il collegio – si ritenesse che il dolo specifico correlato all'aggravante in esame non incida sulla struttura del reato modificandone l'elemento soggettivo, ma che la prova della "volizione specifica" si riferisca solo all'elemento materiale della circostanza (la funzionalità agevolatrice del reato), si legittimerebbe una eccezione alla regola generale dell'imputazione colposa prevista dall'art. 59 c.p.¹¹; regola che dovrebbe trovare applicazione rispetto alle circostanze caratterizzate da una base materiale che può essere ignorata colposamente dall'agente, ovvero nei casi in cui, come quello in esame, vi sia la possibilità che il profilo oggettivo dell'aggravante possa non essere conosciuto e voluto da tutti i concorrenti¹².

⁹ Al riguardo l'ordinanza parla di "volizione attenuata", riferendosi al criterio di imputazione di cui all'art. 59 c.p. (par. 2.5.1 del "considerato in diritto").

¹⁰ In questo senso, Cass., sez. V pen., 26 settembre 2000, n. 11497; Cass., sez. VI pen., 17 marzo 1995, n. 5797.

¹¹ In questi termini l'ordinanza al par. 2.5.2 del "considerato in diritto", ove si osserva che tale profilo problematico è stato colto da quella giurisprudenza che ha ritenuto che la disciplina prevista dall'art. 118 c.p. ha carattere "speciale" rispetto a quella generale prevista dall'art. 59 c.p.: Cass., sez. I pen., 10 dicembre 2017, n. 52505, *Lamanna*; Cass., sez. VI pen., 19 dicembre 2017, n. 8891, *Castiglione*.

¹² In questi termini, ancora, l'ordinanza al par. 2.5.2 del "considerato in diritto".

4. Brevi riflessioni critiche.

4.1. Il nucleo della questione.

La questione in esame, attinente alla qualificazione *teorica* dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa è, in estrema sintesi, la seguente: qualora la si consideri di natura *oggettiva* la circostanza potrebbe essere imputata ai concorrenti anche a titolo di mera colpa, come richiesto in via generale dall'art. 59, comma 2, c.p.; laddove invece la si qualifichi come *soggettiva* sarebbe necessario, ai sensi dell'art. 118 c.p., accertare la direzione agevolatrice della volontà (*sub specie* di dolo specifico) rispetto ad ogni singolo partecipe.

Optare per l'una o per l'altra qualificazione giuridica, dunque, parrebbe avere quale ricaduta *pratica* la determinazione del criterio di imputazione soggettiva dell'aggravante ai concorrenti, in caso di realizzazione plurisoggettiva del reato.

Sul punto ci sembra di poter condividere – pur nei limiti imposti dalla sinteticità del presente contributo – alcune considerazioni.

Un primo (e, per molti versi, scontato) rilievo è che – poiché la dicotomia “circostanze oggettive-circostanze soggettive” è stata abbandonata a seguito della riforma del 1990 che ha modificato l'art. 118 c.p. inserendovi un espresso richiamo solamente ad *alcune* delle circostanze che l'art. 70 c.p. continua a definire “soggettive” – il problema attuale sembra essere quello di capire se l'aggravante in questione possa dirsi concernente i “motivi a delinquere”, l’“intensità del dolo” o sia “inerente alla persona del colpevole”.

L'alternativa emersa in giurisprudenza, come si è visto, è quella di ritenere che l'aggravante non rientri in nessuna delle circostanze richiamate dall'art. 118 c.p., attenendo piuttosto alle “modalità della condotta” ed assumendo quindi carattere *oggettivo* ai sensi dell'art. 70, primo comma, c.p.

4.2. Preferibilità della tesi “soggettivista”.

Va rilevato che in dottrina è del tutto predominante la tesi favorevole a considerare l'aggravante in esame di natura “soggettiva” (*rectius* concernente i “motivi a delinquere” e/o “l'intensità del dolo”)¹³.

Anche in giurisprudenza, in particolare dal 2017 – dando seguito a quanto incidentalmente affermato dalle due pronunce delle Sezioni unite del 2001 e del 2009

¹³ CIVELLO, *Il sistema delle circostanze e il complessivo carico sanzionatorio detentivo*, in *Le associazioni di tipo mafioso*, a cura di Romano B., in *Diritto e procedura penale*, collana diretta da Gaito-Romano-Ronco-Spangher, Torino, 2015, p. 189 ss.; DE VERO, *La circostanza aggravante del metodo e del fine di agevolazione mafiosi: profili sostanziali e processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 48; FONDAROLI, *Profili sostanziali dei decreti legge 13/5/91 n. 152, convertito con modifiche nella l. 12 luglio 1991, n. 203, e 31 dicembre 1991, n. 346, convertito nella l. 18 febbraio 1992, n. 172*, in AA.VV., *Mafia e criminalità organizzata*, a cura di Corso-Insolera-Stortoni, Torino, 1995, vol. II, p. 683.

sopra citate – si è fatta strada la tesi della natura *soggettiva* e dell'applicabilità dell'art. 118 c.p.¹⁴.

Tesi, quest'ultima, che ci pare condivisibile in quanto maggiormente conciliabile (per non dire l'unica compatibile) con il tenore letterale della disposizione, e dunque con il principio di legalità. La norma, infatti, si esprime in modo estremamente chiaro nel senso di richiedere che il reato sia commesso "al fine di" agevolare l'attività dell'associazione mafiosa, il che non può non significare con quel preciso (ancorché non necessariamente unico¹⁵) scopo¹⁶.

Pare quindi difficilmente contestabile che la circostanza in esame richieda una specifica componente volitiva, consistente in particolare nell'avere di mira l'agevolazione di attività poste in essere da un'associazione mafiosa.

Ciò sembra peraltro ammesso finanche da quelle sentenze che si annoverano all'interno dell'orientamento "oggettivista". Esse, pur affermando in linea teorica l'inquadramento dell'aggravante in esame tra le circostanze inerenti alle "modalità dell'azione", e dunque l'inapplicabilità dell'art. 118 c.p., riconoscono che "la consapevolezza [dello] scopo dell'azione risulta essenziale alla configurazione dell'aggravante" (Cass. n. 24025/2012, *Di Mauro*) o che è comunque necessario che "l'aspetto volitivo – espresso nella norma col riferimento al "fine di agevolare" l'associazione mafiosa – sussista in capo ad alcuni, o anche ad uno soltanto [dei concorrenti]" (Cass. n. 10966/2012, *Minniti*) o ancora che alla particolare modalità dell'azione "corrisponde sotto il profilo soggettivo il dolo specifico" (Cass. n. 19802/2009, *Napolitano*).

La natura in questo senso "soggettiva" della circostanza in esame lascia aperta la questione della sua riconducibilità ad una delle categorie di circostanze richiamate dall'art. 118 c.p.

Al riguardo ci sembra anzitutto potersi escludere pacificamente che essa rientri tra le circostanze "inerenti alla persona del colpevole", giacché la definizione di quest'ultima è offerta in modo inequivoco dall'ultimo comma dell'art. 70 c.p. e nessuna delle proposte dottrinali volte ad estendere la portata dell'art. 118 c.p. a discapito di tale definizione ha trovato seguito nel diritto vivente¹⁷.

Non appare del tutto convincente nemmeno l'alternativa di ritenere che la stessa attenga all'*intensità del dolo*. Quest'ultima locuzione (che richiama la formula impiegata all'art. 133 c. 1 n. 3 c.p.) sembra infatti attenere al grado di probabilità con cui il soggetto si è rappresentato la realizzazione del reato (dolo intenzionale, diretto o eventuale) o al

¹⁴ Per tutti questi riferimenti giurisprudenziali, v. *supra*.

¹⁵ Lo scopo agevolativo, lungi dal dover essere l'unico ad aver guidato la condotta illecita, ben può essere accompagnato da ulteriori finalità che il soggetto aveva di mira. Cfr. Cass., sez. VI, 3 dicembre 2014 (dep. 9 luglio 2015), n. 29311; Cass., sez. V pen., 4 febbraio 2015 (dep. 16 marzo 2015), n. 11101; Cass., sez. I pen., 24 maggio 2012 (dep. 18 dicembre 2012), n. 49086.

¹⁶ Del resto la presenza di espressioni come "al fine di", "allo scopo di" o "per" sono sintomatiche della presenza di un dolo specifico. In questo senso, tra gli altri, MARINUCCI – DOLCINI – GATTA, *Manuale di diritto penale*, VIII ed., p. 360.

¹⁷ Sul punto, cfr. ad esempio MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1495 s. e, già prima della riforma, circa la natura tassativa dell'art. 70, comma 2, c.p., tra gli altri, FROSALI, *Sistema penale italiano*, I, Torino, 1958, p. 5.

grado di perseveranza nel proposito criminoso (premeditazione)¹⁸; né il dolo specifico sembra potersi qualificare come una manifestazione particolarmente forte di dolo.

Ben più agevole, invece, ci sembra la possibilità di inquadrare la circostanza in esame tra quelle inerenti ai “motivi a delinquere”¹⁹. Tale locuzione può assumere infatti un significato letterale sufficientemente esteso, tale da ricomprendere non solo i motivi in senso stretto (ad esempio, motivi abietti o futili), ma anche altre finalità che comunque abbiano guidato l’azione criminosa: è infatti comunemente ritenuta tale l’aggravante del c.d. nesso teleologico *ex art. art. 61 n. 2 c.p.*²⁰, e un discorso analogo potrebbe svolgersi – tra l’altro – per l’aggravante del fine di libidine *ex art. 573 c. 2 c.p.*, per il fine di far commettere un reato *ex art. 613 c. 3 n. 1 c.p.* e per il fine di delinquere o di sottrarsi all’arresto di cui all’art. 576 nn. 3 e 4 c.p.²¹.

4.3. L’oggettiva funzionalizzazione della condotta e l’analogia strutturale con il dolo specifico.

In senso contrario (e cioè a favore della tesi della natura “oggettiva”) non ci sembra peraltro che possa deporre il fatto che la dottrina e la giurisprudenza, anche quella che propugna la tesi *soggettivista*, finiscano per riconoscere che l’aggravante in esame presupponga l’accertamento di una oggettiva funzionalizzazione della condotta a raggiungere l’agevolazione avuta di mira dall’agente²².

La richiesta di siffatto requisito *lato sensu* di idoneità, lungi dal qualificare in termini “oggettivi” la *ratio* e la natura della circostanza, ci sembra se mai imposto da un’esigenza di rispetto dei principi costituzionali di materialità e offensività, e cioè dalla necessità di non addossare al reo un aggravio di pena in ragione di un mero disvalore d’intento, poco consoni ai connotati di un diritto penale di impronta liberale. Se in tanto si può fondare un’incriminazione o un aggravamento sanzionatorio su di una finalità perseguita dal reo in quanto ad essa corrisponda un’effettiva messa in pericolo per il bene giuridico che si intendeva tutelare, allora ben può affermarsi che l’idoneità oggettiva funge da mero limite in concreto all’operatività della circostanza aggravante, che può nondimeno mantenere una *ratio* soggettiva nel senso anzidetto.

¹⁸ Sul punto cfr. anche F. BASILE, *sub art. 118*, in Dolcini – Gatta, *Codice penale commentato*, IV ed., Ipsoa, p. 1867 secondo cui “rientrano le circostanze concernenti il grado di probabilità con il quale il soggetto si è rappresentato la realizzazione concreta degli estremi del reato, il grado di adesione della volontà al fatto e alle sue conseguenze, la formazione della motivazione e della decisione di agire, nonché la complessità e la durata del processo deliberativo”.

¹⁹ In questo senso, oltre alla giurisprudenza già sopra citata in riferimento alla tesi della natura soggettiva, si veda in dottrina DE VERO, *La circostanza aggravante del metodo e del fine di agevolazione mafiosi*, cit., p. 48.

²⁰ Cfr. Cass., sez. V pen., 26 settembre 2000, n. 11497; Cass., sez. VI pen., 17 marzo 1995, n. 5797.

²¹ Cfr. F. BASILE, cit., p. 1867.

²² In dottrina, in senso favorevole a ritenere necessario tale accertamento, DE FRANCESCO, *Paradigmi generali e concrete scelte repressive nella risposta penale alle forme di cooperazione in attività mafiosa*, in Cass. pen., 1996, p. 3500; MERENDA, *La circostanza aggravante della finalità di agevolazione mafiosa: incoerenze sistematiche e incertezze applicative*, in *Archivio Penale*, 2015, n. 3, p. 2.

L'accertamento di un'effettiva maggiore offensività che giustifichi l'aggravamento sanzionatorio è tanto più necessario rispetto all'aggravante in esame alla luce del fatto che il riconoscimento della stessa non determina solo un aggravamento della pena da un terzo alla metà, ma influisce in modo pesantemente negativo – tra l'altro – anche sul regime della prescrizione (cfr. art. 157 c.p., che rinvia all'art. 51 c. 3-*bis* c.p.p.) e sul regime penitenziario (cfr. art. 4-*bis* ss. ord. penit.).

Peraltro, la richiesta di una necessaria idoneità oggettiva della finalità agevolatrice si pone in linea di continuità con quelle autorevoli tesi che propugnano un medesimo accertamento rispetto alle fattispecie a dolo specifico, e in particolare a quelle in cui oggetto del dolo specifico è un evento offensivo di beni giuridici (ad es. il sequestro a scopo di estorsione)²³. Anche rispetto a queste fattispecie l'accertamento dell'oggettiva idoneità della condotta a perseguire quel fine specifico appare necessario – al metro dei principi di materialità e offensività – per giustificare la più severa reazione ordinamentale all'illecito alla luce di un'effettiva probabile realizzazione dell'evento offensivo.

Siffatto parallelismo tra le fattispecie incriminatrici a dolo specifico e la circostanza dell'agevolazione mafiosa appare d'altronde coerente, data la peculiare struttura dell'aggravante in discorso: la volizione richiesta non ha ad oggetto un elemento del fatto tipico, cioè un elemento costitutivo del reato necessario alla sua consumazione, bensì un *quid* estrinseco al tipo. Ciò attribuisce in effetti a tale circostanza una struttura analoga a quella propria del dolo specifico²⁴.

Siffatta analogia strutturale tra l'aggravante in esame e il dolo specifico potrebbe determinare, secondo l'ordinanza in commento, un "dubbio sistematico" circa la legittimità che il dolo di una fattispecie penale venga determinato per via circostanziale.

La questione, di ampio respiro, meriterebbe probabilmente un'approfondita disamina. Possiamo tuttavia limitarci ad osservare che non ci sembra che il dolo previsto dalla fattispecie-base venga trasformato (snaturato) dalla circostanza in esame. Non ci sembra cioè che un elemento strutturale del reato venga determinato dalla norma che descrive la circostanza anziché da quella che descrive il fatto tipico. Il tipo e i suoi elementi costitutivi rimangono infatti tali. Semplicemente, *oltre* al dolo (generico o specifico che sia) richiesto ai fini dell'integrazione del reato in forma semplice, *si aggiunge* una finalità ulteriore che – in mera analogia strutturale rispetto al dolo specifico – ha ad oggetto un risultato estraneo rispetto agli *essentialia delicti*.

²³ Cfr. MARINUCCI – DOLCINI – GATTA, *Manuale*, cit., p. 521 e 522. Sul punto cfr. anche PROSDOCIMI, *Reato doloso*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, p. 248.

²⁴ In questo senso è peraltro orientata la dottrina prevalente: cfr., tra i molti, FONDAROLI, *Profili sostanziali*, cit., p. 683.

4.4. Una diversa prospettiva: dubbi circa la concreta applicabilità del criterio di imputazione di cui all'art. 59, comma 2, c.p.

Se dunque, alla luce di quanto detto, appare preferibile una qualificazione della circostanza in esame in termini "soggettivi", con conseguente necessario accertamento della stessa in relazione ad ogni singolo concorrente nel reato, tuttavia, ci sembra di poter ulteriormente osservare che ad analoga conclusione – quella di escludere l'estendibilità della circostanza ai concorrenti a titolo di mera colpa *ex art. 59 c.p.* – potrebbe forse giungersi anche a prescindere dalla riconducibilità della circostanza in esame tra quelle indicate all'art. 118 c.p.

Se è vero che la conseguenza di escludere l'applicabilità dell'art. 118 c.p. è che torni *in astratto* applicabile la norma generale di cui all'art 59, comma 2, c.p., è altrettanto vero che l'art. 59 c.p. può logicamente operare solamente *ove concretamente applicabile*, e cioè solo laddove non intervengano deroghe.

Infatti è pressoché pacifico che il criterio generale di imputazione delle circostanze *ex art. 59, comma 2, c.p.* soffra delle deroghe in parte esplicite (ad esempio quella dell'art. 60 c.p.) e in parte implicite, queste ultime essendo rappresentate proprio da tutti quei casi in cui la circostanza rileva solo laddove i dati di fatto che le integrano siano conosciuti dall'agente²⁵. Tradizionali esempi in questo senso sono rappresentati – tra l'altro – dalle aggravanti del nesso teleologico *ex art. 61 n. 2 c.p.* o dell'aver adoperato sevizie *ex art. 61 n. 4 c.p.*²⁶; così come, rispetto alle attenuanti, non può operare la regola della rilevanza oggettiva *ex art. 59, comma 1, c.p.* quando sia la stessa circostanza ad esigere l'effettiva conoscenza, come nel caso dell'essersi adoperato *spontaneamente* ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato *ex art. 62 n. 6 c.p.*

Vi sono cioè circostanze che sono ontologicamente costruite dal legislatore in modo incompatibile con un'imputazione colposa, poiché contengono nella loro stessa descrizione legale un criterio di imputazione "speciale" rispetto a quello generale scolpito nell'art. 59, comma 2, c.p.

A queste circostanze pare riconducibile quella dell'agevolazione mafiosa²⁷, per la cui integrazione essendo richiesta una componente volitiva, addirittura contraddistinta

²⁵ Cfr. FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, VIII ed., 2019, p. 442; MARINUCCI – DOLCINI – GATTA, *Manuale*, cit., p. 610; PALAZZO, *Corso di diritto penale – Parte generale*, VI ed., 2016, p. 525, FROSALI, *Sistema*, cit., p. 584. Cfr. anche PUTINATI, *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 141 ss., nonché MELCHIONDA, *La nuova disciplina*, cit., p. 1457 secondo cui: "laddove la formulazione sintattica della disposizione che prevede una specifica circostanza determina – comunque presuppone –, quale requisito tipico della stessa, la presenza di un coefficiente soggettivo di effettiva conoscenza da parte dell'agente, si verrà a configurare un limite implicito all'operatività della regola generale che dovrà lasciare spazio al necessario accertamento dei soli dati soggettivi postulati da quella particolare circostanza". Per un'analoga considerazione circa l'art. 59 c.p. nella versione precedente alla riforma, cfr. Padovani, *Circostanze del reato*, in *Dig. pen.*, II, Torino, 1988, p. 202.

²⁶ Cass., Sez. Un. pen., 23 giugno 2016, n. 40516, *Del Vecchio*.

²⁷ In questo senso si veda anche ALBERICO, *L'aggravante dell'agevolazione mafiosa ed il problema della sua estensione concorsuale*, in *Indice penale*, 2017, p. 250.

da uno scopo specifico, che risulta in modo inequivoco dalla formulazione sintattica della disposizione (“al fine di”) e che è riconosciuta in modo pressoché unanime dalla giurisprudenza, perfino da quella suffragante la tesi della natura oggettiva. Infatti, anche le sentenze riconducibili a quest’ultimo indirizzo – come si è già osservato – non negano la necessità di una “consapevolezza [dello] scopo dell’azione”, di un “aspetto volitivo” o di un “profilo soggettivo” corrispondente al “dolo specifico”²⁸. Elementi, questi ultimi, che si pongono in evidente incompatibilità strutturale con un’imputazione di tipo colposo.

5. Conclusioni.

In estrema sintesi, diversi validi argomenti sembrano militare a favore di una qualificazione della circostanza in esame tra quelle “soggettive” richiamate dall’art. 118 c.p., e in particolare tra quelle inerenti i “motivi a delinquere”, senza che a ciò osti né la richiesta del requisito della concreta idoneità della condotta, né l’analogia strutturale rispetto al dolo specifico (*supra*, §§ 4.2 e 4.3).

Ciò posto, anche laddove si volesse sostenere la tesi della natura “oggettiva” dell’aggravante in questione, sulla scorta di un’asserita preponderanza della componente *oggettiva* relativa alle modalità dell’azione sul coefficiente *soggettivo-volitivo*, in ogni caso l’innegabile presenza di quest’ultimo tra i requisiti tipici della stessa potrebbe indurre ad escluderne un’imputazione meramente colposa *ex art. 59*, comma 2, c.p., tanto in capo all’autore del reato quanto in capo ai partecipi (*supra*, § 4.4).

A prescindere, dunque, da quale dei due canali argomentativi si ritenga di percorrere, l’esito ci sembra in ogni caso essere quello di ritenere necessario un criterio di imputazione di carattere doloso; il che dovrebbe escludere, tra l’altro, che l’aggravante in questione possa essere contestata al soggetto che sia chiamato a concorrere a titolo di concorso anomalo *ex art. 116 c.p.*

Rimane peraltro aperta l’ulteriore questione di stabilire se, in caso di concorso di persone *ex art. 110 c.p.*, debba riconoscersi l’aggravante solo in capo a chi abbia condiviso lo scopo agevolativo, accertandosi cioè in capo a ciascuno dei concorrenti la specifica (ancorché non necessariamente esclusiva) finalità di agevolazione dell’attività dell’associazione mafiosa, oppure se possa ritenersi sufficiente che il correo abbia solamente conosciuto l’intento avuto di mira dall’autore del reato, ammettendosi cioè

²⁸ Si tratta, rispettivamente, delle espressioni usate dalle già sopra citate sentenze: Cass. n. 24025/2012, *Di Mauro*; Cass. n. 10966/2012, *Minniti* e Cass. n. 19802/2009, *Napolitano*. Tutte le altre sentenze citate dall’ordinanza di rimessione come riconducibili all’indirizzo “oggettivista” si limitano a rinviare in motivazione a queste ultime senza ulteriormente argomentare sul punto (così Cass., sez. II pen., 17 gennaio 2017, n. 24046 che richiama Cass., sez. II pen., 24 novembre 2016, n. 52025, che a sua volta si limitava a richiamare Cass. n. 10966/2012; sostanzialmente apodittica l’affermazione della natura oggettiva anche in Cass., sez. II pen., 5 dicembre 2013, n. 51424 e Cass., sez. II pen., 11 marzo 2016, n. 13707).

in capo al concorrente una contestazione a coefficiente soggettivo (pur sempre doloso ma) “attenuato” rispetto a quello richiesto in capo all’autore del reato²⁹.

²⁹ In quest’ultimo senso è orientata quella giurisprudenza che ritiene che le circostanze soggettive rientranti nel novero dell’art. 118 c.p. possano in un certo senso “comunicarsi” quando siano “fatte proprie” dai concorrenti che le conoscano e le condividano (sul punto, cfr. ad esempio, F. BASILE, *cit.*, p. 1866 ss.; nonché BALSAMO, sub *art. 118*, in Ronco – Romano, *Codice penale commentato*, IV ed., Utet, p. 789). In questo senso, cfr. anche Cass, sez. I pen., 2 febbraio 2018 (dep. 10 maggio 2018), n. 20756 che, in riferimento alla circostanza del nesso teleologico *ex art. 61, n. 2, c.p.*, pur riconoscendone la natura soggettiva in quanto “inerente ai motivi a delinquere”, ha ritenuto che “l’aggravante in questione in tanto può estendersi al concorrente in quanto i motivi a delinquere dell’autore della condotta rientrano nella rappresentazione e volizione – anche solo sotto il profilo del dolo eventuale – del concorrente medesimo”. Al di fuori dell’ambito delle circostanze, può invece rammentarsi quell’orientamento secondo cui il dolo del concorrente in una fattispecie a dolo specifico può essere generico, purché connotato dalla consapevolezza dell’altrui fine specifico: in questi termini, di recente, Cass., sez. III pen., 15 marzo 2019 (dep. 7 maggio 2019), n. 19213.