

# SP

SISTEMA  
PENALE

FASCICOLO

12/2019

**COMITATO EDITORIALE** Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresca-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 Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

**COMITATO SCIENTIFICO** Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, 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. Kostoris, 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 Vignoni, Stefano Zirulia

**REDAZIONE** Francesco Lazzeri (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, 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 alla sezione "Articoli" del 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 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 nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

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.

## ALLE SEZIONI UNITE LA QUESTIONE SULLA NATURA DELL'AGGRAVANTE DELL'AGEVOLAZIONE MAFIOSA

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

di Andrea Alberico

*Il contributo analizza l'ordinanza con cui la Sez. II della Corte di cassazione ha recentemente rimesso alle Sezioni unite la questione concernente la definizione della natura dell'aggravante della cd. agevolazione mafiosa, oggi collocata in seno all'art. 416bis.1 c.p. per effetto della 'riserva di codice' (ma in precedenza contenuta nell'art. 7 d.l. 152/91). Muovendo dall'analisi strutturale della circostanza, si affrontano le posizioni contrastanti emerse nella giurisprudenza di legittimità e ci si interroga sul più opportuno criterio di imputazione concorsuale dell'aggravante. Il lavoro si sofferma poi sulla possibilità di inquadrare il dolo specifico in cui si sostanzia l'aggravante tra i motivi a delinquere, ed a questo proposito presenta anche un confronto tra le disposizioni di cui agli artt. 118 e 59, comma 2 c.p.*

SOMMARIO: 1. Premessa: una questione solo apparentemente unitaria. – 2. La vicenda processuale. – 3. La ricostruzione degli orientamenti antagonisti. – 4. La natura proteiforme del conflitto da comporre. – 4.1. Un concomitante contrasto giurisprudenziale: diverso ma collegato. – 5. Il nodo del rapporto tra art. 118 c.p. ed art. 59 comma 2 c.p. – 6. Dolo specifico e motivi a delinquere. – 6.1. Dolo specifico e scopo dell'azione. – 7. Il concorso di persone nei reati con dolo specifico. – 7.1. Dolo specifico 'oggettivizzato' e imputazione colposa (concorsuale). – 8. Sintesi, in attesa dell'intervento compositivo delle Sezioni unite.

### 1. Premessa: una questione solo apparentemente unitaria.

L'aggravante oggi collocata, in seguito alla riforma della riserva di codice del 2018, in seno all'art. 416bis.1 c.p. – ma originariamente contenuta nell'art. 7 D.L. 152/91 (conv. in L. 203/91)<sup>1</sup> – nella sua variante della "agevolazione mafiosa" è stata

<sup>1</sup> In letteratura, E. RECCIA, [L'aggravante ex art. 7 d.l. n. 152 del 13 maggio 1991: una sintesi di "inafferrabilità del penalmente rilevante"](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, 2, p. 251 ss. In precedenza, L. DELLA RAGIONE, *L'aggravante della "ambientazione mafiosa" (art. 7 d.l. 13.5.1991, n. 152)*, in F. Palazzo, C. E. Paliero (a cura di), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, XII, *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misura di prevenzione ed armi* (a cura di V. Maiello), Torino, 2015, p. 69 ss.; A. ALBERICO, «Giudizi di fatto» e contiguità mafiosa nella recente giurisprudenza costituzionale, in *Cass. pen.*, 2014, p. 515 ss.; E. SQUILLACI, *La circostanza*

recentemente al centro di una diatriba giurisprudenziale, che ha condotto la Suprema Corte a rivedere la tesi – di gran lunga maggioritaria – che ne postulava la natura oggettiva, con conseguente sua estensione ai concorrenti nel reato<sup>2</sup>.

Con le ultime decisioni, la Corte regolatrice si è orientata in senso opposto, riconoscendo – anche sulla base degli *obiter dicta* di talune pronunce *ex professo* delle Sezioni unite – natura soggettiva all’aggravante e, quindi, negandone l’applicabilità ai correi.

Nel prendere atto del contrasto, l’ordinanza che si annota<sup>3</sup> invoca l’intervento compositivo dell’organo di vertice della funzione nomofilattica, in apparenza sull’assorbente questione della natura giuridica della circostanza.

In realtà, prospettando alle Sezioni unite un’alternativa secca tra le tesi in raffronto, l’ordinanza mostra di avere una ben chiara idea di quale sia la natura della circostanza, ma di dubitare, piuttosto, sulla praticabilità della sua estensione ai concorrenti per effetto del criterio di imputazione colposa scolpito dall’art. 59, comma 2 c.p.

Ed infatti (p. 8 dell’ordinanza, punto 2.5.2 in diritto) se da un lato la Sezione rimettente sembra aderire all’orientamento per il quale il dolo specifico conosce un processo di ‘oggettivizzazione’<sup>4</sup>, poiché proietta il fatto incriminato sul versante della sua idoneità offensiva, dall’altro si chiede «se il nesso funzionale tra reato contestato ed associazione» possa essere sorretto «da una “volizione attenuata”, cioè l’ignoranza colposa» ovvero sia «necessaria la “volizione specifica”, ovvero la piena consapevolezza della finalità agevolatrice».

La *quaestio iuris* che il Collegio chiede di risolvere, allora, attiene piuttosto allo statuto normativo relativo all’imputazione dell’aggravante, individuabile tra la *lex specialis* in tema di concorso criminioso di cui all’art. 118 c.p.<sup>5</sup> e la disciplina dell’art. 59

aggravante della c.d. agevolazione mafiosa nel prisma del principio costituzionale di offensività, in *Arch. pen.*, 2011, p. 591 ss.; L. TUMMINELLO, *La mafia come metodo e come fine: la circostanza aggravante di cui all’art. 7 del d.l. 152/1991, convertito nella l. 203/1991*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2008, p. 903 ss.; G. 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. 42 ss.

<sup>2</sup> Volendo, in argomento, A. ALBERICO, *L’aggravante dell’agevolazione mafiosa ed il problema della sua estensione concorsuale*, in *Leg. pen.*, 2017, p. 221 ss.

<sup>3</sup> Per un primo commento, S. FINOCCHIARO, [La natura dell’aggravante dell’agevolazione mafiosa e il problema dell’estensione ai concorrenti: la questione rimessa alle Sezioni unite](#), in *Sistema penale*, 2019, 11, p. 49 ss.

<sup>4</sup> Seppur con diversità di accenti, si vedano M. GALLO, voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 794; L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, Milano, 1993; M. GELARDI, *Il dolo specifico*, Padova, 1996; S. ARDIZZONE, *Condotte finalisticamente orientate e forme di colpevolezza*, in *Studi in onore di G. Musotto*, Palermo, 1979, p. 72 ss.; G. MUSOTTO, *Il problema del dolo specifico*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, II, Milano, 1965, p. 363 ss. In giurisprudenza, da ultimo, Cass., Sez. 6, sent. n. 28009 del 15/05/2014 Cc. (dep. 27/06/2014) Rv. 260077, con nota di A. ZACCHIA, *Gli elementi costitutivi dei delitti di cui agli artt. 270-sexies e 280 c.p. e la loro incompatibilità con il dolo eventuale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1096 ss. Per ulteriori approfondimenti, E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2004, p. 266, i quali hanno autorevolmente avanzato una classificazione bipartita dei reati a dolo specifico, a seconda che la finalità ulteriore richiesta dalla legge integri o meno un evento dannoso o pericoloso per il bene protetto. Una recente ricognizione delle diverse sensibilità emerse in dottrina è operata da S. RAFFAELE, *Essenza e confini del dolo*, Milano, 2018, p. 113 ss.

<sup>5</sup> M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, Milano, 2005, p. 257.

comma 2 c.p.<sup>6</sup>. La questione sollevata contempla – nella vicenda processuale da cui ha tratto origine – anche una rilevante *quaestio facti*, vale a dire il *quantum* di prova della finalità di agevolazione.

## 2. La vicenda processuale.

Come anticipato, la vicenda oggetto di giudizio si ripercuote in alcuni aspetti dell'impostazione del giudice *a quo*.

Nel caso di specie, infatti, il ricorrente – condannato per estorsione in entrambi i gradi di merito – si era visto inasprire il trattamento sanzionatorio *medio tramite* l'aggravante dell'agevolazione in primo grado dal Tribunale (che ne affermava la natura oggettiva) con sentenza che, benchè confermata nell'esito, la Corte di Appello "riformava" proprio in punto di natura dell'aggravante, che veniva qualificata soggettiva.

Traendo spunto dal disallineamento giuridico delle decisioni, che (nonostante il medesimo epilogo decisorio) non potevano dare luogo ad una 'doppia conforme', il ricorrente impugnava tanto la motivazione di appello, quanto l'applicazione della legge penale: «*la diversa valutazione in ordine alla natura della circostanza avrebbe imposto un approfondito scrutinio sull'elemento soggettivo*». Su questa base, contestava nel merito gli elementi probatori dai quali la Corte territoriale avrebbe desunto la finalità agevolatrice, assumendo che questi non fossero sufficienti a dimostrare «*la consapevolezza del fatto che i proventi dei reati contestati fossero destinati al clan dei casalesi*».

Nel ritenere rilevante la questione prospettata, il Collegio di legittimità segnala come la diversa valutazione offerta nei gradi di merito sulla natura della circostanza incida sugli argomenti spesi nella motivazione del provvedimento impugnato: questa, infatti, sarebbe sufficiente, logica e coerente solo patrocinando la lettura oggettiva dell'elemento accidentale, divenendo invece insufficiente e contraddittoria aderendo, come fatto dalla Corte territoriale, alla diversa soluzione ermeneutica di matrice soggettivista.

## 3. La ricostruzione degli orientamenti antagonisti.

L'ordinanza in commento appare molto puntuale nella ricognizione e nella 'sistemazione' dei *precedenti* offerti sul tema dalla giurisprudenza di legittimità.

La Seconda Sezione ricostruisce tre orientamenti antagonisti, due diametralmente opposti (quello della natura "oggettiva" e quello della natura "soggettiva") ed uno che definisce «intermedio».

---

<sup>6</sup> A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1433 ss.

Secondo il Collegio, la discrasia interpretativa nascerebbe dalla polivalenza della formula legislativa: la locuzione «al fine di» potrebbe sottendere tanto alla «funzionalità oggettiva della condotta criminosa», quanto «alla necessità che la condotta sia sorretta dal “dolo specifico”».

Conseguenza di tale alternativa sarebbe che la corrente che convalida la natura oggettiva ritiene l'aggravante estensibile ai correi, anche in forza della generale previsione dell'art. 59, comma 2 c.p., mentre l'indirizzo che sostiene la natura soggettiva pretende di riconoscere il dolo specifico in capo ad ogni singolo concorrente.

L'orientamento 'oggettivo' prende le mosse da una decisione nella quale la Suprema Corte ha statuito che «[l]a circostanza aggravante di cui all'art. 7 D.L. 13 maggio 1991, n. 152, convertito nella L. n. 203 del 1991, ha natura oggettiva, riguardando una modalità dell'azione rivolta ad agevolare un'associazione di tipo mafioso, e si trasmette a tutti i concorrenti nel reato, ivi compreso il soggetto affiliato all'organizzazione criminale, che risulti essere stato favorito dalla condotta agevolatrice»<sup>7</sup>.

L'affermazione non può andare esente da critiche. In primo luogo, nel corpo della sentenza non vengono fornite sufficienti spiegazioni sulle ragioni di una simile soluzione; secondariamente, è singolare che la Corte, dopo aver convalidato la natura oggettiva della circostanza, affermi che a siffatta modalità dell'azione corrisponda «sotto il profilo soggettivo il dolo specifico». Le circostanze, infatti, non conoscono una distinzione tra fattispecie oggettiva e soggettiva, essendo l'imputazione soggettiva rimessa alla regola speciale dettata dall'art. 59, comma 2 c.p. Non esiste, dunque, un 'profilo soggettivo' autonomo nell'imputazione delle stesse.

Non più lineare l'applicazione che questa impostazione ha conosciuto in arresti successivi, ove la Corte ha affermato che «è sufficiente che l'aspetto volitivo – espresso nella norma con il riferimento al “fine di agevolare” l'associazione mafiosa – sussista in capo ad alcuni, o anche ad uno soltanto, dei predetti concorrenti nel medesimo reato»<sup>8</sup>.

In particolare, non si comprende in che modo una circostanza oggettiva possa fondarsi su un 'aspetto volitivo', né la Corte contribuisce a chiarire il punto.

L'indirizzo 'soggettivo', invece, benché desumibile anche dalla giurisprudenza delle Sezioni unite – secondo cui «[l]'aggravante si articola dunque in due differenti forme, pur logicamente connesse: l'una a carattere oggettivo, costituita dall'impiego del metodo mafioso nella commissione di singoli reati, 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»<sup>9</sup> – esordisce nel 2017 con una decisione che inquadra l'aggravante tra i motivi a delinquere: «La circostanza aggravante prevista dall'art.7 del D.L. 13 maggio 1991, n. 152, convertito nella legge 12 luglio 1991, n. 203, sotto il profilo dell'agevolazione dell'attività di un'associazione di tipo mafioso, in quanto incentrata su una particolare motivazione a delinquere e sulla specifica direzione finalistica del dolo e della condotta a favorire il sodalizio, ha natura soggettiva, con la conseguenza che ad

<sup>7</sup> Cass., Sez. 6, sent. n. 19802 del 22/01/2009 Cc. (dep. 09/05/2009) Rv. 244261.

<sup>8</sup> Cass., Sez. 5, sent. n. 10966 del 08/11/2012 Cc. (dep. 08/03/2013) Rv. 255206.

<sup>9</sup> Cass., Sez. un., sent. n. 10 del 28/03/2001, Cinalli, conforme sul punto alla successiva Cass., Sez. un., n. 337 del 18/12/2008, Antonucci.

essa, nel caso di concorso di persone nel reato, è applicabile la disciplina dell'art. 118 cod. pen., che circoscrive la valutazione delle aggravanti concernenti i motivi a delinquere e l'intensità del dolo al solo partecipe cui esse si riferiscono»<sup>10</sup>.

Opportunamente l'ordinanza in commento sottolinea come anche all'interno dell'indirizzo soggettivo si rinvenivano decisioni che esigono elementi oggettivi dai quali emerga l'idoneità della condotta a raggiungere lo scopo perseguito, ma tale precisazione non altera i termini della questione da risolvere.

Viene infine citato un orientamento definito 'intermedio', che in realtà origina dalla particolare fattispecie base sulla quale si dovrebbe innestare l'aggravante. Si trattava, infatti, di sindacare l'applicabilità della circostanza al delitto associativo in materia di stupefacenti. In tale contesto, la Corte – in ogni caso qualificando l'aggravante come oggettiva – conclude che «La circostanza aggravante dell'agevolazione dell'attività di un'associazione di tipo mafioso, prevista dall'art.7 d.l. 13 maggio 1991, n.152, convertito nella legge 12 luglio 1991, n. 203, è applicabile anche al reato associativo (nella specie, finalizzato al traffico di sostanze stupefacenti) e, in tal caso, la stessa ha natura oggettiva in quanto, più che denotare una specifica attitudine delittuosa del singolo concorrente nel reato plurisoggettivo necessario, è direttamente connessa alla struttura organizzativa dell'associazione»<sup>11</sup>. Secondo questa decisione, l'aggravante assumerebbe sembianze oggettive perché andrebbe a definire una caratteristica strutturale del sodalizio dedito al traffico di stupefacenti, che si connoterebbe – a mo' di ente servente – per essere una consorteria costituita proprio in ragione dello scopo di agevolare un'associazione di stampo mafioso.

#### 4. La natura proteiforme del conflitto da comporre.

Dopo aver indicato le alternative ermeneutiche in campo, l'ordinanza di remissione sembra puntualizzare con maggior chiarezza i termini della questione da risolvere.

A tutta prima, infatti, potrebbe sembrare che il Collegio si stia effettivamente interrogando solo sulla natura della circostanza. In realtà, come già segnalato, la sezione *a quo* propende in maniera alquanto manifesta per la natura soggettiva dell'aggravante, e in questa ottica censura l'ipotesi che, qualificata invece come oggettiva, questa possa imputarsi ai correi 'sprovvisi' del dolo specifico, anche in forza della regola ordinaria di cui all'art. 59, comma 2 c.p.

In altre parole, il vero nodo che l'ordinanza chiede di sciogliere riguarda la possibilità che l'aggravante – tanto nel caso in cui sia inquadrata tra i motivi a delinquere, quanto se ricondotta tra le modalità dell'azione – sia imputabile ai concorrenti a titolo di colpa.

---

<sup>10</sup> Sez. 6, sent. n. 29816 del 29/03/2017 Ud. (dep. 15/06/2017) Rv. 270602. Così anche, in dottrina, L. DELLA RAGIONE, *L'aggravante*, cit., p. 77. Riconduce espressamente l'agevolazione ai motivi a delinquere, S. FINOCCHIARO, *La natura dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa*, cit., p. 56.

<sup>11</sup> Cass., Sez. 6, sent. n. 53646 del 04/10/2017 Ud. (dep. 28/11/2017) Rv. 271685.

La questione, dunque, rimanda ai rapporti tra la disciplina ordinaria di imputazione delle circostanze e quella speciale, dettata dall'art. 118 c.p. per la fattispecie plurisoggettiva eventuale.

Prima però di raggiungere il suo cuore pulsante, l'ordinanza compie un percorso argomentativo molto denso e non sempre di immediata percezione.

Come avvertito, il dubbio del Collegio rimettente coinvolge anche la consistenza della prova del dolo in capo a ciascuno dei concorrenti.

La Corte lascia affiorare il problema almeno a partire dal punto 2.4 (p. 6), ove afferma che *«se si ritiene che la circostanza sia oggettiva la stessa può essere ritenuta sussistente anche sulla base di un profilo soggettivo colposo, come richiesto in via generale dall'art. 59, comma 2 cod. pen. per tutti gli eventi circostanziali, mentre se si ritiene che la stessa punisca in modo aggravato le condotte sorrette da dolo specifico, diventa indispensabile lo scrutinio della volontà del singolo partecipe all'azione criminosa»*.

Questo passo, che appunto potrebbe sembrare funzionale alla tradizionale dicotomia relativa alla natura oggettiva o soggettiva dell'aggravante, costituisce in realtà il preludio all'ulteriore interrogativo della possibilità di imputazione della circostanza ai concorrenti nel reato che abbiano agito con differente coefficiente psichico.

Nel successivo punto 2.5.1 (p. 7), il Collegio si esprime in forma più sintetica, ma maggiormente esplicita: *“si rileva come il contrasto abbia un perimetro più circoscritto alla controversa necessità della prova del dolo in capo ad ogni concorrente, essendo invece incontrastato che occorra l'emersione della “oggettiva funzionalità agevolatrice” della condotta criminosa”*.

A nostro avviso è in questo passaggio che si annida la *vis* concettuale che caratterizza la questione rimessa alle Sezioni unite.

Posto infatti che, correttamente, il Collegio ritiene imprescindibile l'*oggettiva funzionalità agevolatrice* della condotta criminosa, il provvedimento si interroga sulla possibilità e sulle eventuali modalità di addebito (e sulla relativa dimostrazione) di tale *funzionalità* in capo ai correi non provvisti del dolo specifico.

La Sezione rimettente prende così esplicita posizione sia sulla natura dell'aggravante – che resta intrinsecamente soggettiva – sia sulla funzione dommatica del dolo specifico, che richiede di accertare in concreto che la condotta sarebbe stata idonea a conseguire la finalità che l'agente aveva preso di mira.

L'*oggettiva funzionalità dell'azione*, dunque, lungi dall'afferrire alle *modalità* della stessa, attiene piuttosto all'esistenza di elementi capaci di asseverare l'effettiva preordinazione del fatto al raggiungimento di un obiettivo che, in quanto estraneo alla tipicità oggettiva, non deve necessariamente realizzarsi<sup>12</sup>.

Confidando che questa impostazione sia corretta, e senza mai nemmeno paventare la soluzione dell'estensione automatica della circostanza a tutti coloro che sono concorsi nel delitto, la Seconda Sezione si chiede allora se tale dolo specifico vada dimostrato in capo a ciascun correo.

---

<sup>12</sup> Cfr. *supra*, nota 3.



4.1. *Un concomitante contrasto giurisprudenziale: diverso ma collegato.*

La complessità del tema riguardante la natura giuridica della circostanza e il relativo regime probatorio emerge anche in ulteriori questioni applicative, non prese in considerazione nell'ordinanza in commento, ma meritevoli di essere qui segnalate per le implicazioni che possono determinare sul tema che ci occupa.

Intendiamo riferirci al contrasto giurisprudenziale concernente la necessaria esistenza dell'associazione mafiosa la cui attività si vorrebbe agevolare.

Mentre alcune decisioni – forse allineandosi troppo repentinamente all'indirizzo correttamente maturato in relazione all'altra componente della disposizione di cui all'art. 416bis.1 c.p., quella cioè del cd. metodo mafioso – non reputano imprescindibile che esista un sodalizio mafioso da agevolare<sup>13</sup>, altre pronunce, con maggiore consapevolezza ermeneutica, impongono la prova dell'esistenza *effettiva* della consorterìa<sup>14</sup>. Tale ultimo filone giurisprudenziale, più analiticamente, ritiene impossibile che si agisca al fine di agevolare *l'attività* di un ente criminale che – non esistendo – non può evidentemente compiere alcuna attività da agevolare.

L'indirizzo che ammette l'aggravante *agevolatoria* anche rispetto ad associazioni non ancora esistenti merita di essere approfondito, fondandosi su una situazione di fatto ben precisa e per certi aspetti singolare. Secondo la Cassazione, infatti, affinché l'aggravante ricorra è necessario pur sempre che «lo scopo sia quello di contribuire all'attività di un'associazione operante in un contesto di matrice mafiosa, in una logica di contrapposizione tra gruppi ispirati da finalità di controllo del territorio con le modalità tipiche previste dall'art. 416-bis cod. pen.». In altre parole, secondo la Corte regolatrice il reo deve commettere reati al fine di rendere autonomo, o egemone, un gruppo associativo di stampo mafioso rispetto ad un altro<sup>15</sup>.

Orbene, a prescindere dalla condivisione dell'uno o dell'altro dei richiamati indirizzi, in questa sede è utile fare riferimento alle relative premesse concettuali.

Le decisioni che negano la finalità di agevolazione qualora non esista il gruppo mafioso da agevolare osservano che, mentre l'impiego di metodo mafioso qualifica certamente le modalità dell'azione, e come tale può pacificamente accompagnare la condotta criminosa di chi evoca il *metus* proveniente da un clan che in realtà non esiste, la finalità di agevolazione dell'attività, arricchendo il dolo del reato, postula la consapevolezza – in capo all'agente – dell'esistenza e della fattiva operatività dell'associazione mafiosa, pena l'incremento sanzionatorio per una circostanza putativa o impossibile.

---

<sup>13</sup> Da ultimo, Cass., Sez. 2, sent. n. 27548 del 17/05/2019 Ud. (dep. 20/06/2019) Rv. 276109.

<sup>14</sup> In questi termini, Cass., Sez. 6, sent. n. 1738 del 14/11/2018 Cc. (dep. 15/01/2019) Rv. 274842.

<sup>15</sup> Anche se non è questa la sede per approfondire le implicazioni di questo orientamento, esso potrebbe comunque presentare dei profili di attrito con la struttura della fattispecie: i fatti di cui si discute, invero, appaiono finalizzati alla costituzione di un'associazione a delinquere di stampo mafioso piuttosto che all'agevolazione della relativa attività.

Gli arresti che non escludono la compatibilità tra l'aggravante in esame e i delitti volti ad affermare le ragioni di un sodalizio criminoso non ancora esistente muovono pur sempre dalla considerazione dell'aggravante come forma di arricchimento del dolo e, senza mai affermarne la matrice oggettiva, ritengono sussistente la finalità *tipizzata* pur quando la condotta risulti orientata allo scopo di fondare (o far emergere) un'associazione mafiosa e non già ad agevolarne l'attività *istituzionale*.

In definitiva, per quanto qui interessa, l'orientamento di legittimità secondo cui anche l'*agevolazione* può cadere su un'associazione non ancora esistente non convalida le ragioni della natura oggettiva della circostanza, ma semmai – indirettamente – ne conferma la intrinseca connotazione psicologica.

## 5. Il nodo del rapporto tra art. 118 c.p. ed art. 59 comma 2 c.p.

Così delineato l'effettivo contenuto del quesito su cui dovrà intervenire la Corte nella massima composizione, è opportuno inquadrare i termini del rapporto tra la disposizione 'concorsuale' scolpita dall'art. 118 c.p. e la regola generale che fissa il regime di imputazione delle circostanze.

Come è noto, l'art. 118 c.p. è stato riformulato – unitamente all'art. 59 comma 2 c.p. – dalla L. 19/1990: il legislatore, abbandonando il precedente regime che fondava la comunicabilità ai concorrenti sulla natura delle circostanze, si è orientato nel senso della catalogazione (seppur non particolarmente tassativizzante) delle circostanze non comunicabili.

Pertanto, coordinando il dettato della speciale disciplina concorsuale con quanto prevede in via generale l'art. 59 c.p., segue che per le aggravanti diverse da quelle indicate dall'art. 118 c.p. varrà sempre ed in ogni caso la regola di imputazione soggettiva della conoscenza/conoscibilità<sup>16</sup>.

La giurisprudenza ha inoltre precisato le condizioni di operatività della regola della non comunicabilità – proprio con specifico riferimento alle circostanze che attengono ai motivi a delinquere – ammettendo che le aggravanti possano applicarsi ai concorrenti che *abbiano maturato e fatto propria la particolare intensità del dolo che abbia assistito l'azione posta in essere dall'autore materiale del delitto*<sup>17</sup>.

Ciò premesso, il recupero applicativo della disciplina generale implica comunque di tener conto delle specificità delle singole circostanze: da sempre problematica, infatti, è la sorte delle aggravanti che si fondano sulla concorrenza di elementi oggettivi e soggettivi<sup>18</sup>, presupponendo un coefficiente di necessaria volontarietà.

<sup>16</sup> A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina*, cit., p. 1481.

<sup>17</sup> Il testo in corsivo è una combinazione di passaggi testuali della massima di Cass., Sez. 1, sent. n. 6775 del 28/01/2005 Ud. (dep. 22/02/2005) Rv. 230147.

<sup>18</sup> A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina*, cit., p. 1456 ss., secondo il quale «il dato intrinseco specificato (o direttamente presupposto) dalla singola disposizione normativa dovrebbe avere prevalenza rispetto all'indicazione della regola ordinaria».

In assenza di una disciplina dedicata, la dottrina propone di coniugare il regime della comunicabilità con le regole generali di valutazione delle circostanze, comprendendo tutti i limiti e le deroghe che queste conoscono nella concreta applicazione: «per quanto generale possa apparire la portata dell'art. 59, comma 2<sup>o</sup>, l'indifferenza di conoscenza e conoscibilità dell'aggravante non può in realtà ritenersi valida sempre: a volte, infatti, (...) si presenterà insufficiente la colpa, come quando la circostanza sia composta da (o anche da) una finalità soggettiva dell'agente»<sup>19</sup>; per queste ipotesi circostanziali si ritiene piuttosto preferibile adottare un regime di imputazione fondato sulla piena consapevolezza<sup>20</sup>.

Del resto, non si è mancato di sottolineare come la stessa regola dell'ignoranza colposa potrebbe rivelarsi ontologicamente incompatibile con la struttura di talune circostanze, rendendosi così preferibile «una verifica sulla compatibilità di ogni specifica fattispecie considerata con i presupposti intrinseci della responsabilità per colpa»<sup>21</sup>.

Le considerazioni appena svolte impongono al giudice un preciso rigore metodologico nella selezione della disciplina di riferimento, dipendendo questa pur sempre dalla previa verifica della natura dell'aggravante di cui si tratta.

Muovendosi all'interno di una fattispecie plurisoggettiva eventuale, allora, compito dell'interprete sarà prima quello di verificare se la circostanza alberghi tra quelle escluse dalla possibilità di comunicazione ai correi dall'art. 118 c.p. (da ritenersi a tutti gli effetti norma speciale), e solo successivamente ricorrere, in via residuale, alla disciplina generale di cui all'art. 59, comma 2 c.p., eventualmente specificando le ragioni che depongono contro l'impiego del canone di imputazione della mera conoscibilità/ignoranza colposa.

Simile percorso argomentativo appare molto indicato alla fattispecie in esame. Ove infatti si ritenesse la stessa 'soggettiva' perché espressione di una particolare motivazione a delinquere, il ricorso al regime speciale di cui all'art. 118 c.p. escluderebbe ogni profilo di trasmissione ai correi; di contro, ove si preferisse valorizzare la sua peculiare morfologia soggettiva, e però concludere che essa – quale forma oggettivizzata di dolo specifico – incida sulle modalità dell'azione, si dovrebbe scrutinare in modo analitico la eventuale compatibilità con i canoni di imputazione psichica diversi dalla piena conoscenza.

## 6. Dolo specifico e motivi a delinquere.

Il primo quesito teorico da affrontare attiene alla stessa riconducibilità del dolo specifico (in cui si sostanzierebbe l'aggravante della agevolazione mafiosa) tra i motivi a delinquere.

---

<sup>19</sup> M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, p. 650.

<sup>20</sup> G. MANCA, *Le circostanze del reato*, in M. Ronco (a cura di), *Commentario sistematico al codice penale, Il reato*, II, Bologna, 2011, p. 44. In senso analogo, A. VALLINI, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. pen., Agg.*, Torino, 2000, p. 38.

<sup>21</sup> A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina*, cit., p. 1459.

Come accennato, la giurisprudenza non sembra nutrire particolari dubbi sul punto. Vengono così tradizionalmente ricondotte ai motivi a delinquere l'aggravante del nesso teleologico e quella del fine di libidine. Di recente, medesima conclusione è stata sostenuta in tema di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina: «la circostanza aggravante del fine di profitto prevista dall'art. 12, comma 3-ter, d.lgs 25 luglio 1998, n. 286, ha natura soggettiva, essendo incentrata su una particolare motivazione a delinquere e sulla specifica direzione finalistica del dolo e della condotta, con la conseguenza che, nel caso di concorso di persone nel reato, non è applicabile ai concorrenti che, pur consapevoli del profitto altrui, non abbiano agito in base a tale finalità»<sup>22</sup>.

Molto diverso l'approccio della dottrina, secondo la quale i motivi a delinquere concorrono a definire la quantità di colpevolezza del reo<sup>23</sup>, ma non rientrano nel fuoco del dolo. I motivi, in altre parole, potrebbero far luce sulle cause che hanno determinato l'azione antagonista rispetto ai valori dell'ordinamento, ma senza capacità di incidere sulla struttura della fattispecie incriminatrice. Al contrario, il dolo specifico cristallizzerebbe tra gli elementi soggettivi del tipo criminoso uno scopo, ulteriore rispetto all'evento di fattispecie, che non deve necessariamente realizzarsi.

Il fondamento di questa impostazione è ormai risalente. I primi studi che si sono occupati di segnare una distinzione tra 'scopo' e 'movente' hanno fatto leva sulla differente ontologia di tali categorie, rilevando che «lo scopo appare consistere nella rappresentazione di un risultato, di una meta, intermedia o finale, della condotta, ed avere quindi carattere conoscitivo; il movente se ne palesa la causa psichica profonda ed originaria, ed aver natura di fatto psichico affettivo»<sup>24</sup>. Il motivo, dunque, costituirebbe un «fenomeno psichico avente efficienza causale sulla formazione della volontà»; lo scopo, invece, identifica il fine che la volontà si propone di raggiungere<sup>25</sup>. In ragione della sua essenza conoscitiva, lo scopo esprime la rappresentazione «di un fatto al conseguimento del quale la volontà dell'agente si dirige»<sup>26</sup>. Tra i vari significati che lo scopo può assumere in ambito giuridico vi è anche il dolo specifico, che potrebbe operare sia come elemento costitutivo della fattispecie che come circostanza<sup>27</sup>. Le circostanze nelle quali si valorizza lo scopo dell'azione sarebbero dunque soggettive, ma non afferenti ai motivi a delinquere (e nemmeno all'intensità del dolo) atteso che lo scopo non si identifica con il dolo essendone semmai elemento costitutivo.

<sup>22</sup> Cass., Sez. 1, sent. n. 35510 del 30/05/2019 Ud. (dep. 02/08/2019) Rv. 276613.

<sup>23</sup> Fondamentali in argomento le riflessioni di P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Tornio, 2000.

<sup>24</sup> Così A. MALINVERNI, *Scopo e movente nel diritto penale*, Vercelli, 1945, p. 66. L'A. rafforza l'argomentazione attingendo anche al lessico teologico ed alla distinzione tra "finis operis" e "finis operantis": lo scopo sarebbe il fine dell'azione, il movente quello dell'agente. Cfr. anche ID. voce *Motivi*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 287 ss.

<sup>25</sup> E. CONTIERI, *Sullo scopo dell'autore del reato*, Napoli, 1947, p. 7, il quale segnala come la distinzione fosse già accolta da ART. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, in *Opere giuridiche*, 1932, I, p. 266 ss. Ulteriori riflessioni in C. PEDRAZZI, *Il fine dell'azione delittuosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1950, p. 259 ss.

<sup>26</sup> A. MALINVERNI, *Scopo e movente*, cit., p. 81.

<sup>27</sup> A. DE MARSICO, *Diritto penale. Parte generale*, Napoli, 1937, p. 169.

Ora, che si vogliano condividere o meno le conclusioni cui perviene la dottrina, appare indiscutibile che collocare *la finalità di agevolazione mafiosa* tra i motivi a delinquere vorrebbe dire limitare il perimetro applicativo della circostanza alle sole ipotesi in cui tale obiettivo abbia costituito *causa originaria della formazione della volontà delittuosa*. A queste condizioni, il ricorso alla disciplina speciale dell'art. 118 c.p. sarebbe poi doveroso, richiedendosi l'accertamento di tale causale in capo a ciascun correo.

### 6.1. Dolo specifico e scopo dell'azione.

La definizione del dolo specifico come 'scopo ulteriore' dell'azione non si presenta priva di conseguenze problematiche. Assumendo, infatti, che lo *scopo* non debba necessariamente verificarsi si verrebbe a creare «un singolare «scarto» tra l'evento tipico, necessario per l'esistenza del reato, e l'evento «ulteriore» avuto (soltanto) di mira dal soggetto agente e, in ipotesi, (addirittura) non realizzato»<sup>28</sup>, con sinistre proiezioni sui principi di materialità-offensività specie quando in tale proiezione finalistica della condotta si compia la distinzione tra lecito e illecito.

Per evitare dunque che il dolo specifico sia tacciato d'essere una scoria del diritto penale dell'atteggiamento interiore, la dottrina ne ha progressivamente proposto una rielaborazione arricchita di connotazioni oggettive.

Secondo alcuni Autori, l'indicazione del fine ulteriore dell'azione dovrebbe necessariamente accompagnarsi ad un giudizio di idoneità rispetto al suo raggiungimento. Il reato a dolo specifico, dunque, rispetto all'evento ulteriore assumerebbe le vesti di un reato di pericolo concreto con dolo di danno<sup>29</sup>.

Secondo questa lettura, la finalità ulteriore, pur se perseguita convintamente dal soggetto agente, deve potersi riscontrare, sul piano oggettivo, attraverso l'ordinario criterio della prognosi postuma governata da massime di esperienza.

Lungo questa medesima direttrice ermeneutica si è autorevolmente avanzata una bipartizione dei reati a dolo specifico, a seconda che la finalità ulteriore richiesta dalla legge integri o meno un evento dannoso o pericoloso per il bene protetto<sup>30</sup>. Aderendo a tale ricostruzione, emerge correttamente come, nei reati ove l'evento perseguito possa generare un'offesa – seppur nelle forme del solo pericolo – a beni giuridici protetti dall'ordinamento, sarà necessario accertare *anche* un coefficiente di idoneità degli atti compiuti al raggiungimento di tale scopo.

Come rilevato anche in precedenza, tale proiezione oggettiva del dolo specifico non minerebbe alla sua ontologia soggettiva, impedendo certamente – in ambito circostanziale – di confinarlo tra le modalità dell'azione.

---

<sup>28</sup> N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, 1983, p. 220.

<sup>29</sup> In questo senso, V. MAIELLO, *Il delitto di trasferimento fraudolento di valori tra silenzi della dottrina e disorientamenti della giurisprudenza*, in *Ind. pen.*, 2008, p. 283.

<sup>30</sup> E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Manuale*, cit., p. 266.

## 7. Il concorso di persone nei reati con dolo specifico.

Ulteriore contributo alla disamina del tema proposto proviene dalla teoria generale del concorso di persone nel reato.

Ricostruita l'aggravante *agevolatoria* come forma di dolo specifico, la conseguente fattispecie plurisoggettiva eventuale aggravata presenterebbe i medesimi problemi di imputazione soggettiva che si incontrano nei casi di concorso di persone in delitto a dolo specifico.

Sul punto, la dottrina è sostanzialmente concorde nel ritenere che – nell'ambito della fattispecie plurisoggettiva eventuale –, qualora la particolare proiezione del dolo sia ravvisabile in uno dei concorrenti, gli altri possano rispondere del medesimo reato a titolo di dolo generico<sup>31</sup> a condizione che siano consapevoli della sussistenza del dolo specifico in capo all'altro: «il partecipe atipico, anche se privo della particolare proiezione intenzionale animante l'esecutore, dovrà tuttavia esserne consapevole»<sup>32</sup>. Si rileva, al riguardo, che l'opzione per il *modello unitario* operata dal codice rende sufficiente che il dolo specifico si ravvisi in capo ad uno solo dei concorrenti tipici e che, come detto, l'oggetto del dolo generico includerebbe comunque la consapevolezza della proiezione finalistica posta alla base della condotta di costui<sup>33</sup>.

Molto interessante, nel panorama delle posizioni, quella autorevolmente espressa da Cesare Pedrazzi, il quale rileva che *l'intenzione di procedere ad attività ulteriore* costituirebbe *elemento soggettivo non riconducibile alla colpevolezza*, e come tale *parte integrante del fatto*, comunicabile ai concorrenti che pur non possedendola la conoscano<sup>34</sup>.

Eccezione a questo regime, pur comunemente riconosciuta dalla dottrina, ricorre nel caso in cui la sussistenza del dolo specifico determini la modifica del titolo di reato (ovvero, per usare le parole di Marcello Gallo, nel caso in cui il dolo specifico funga da «elemento differenziatore di uno da un altro reato»<sup>35</sup>).

In questa ipotesi si ritiene che debba trovare applicazione l'art. 117 c.p. ogni qual volta nel partecipe difetti la condivisione dello scopo 'differenziale'.

In definitiva, il concorso in un reato a dolo specifico è ben possibile anche da parte di chi non condivide – e faccia proprio – lo scopo ulteriore perseguito da altri correi, a condizione che tale scopo sia noto al concorrente che ne è privo al tempo della condotta di partecipazione.

Del resto, la responsabilità a titolo di dolo generico per il concorrente in delitto a dolo specifico è stata espressamente affermata proprio nel contesto dei reati associativi

<sup>31</sup> Tra i numerosi contributi, si vedano R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956, p. 102 ss.; M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, p. 99; G. INSOLERA, voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1988, p. 476. Per una dettagliata analisi delle situazioni prospettabili, L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., p. 611 ss.

<sup>32</sup> G. INSOLERA, voce *Concorso di persone*, loc. ult. cit.

<sup>33</sup> Così G. INSOLERA, *op. loc. ult. cit.* Sul ruolo del dolo nell'unificazione delle plurime e diverse azioni concorsuali, D. SANTAMARIA, *Interpretazione e dottrina nella dottrina del dolo*, ora in *Raccolta degli scritti* (a cura di M. LA MONICA), Torino, 1996, p. 123.

<sup>34</sup> C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, p. 17 ss.

<sup>35</sup> M. GALLO, voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 797.

di stampo mafioso ove, fin dalla sentenza “Demitry”, la Suprema Corte ha statuito che il concorrente esterno in associazione mafiosa debba essere privo dell’*affectio societatis*, e sorretto dalla mera coscienza e volontà di fornire un contributo al sodalizio, nella consapevolezza di determinarne il rafforzamento o la conservazione<sup>36</sup>.

Ora, senza certamente voler equiparare il reato aggravato ad una forma di ‘mutamento del titolo’, è indiscutibile che la sussistenza dell’aggravante determini un arricchimento della qualificazione giuridica della condotta, ed una significativa alterazione del trattamento sanzionatorio, unito – come nel caso dell’aggravante in esame – ad uno scompensamento delle condizioni di esecuzione della pena<sup>37</sup>: tutte conseguenze che impongono, alla stregua di quanto si richiede concordemente in dottrina per il concorso nei reati in dolo specifico (ed anche in quelle di concorso nei propri esclusivi<sup>38</sup>), di pretendere la piena consapevolezza – e non la mera ignoranza colposa – della finalità di agevolazione perseguita da altro concorrente.

#### 7.1. Dolo specifico ‘oggettivizzato’ e imputazione colposa (concorsuale).

L’ultimo profilo che rimane da esplorare a margine della questione in esame è l’eventuale compatibilità tra dolo specifico (anche ‘oggettivizzato’) e le forme di imputazione colposa alternative alla piena conoscenza prescelte dall’art. 59 comma 2 c.p.

Ove si condividesse di escludere l’aggravante in esame dal recinto dei motivi a delinquere – e dunque dell’art. 118 c.p. – ciò non comporterebbe l’automatica e totale riespansione della regola generale di imputazione delle aggravanti.

L’ordinanza in commento affronta il problema da un punto di vista tutto “concorsuale”, invero negando la possibilità di una forma di plurisoggettività eventuale non unitaria dal punto di vista dell’elemento psicologico (p. 7): «*la mutazione del criterio di imputazione soggettiva in capo ai concorrenti nel medesimo reato non sembra trovare alcuna legittimazione normativa*».

Un simile approccio, benché astrattamente condivisibile, potrebbe però rivelarsi tendenzialmente apodittico, non confrontandosi né con la posizione espressa da dottrina e giurisprudenza in tema di concorso colposo nel delitto doloso né, soprattutto, con le puntuali osservazioni critiche della dottrina sui confini applicativi dell’art. 59, comma 2 c.p. Riteniamo opportuno, per completezza, coinvolgere anche questi temi nel ragionamento.

---

<sup>36</sup> Parla al riguardo di dolo ‘frammentato’ G.P. DEMURO, *Il dolo*, II, *Accertamento*, Milano, 2010, p. 415 ss.

<sup>37</sup> Anche i reati aggravati dalla circostanza in esame rientrano tra quelli cd. ostativi di cui all’art. 4bis l. ord. pen. In argomento si veda V. MAFFEO, *I benefici penitenziari e la politica del cd. doppio binario*, in F. PALAZZO, C. E. PALIERO (a cura di), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, XII, *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata*, cit., p. 241 ss.

<sup>38</sup> Sui rapporti tra mutamento del titolo e dolo del concorso, M. GALLO, *Lineamenti*, cit., p. 64 ss. In generale, si veda T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso di persone nel reato*, Milano, 1973. Per una accurata disamina delle ulteriori posizioni dottrinali circa il grado di consapevolezza della qualifica da parte del concorrente estraneo, anche ricorrendo all’art. 59 comma 2 c.p., v. M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004, p. 57 ss.

La dottrina maggioritaria esclude la configurabilità del concorso colposo nel delitto doloso<sup>39</sup>. L'argomento principale risiede nella struttura dell'art. 113 c.p., che, affermando esplicitamente la sola ipotesi della cooperazione nel delitto colposo, implicitamente escluderebbe la cooperazione colposa nel delitto doloso, anche in ragione della regola generale della previsione espressa di ipotesi di responsabilità colposa di cui all'art. 42, co. 2, c.p. A ciò si aggiunge che l'ambito del dovere di diligenza va comunque limitato alla sfera di responsabilità personale del soggetto, che è tenuto a scongiurare i pericoli derivanti dalla propria condotta, ma non anche ad impedire che altri possa sfruttare la propria negligenza per commettere reati<sup>40</sup>. In altre parole, il concorso colposo nel delitto doloso andrebbe senz'altro escluso in tutte le ipotesi in cui la regola cautelare violata non fosse «formulata anche o esclusivamente allo scopo di prevenire un fatto doloso di terzi»<sup>41</sup>.

Infine, ulteriore argomento speso per escludere la praticabilità della partecipazione colposa nel delitto doloso proviene dalla inconciliabilità di questa ipotesi con il requisito psicologico indefettibile della partecipazione, generalmente individuato nella consapevolezza di cooperare con altri alla realizzazione del reato<sup>42</sup>.

Dal canto suo la giurisprudenza ha presentato diversi orientamenti, invero solo apparentemente in contrasto. Un indirizzo consolidatosi alla fine degli anni '90 e seguito fino a pochi anni fa affermava che «il concorso colposo è configurabile anche rispetto al delitto doloso, sia nel caso in cui la condotta colposa concorra con quella dolosa alla causazione dell'evento secondo lo schema del concorso di cause indipendenti, sia in quello della cooperazione colposa purché, in entrambi i casi, il reato del partecipe sia previsto dalla legge anche nella forma colposa e nella sua condotta siano presenti gli elementi della colpa, in particolare la finalizzazione della regola cautelare violata alla prevenzione del rischio dell'atto doloso del terzo e la prevedibilità per l'agente dell'atto del terzo»<sup>43</sup>.

Più di recente, invece, la Corte è ritornata ad affermare la posizione negativa più risalente, osservando che «Non è configurabile il concorso colposo nel delitto doloso in assenza di una espressa previsione normativa non ravvisabile nell'art. 113 cod. pen. che contempla esclusivamente la cooperazione colposa nel delitto colposo; ne consegue che nei delitti la condotta colposa che accede al fatto principale doloso, è punibile solo in via autonoma, a condizione che integri una fattispecie colposa espressamente prevista dall'ordinamento»<sup>44</sup>.

<sup>39</sup> Seppur con alcune distinzioni, la manualistica è orientata in questo senso. Per approfondimenti, G. INSOLERA, voce *Concorso*, cit., il quale segnala come il ripudio di una simile modalità partecipativa è condiviso tanto da chi sposi il principio dell'unitarietà del concorso di persone, quanto da chi lo respinge (cfr. § 10, lett. f2, nn. 299 e 300). In argomento si veda del pari F. ANGIONI, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in *Arch. pen.*, 1983, p. 93ss., oggi anche in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, I, Milano 1984, p. 45 ss.

<sup>40</sup> Così C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2016, p. 584.

<sup>41</sup> F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984, p. 212.

<sup>42</sup> *Op. ult. cit.*, p. 210.

<sup>43</sup> Da ultimo, Cass., Sez. 4, sent. n. 22042 del 27/04/2015 Ud. (dep. 26/05/2015) Rv. 263499.

<sup>44</sup> Così Cass., Sez. 5, sent. n. 57006 del 05/10/2018 Ud. (dep. 18/12/2018) Rv. 274626. In senso conforme, Cass., Sez. 4, sent. n. 7032 del 19/07/2018 Ud. (dep. 14/02/2019) Rv. 276624, in *Giur. it.*, 2019, p. 1919 ss. con nota di C. CUPELLI, *Il concorso colposo nel delitto doloso e la svolta "garantista" della Cassazione*; in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1430 ss. con nota di S. DE FLAMMINEIS, *Il contributo colposo ad un reato doloso tra modello concorsuale e imputazione*



Affermata così l'impossibilità strutturale di un concorso colposo nel delitto doloso, resta da comprendere se questa soluzione possa avere ripercussioni anche in relazione all'imputazione delle circostanze aggravanti.

In via preliminare, come già segnalato in precedenza, va ribadita e condivisa la riflessione di quella ampia parte della dottrina secondo cui «per quanto generale possa apparire la portata dell'art. 59, comma 2<sup>o</sup>, l'indifferenza di conoscenza e conoscibilità dell'aggravante non può in realtà ritenersi valida sempre: a volte, infatti, (...) si presenterà insufficiente la colpa, come quando la circostanza sia composta da (o anche da) una finalità soggettiva dell'agente»; per queste ipotesi circostanziali si ritiene piuttosto preferibile adottare un regime di imputazione fondato sulla piena consapevolezza<sup>45</sup>.

Orbene, questa conclusione si rafforza se coordinata con le ragioni poste a sostegno dell'inammissibilità di un concorso colposo nel delitto doloso: essendo necessaria la consapevolezza di prendere parte al reato altrui, se tale reato è aggravato per effetto di una circostanza soggettiva, che peraltro si sostanzia in un dolo specifico, l'unica forma di imputazione della circostanza potrà essere quella della piena consapevolezza in capo ai concorrenti.

Un ultimo argomento che pare deporre a sostegno della richiesta di piena consapevolezza da parte dei concorrenti della finalità per cui agisce un altro di essi proviene dall'elaborazione dottrinale circa i rapporti tra dolo specifico e dolo eventuale.

Sebbene la dottrina non escluda radicalmente la possibilità di imputare a titolo di dolo eventuale reati costruiti ricorrendo al dolo specifico<sup>46</sup>, vi è unanimità di conclusioni nell'escludere tale evenienza qualora la "eventualità" riguardi proprio il fine dell'azione<sup>47</sup>. Da ciò si dovrebbe desumere *a fortiori* l'incompatibilità tra colpa e dolo specifico. In particolare, anche volendo aderire alla teorica che riconosce al dolo specifico una capacità di incidere sulla struttura oggettiva della fattispecie, sarà comunque necessario provare che, in ragione del concreto dipanarsi dell'azione criminosa, il correo sprovvisto della particolare finalità ne sia divenuto pienamente consapevole e cionondimeno abbia persistito a fornire la propria collaborazione alla comune intrapresa criminosa.

A queste condizioni pare potersi escludere che l'addebito dell'aggravante generi attriti con i principi fondamentali del sistema penale, a cominciare dal principio di colpevolezza e da quelli di materialità ed offensività, e di poterne affermare la piena convergenza con gli scopi che la pena può legittimamente perseguire. La previsione delle conseguenze sanzionatorie cui si andrà incontro concorrendo consapevolmente con un soggetto che agisce al fine di agevolare l'attività di un'associazione mafiosa (rispettando così anche i parametri di prevedibilità ed accessibilità della sanzione riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo), renderà la pena in ogni caso

---

*monosoggettiva*, infine in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 949 ss. con nota di G. P. DEMURO, *Il concorso colposo in delitto doloso, alla luce dei principi di colpevolezza e frammentarietà*.

<sup>45</sup> V. *supra*, nn. 18-19.

<sup>46</sup> Ampiamente, M. ROMANO, *Commentario*, cit. I, p. 446.

<sup>47</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017, p. 318.

*giusta*, nei termini di cui all'art. 27, commi 1 e 3 Cost. come reinterpretati dalla Corte costituzionale nella fondamentale sentenza 364/88.

#### **8. Sintesi, in attesa dell'intervento compositivo delle Sezioni unite.**

Le divergenze interpretative compendiate nell'ordinanza in commento attendono di essere risolte con particolare cura da parte del massimo organo nomofilattico data la considerevole rilevanza delle conseguenze implicate.

È chiaro, infatti, che ove le Sezioni unite – sconfessando i propri precedenti arresti – decidano di riconoscere natura oggettiva all'aggravante della finalità di agevolazione dell'attività dell'associazione mafiosa, si riproporrebbe la possibilità dell'automatica estensione ai concorrenti.

Diversamente, continuando opportunamente a riconoscere la natura soggettiva dell'aggravante in esame, quale particolare figura di 'dolo specifico', le Sezioni unite dovrebbero stabilire se essa possa rientrare nei motivi a delinquere – con conseguente preclusione all'estensione ai concorrenti che non la abbiano fatta propria, *ex art.* 118 c.p. – ovvero se, diversamente, sia compatibile con la regola generale di cui all'art. 59, comma 2 c.p.

A ben vedere, forse, andrebbe preferita una soluzione mediana. L'aggravante, infatti, è indiscutibilmente soggettiva (perché attiene al dolo), ma, alla luce delle differenze che corrono tra *motivi* e *scopo* dell'azione, e data la particolare articolazione del dolo specifico, e la sua proiezione oggettivizzante – secondo cui l'azione deve consentire di svelare l'obiettivo perseguito, e risultare quantomeno idonea a raggiungerlo – *l'agevolazione mafiosa* non può essere ricondotta ai motivi a delinquere, con conseguente impossibilità di applicazione dell'art. 118 c.p.

Cionondimeno, per queste stesse ragioni essa non può estendersi automaticamente ai concorrenti, ed al contempo costituisce una deroga al regime generale di cui all'art. 59, comma 2 c.p., risultando incompatibile con l'imputazione colposa. Sarà dunque necessario dimostrare che il concorrente sprovvisto della particolare finalità sia consapevole della proiezione di scopo dell'azione cui ha preso parte.