

# L'INCIDENZA SISTEMATICA DI UNA TENDENZIALE STABILITA' DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITA' TRA NOMOFILACHIA E PREVEDIBILITA' DELLE DECISIONI GIUDIZIARIE.

*Le sezioni unite si pronunciano sull'aggravante speciale dell'art.7 d.l.152/1991, oggi inserita nell'art.416-bis.1 cod. pen., allorché la condotta tipica sia consumata al fine di agevolare le associazioni mafiose, assegnando alla stessa natura soggettiva.*

**Diego Brancia**

*Abstract:* Le Sezioni Unite intervengono sulle valutazioni antitetiche sulla natura dell'aggravante speciale dell'agevolazione mafiosa, componendo i discordi orientamenti che la inquadravano tra le aggravanti soggettive, oggettive o in ambito intermedio. Così chiariscono, anche, quale sia l'impulso psicologico del coautore ed i termini di ascrivibilità della condotta circostanziata in caso di concorso di persone nel reato.

*Abstract:* The United Sections intervene on the antithetical assessments on the nature of the special aggravating factor of the mafia facilitation, composing the discordant orientations that framed it among the subjective, objective or intermediate aggravating factors. Thus they also clarify what the co-author's psychological impulse is and the terms of ascribability of the circumstantial conduct in the event of the participation of persons in the crime.

**SOMMARIO:** **1.** La stabilità della giurisprudenza di legittimità tra nomofilachia e prevedibilità delle decisioni giudiziarie. La modifica dell'artt.618 c.p.p. e la "codificazione" della funzione di nomofilachia della Corte di cassazione; **2.** Le valutazioni antitetiche sulla natura dell'aggravante speciale prevista dall'art.7 d.l. n.152 del 1991 ed oggi inserita nell'art.416-bis.1 cod.pen.; **3.** Le varie letture interpretative cui ha dato origine l'aggravamento di pena ove qualsiasi reato sia stato commesso "al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dall'art.416-bis cod. pen."; i discordi orientamenti giurisprudenziali; **4.** Le caratteristiche della finalità agevolativa dell'associazione mafiosa e la qualificazione della circostanza nell'ambito di quelle di natura soggettiva; **5.** L'estensione ai concorrenti della circostanza di natura soggettiva ove il coautore sia consapevole della finalità del compartecipe.

**1. La stabilità della giurisprudenza di legittimità tra nomofilachia e prevedibilità delle decisioni giudiziarie.** La modifica dell'art.618 c.p.p. e la "codificazione" della funzione di nomofilachia della Corte di cassazione.

La c.d. "Riforma Orlando"(L.103/2017)<sup>1</sup> ha inserito nel testo dell'art.618 del c.p.p. due commi, che hanno affidato alla Corte Suprema di Cassazione ed in particolare alle Sezioni Unite, la funzione di uniformare l'interpretazione della legge. A ben vedere si tratta di disposizioni modellate sulla base di parametri di riferimento, già in vigore nel sistema processuale civile, dopo la riforma operata con il D.lgs. n.40/2006 e nella sostanza riprodotto nel sistema processual-penalistico, con lo scopo di potenziare e meglio definire la funzione di nomofilachia assegnata alla Suprema Corte, nell'enunciazione dei principi di diritto. La norma generale non prevede la doverosa rimessione quando l'indirizzo in conflitto si registri tra Sezioni o si manifesti, all'interno di una singola Sezione, allorchè una qualsivoglia forma di dissenso si presti ad essere agevolmente superata sulla scorta di un più meditato esame, o, ancora quando il ricorso possa trovare agevole soluzione per la presenza di un diverso motivi di annullamento del provvedimento oggetto di impugnazione. E' evidente, comunque, che le due disposizioni dei commi 1 ed 1-bis dell'art.618 del c.p.p., vadano lette assieme, regolando la medesima materia, ovvero le situazioni in cui si verifichi un contrasto d'orientamento giurisprudenziale, sebbene la disposizione prevista nel nuovo comma 1-bis c.p.p. faccia riferimento all'ipotesi in cui sorga un contrasto giurisprudenziale tra una Sezione semplice e le Sezioni Unite. E' l'ipotesi in cui il conflitto interpretativo si generasse tra una pronuncia di una Sezione semplice e quanto in precedenza deciso dalle Sezioni Unite.

Con la nuova disposizione di legge si instaura un meccanismo di obbligatorietà di rimessione e alle Sezioni Unite e non di facoltatività. Peraltro occorre, da subito, rammentare che il Primo Presidente, secondo la previsione

<sup>1</sup> Il disegno di legge 4368 del 2017 nasce dall'accorpamento in un unico testo di tre progetti di legge già approvati dalla Camera (Atti Camera nn. 2798, 2150 e 1129) e di una pluralità di proposte di legge di iniziativa parlamentare. Esso consta di un unico articolo con ben novantacinque commi, che intervengono sull'intero sistema penale, con norme immediatamente efficaci e diverse deleghe. Con il chiaro intento di accentuare la funzione nomofilattica della Cassazione, il legislatore è intervenuto sull'art. 618 c.p.p. Innanzitutto, similmente a quanto già proposto in precedenti legislature, si è introdotto un nuovo comma 1-bis che prevede un meccanismo finalizzato a ridurre i contrasti giurisprudenziali: ad imitazione di quanto previsto in sede civile (art. 374, comma 3, c.p.c.), si prevede che la Sezione semplice che non condivide un principio di diritto affermato dalle Sezioni unite debba rimettere la decisione del ricorso a queste ultime. La seconda aggiunta è il comma 1-ter, che fa salva, per le Sezioni unite, la possibilità di pronunciarsi sulla questione di diritto loro sottoposta, nonostante l'inammissibilità del ricorso per causa sopravvenuta. Sul Punto : Gialuz, Cabiale, Delle Torre: "Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni" in Focus del Processo Penale - Diritto Penale Contemporaneo - 2017.

dell'art.610, comma 2 del c.p.p., può nell'immediatezza assegnare un ricorso alle Sezioni Unite, ove le questioni sottese all'impugnazione, si apprezzino per particolare importanza, oppure, nel caso in cui esistano dei contrasti tra le decisioni adottate dalle singole Sezioni. Tale assegnazione può essere deliberata dal Primo Presidente d'ufficio o su richiesta del Procuratore Generale o dei Difensori. Nondimeno, anche, nell'ipotesi in cui il Primo Presidente abbia assegnato ad una Sezione semplice il ricorso, questo possa essere, comunque, rimesso alle Sezioni unite, su decisione della medesima Sezione di assegnazione. Dovranno, però, ricorrere talune circostanze perché ciò accada, ovvero che la Sezione assegnataria rilevi l'esistenza di un conflitto tra le decisioni delle Sezioni semplici, oppure ove la questione di diritto, sempre secondo l'apprezzamento della medesima Sezione assegnataria, ritenga che possa dar vita ad un conflitto. La ratio dell'intervento legislativo è proprio quella - attraverso la previsione di un'ipotesi di rimessione obbligatoria - di limitare la formazione di conflitti o contrasti giurisprudenziali, risolvendoli preventivamente, con ciò, anche, riducendo la proposizione di impugnazioni che facciano affidamento sull'incertezza interpretativa che connota la materia.<sup>3</sup> E' stata, proprio la Corte di cassazione<sup>4</sup> a confermare che il disposto di cui all'art.618, comma 1-bis cpp, introduce, un caso di rimessione "*obbligatoria*" alle Sezioni Unite, che trova applicazione anche con riferimento alle decisioni che siano intervenute precedentemente all'entrata in vigore della nuova norma. Questo modello di "*regolazione dei contrasti*" favorisce la possibilità di avviare un confronto interno alle singole Sezioni ovvero ai singoli collegi di una medesima sezione, incentivando una prassi, secondo cui le Sezioni semplici, soprattutto di fronte al flusso continuo delle novità prodotte dal legislatore, sono chiamate a dialogare su come i testi normativi debbano essere interpretati ed inseriti nel sistema. Si suscita, finanche, l'emersione di tutte le problematiche potenzialmente riconducibili all'introduzione di novelle legislative, in guisa da stimolare la possibilità di un componimento spontaneo del contrasto. Questo meccanismo di autoregolazione della conflittualità interpretativa, tende però verso un irrigidimento ermeneutico del sistema, perché nel momento in cui le Sezioni Unite si pronunciano, viene perseguito lo scopo di inibire la difformità di eventuali successive decisioni difformi ad opera di una Sezione semplice, per le ragioni che abbiamo sopra esplicitato. Soltanto infatti le Sezioni unite sono tenute a verificare le ragioni in forza delle quali le sezioni semplici propongono di modificare o superare le precedenti interpretazioni, e solo al Supremo collegio spetta la scelta sulla conferma del precedente indirizzo o sul suo eventuale superamento.

3 A. Bassi, "*Il giudizio per cassazione ad un anno dall'entrata in vigore della riforma Orlando*", in Cass. Pen., 2018, 4060.

4 Cass. Pen. Sezioni Unite n.36072 del 19.04.2018 - ric. Botticelli.

L'ulteriore modifica introdotta dal legislatore ha comportato l'introduzione del comma 1-ter dell'art.618 c.p.p., con cui si enuncia che *"il principio di diritto può essere enunciato dalle sezioni unite, anche d'ufficio, quando il ricorso è dichiarato inammissibile per una causa sopravvenuta"*. In questa ipotesi la riforma legislativa disciplina l'ipotesi in cui le Sezioni unite, allorchè investite, possono risolvere la questione di diritto prospettata anche nel caso in cui il ricorso venga dichiarato inammissibile per una causa sopravvenuta.

Occorre, anche, affermare che nella risoluzione dei conflitti interpretativi tra Sezioni semplici e Sezioni unite, il legislatore si è limitato ad introdurre nel nostro sistema ordinamentale, una forma di precedente con effetti soltanto tendenzialmente vincolanti sul piano processuale, senza così stravolgere e modificare l'architettura del precedente che connota i sistemi di *Civil Law*<sup>5</sup>.

Non va infatti taciuto che nell'ordinamento italiano l'articolo 101 comma 2 Cost. proclama la soggezione soltanto alla legge dei giudici: in maniera esplicita, dunque, è vietato che il diritto possa essere generato dalla giurisprudenza. Nella materia penale, inoltre, un eventuale vincolo del precedente violerebbe anche il principio costituzionale della riserva di legge (art.25, comma 2, Cost.): il precedente giurisprudenziale dovrebbe essere equiparato, in sostanza, ad una fattispecie incriminatrice creata dai giudici penali e non dal legislatore.<sup>6</sup>

Non può ancora tacersi di riportare quanto ha con nettezza affermato, la Corte Costituzionale<sup>7</sup>, allorchè ha qualificato l'orientamento espresso dalla decisione delle Sezioni unite, secondo cui ha *"una efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente persuasivo. Con la conseguenza che, a differenza della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimità costituzionale, la nuova decisione dell'organo di nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione; mentre le stesse Sezioni unite possono trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle Sezioni singole, come in più occasioni è accaduto"*.

---

5 G. De Amicis - *"La Formulazione del principio di diritto e i rapporti tra sezioni semplici e sezioni unite penali della Corte di Cassazione"* in *Diritto Penale Contemporaneo* - Nov.2018. *"La diversità delle famiglie di civil law e di common law, pur con tutti i limiti che siffatte linee di demarcazione inevitabilmente presentano, viene tradizionalmente individuata sulla base del ruolo attribuito al giudice, che nel diritto continentale si limita ad applicare la legge, mentre nei sistemi di diritto angloamericano produce il diritto attraverso la regola dello stare decisis et quia non movere. Al centro del primo sistema si colloca il precedente "persuasivo", poiché i giudici si adeguano alle decisioni anteriori in quanto convinti della loro plausibilità, mentre il dato sistemologico tipico degli ordinamenti di common law è rappresentato dal precedente vincolante, anche se l'obbligo giuridico di conformarsi alle decisioni delle corti superiori non riveste un carattere assoluto, ma è derogabile attraverso le tecniche interpretative del distinguishing o dell'overruling"*.

6 G. Insolera - *Nomofilachia delle Sezioni unite, non obbligatoria, ma dialogica: il fascino discreto delle parole e quello indiscreto del potere*, in *Archivio Penale, Speciale riforme*, 2018.

7 Corte Costituzionale sentenza n.230 del 12 ottobre 2012.

E' evidente a questo punto che l'intento del legislatore sia stato, fondamentalmente, quello di rafforzare e promuovere un valore, ritenuto di decisivo rilievo: quello della stabilità degli indirizzi giurisprudenziali, attraverso l'introduzione di un vincolo di natura tendenzialmente processuale. Non si crea così una situazione di necessaria obbedienza, ma una sorta di "sintassi virtuosa" sulla base di un protocollo operativo convergente verso il risalto dell'autorevolezza e del ruolo di indirizzo delle Sezioni Unite.

L'unico obbligo è, quindi, quello di rimettere il ricorso, ad opera della Sezione semplice, alle Sezioni Unite, ma non ad essere obbligate ad adottare una decisione di contenuto conforme a quella delle Sezioni Unite.

Le questioni fin qui trattate consentono anche di enucleare alcune interessanti considerazioni sulla necessità che tutti i consociati siano in grado di prevedere le decisioni dei giudici in materia penale.

Questa concezione non è altro che una proiezione del "principio di prevedibilità" della decisione giudiziale in materia penale la cui fisionomia ed i cui corollari dovrebbero essere oggetto di analisi. In un mondo ideale occorrerebbe che il consociato fosse in grado di prevedere, prima di compiere la propria condotta: se la condotta stessa sia considerata illecita; se, oltre che genericamente illecita, la condotta possa essere considerata penalmente rilevante ed infine quale pena egli dovrà scontare nell'ipotesi in cui venga sottoposto ad un processo. Nella riflessione compiuta dagli studiosi di altre branche del diritto, il concetto di prevedibilità della decisione giudiziale è spesso immediatamente associato a quello di certezza del diritto. Il richiamo a tale valore, costante nei casi in cui si invochi, anche nel nostro ordinamento, l'introduzione di una qualche forma di vincolatività dai precedenti, in particolare della Corte di Cassazione, all'ovvio fine di rendere più stabile e dunque più prevedibile l'applicazione della legge da parte dei giudici. Da un lato l'esigenza della certezza del diritto, che sarebbe un valore particolarmente prezioso nelle materie criminali, deve confrontarsi con il principio di legalità in materia penale, che è da noi consacrato nell'articolo 25 comma 2 della Costituzione.

La prevedibilità delle decisioni giudiziali corrisponde ad un preciso dover essere nel sistema penale, dotato di precise basi costituzionali e convenzionali, ed in ragione di ciò si tratta di esaminare come a tale principio possa essere dato concreta attuazione nell'ordinamento. La recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha stimolato presso la dottrina penalistica una rimediazione del principio di prevedibilità della decisione giudiziale, assunto da quella giurisprudenza quale contenuto fondamentale della stessa garanzia del *nullum crimen*. Anche in un ordinamento di *civil law* grava su ogni giudice il dovere non solo di rendere giustizia nel caso concreto, ma anche di rafforzare e comunque di non frustrare, attraverso le proprie decisioni, la prevedibilità delle future decisioni

di casi simili da parte di altri giudici. Da un lato attraverso l'enunciazione in forma chiara e precisa della *ratio decidendi* che sostiene la soluzione di questioni nuove; dall'altro, attraverso il tendenziale vincolo del giudice alle soluzioni offerte dalla giurisprudenza consolidata.<sup>8</sup>

## **2. Le valutazioni antitetiche sulla natura dell'aggravante speciale prevista dall'art.7 d.l. n.152 del 1991 ed oggi inserita nell'art.416-bis.1 cod.pen..**

Lo spunto decisionale delle Sezioni Unite della Corte Suprema di cassazione è legato alla rimessione al Collegio, dalla Seconda Sezione Penale, la contesa interpretativa sussistente nelle pronunce della Corte di Cassazione in ordine alla natura oggettiva o soggettiva dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa, prevista dall'art.7 d.l. n.152 del 1991, oggi trasfusa nell'art.416-bis 1 cod.pen.<sup>9</sup> In tal caso la Sezione di merito assegnataria del ricorso ha ritenuto di rimettere la questione alle Sezioni unite, secondo il disposto del già citato art.618 del c.p.p..

L'aggravante di cui si discute, origina dalla necessità di "*coprire*" anche le più sfuggenti condotte dei "*fiancheggiatori*" delle organizzazioni mafiose, per cui il Legislatore, costretto a trascurare i principi di tassatività e materialità, ha aperto, in tal modo, un varco enorme alla dubbia interpretazione giurisprudenziale, del tutto indifferente alla tipizzazione dell'aggravante in parola al punto da delineare perfino una "*responsabilità mafiosa ambientale*", a mezzo di una evidente debolezza probatoria.

L'aggravante in questione, risponderebbe allo scopo di "*coprire*" penalmente, con l'applicazione di una sanzione più grave, i comportamenti dei fiancheggiatori dell'associazione mafiosa, quindi, alla ratio di contrastare in maniera più decisa, vista la pericolosità e determinazione criminosa, quei comportamenti di soggetti che, partecipi o non partecipi di reati associativi, utilizzino metodi mafiosi, ovvero quelle condotte idonee ad esercitare sui soggetti passivi quella particolare coartazione e quella conseguente intimidazione che sono proprie delle organizzazioni della specie considerate<sup>10</sup>.

La soluzione adottata dalle Sezioni Unite completa un percorso di "*legalizzazione*" dell'aggravante, iter già timidamente avviato con la pronuncia della Corte costituzionale dichiarativa dell'illegittimità

8 F. Viganò - "*Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*" in Diritto Penale Contemporaneo - Nov.2014.

9 Articolo inserito dall'art. 5, 1° co., lett. d, D.Lgs. 1.3.2018, n. 21, a decorrere dal 6 aprile 2018, in attuazione del principio di riserva di codice.

10 L. Rovini - "*La Cassazione sulla configurabilità dell'aggravante del 'metodo mafioso' nei luoghi dove è radicata un'associazione mafiosa storica*" - DPC n.5/2018

dell'articolo 275, comma 3, secondo periodo, del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 2, comma 1, del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori), convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui - nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari - non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.<sup>11</sup>

La giurisprudenza ha finito, nel tempo, per utilizzare l'aggravante ad effetto speciale, che qui ci occupa, addirittura come strumento *"normativo-processuale"*<sup>12</sup> per ricomprendere tutti i comportamenti non inquadrabili nel paradigma criminoso di cui all'art. 416 bis c.p., elevando l'aggravante *de qua* al rango di norma incriminatrice.

Orbene con la sentenza in commento la Corte di Cassazione riafferma la necessità di un solido impianto motivazionale alla base della contestazione della circostanza aggravante di cui all'art. 416 bis., ed opera un'importante ricognizione delle evidenze oggettive da porsi alla base dell'elemento psicologico che deve sorreggere la condotta agevolatrice. La pronuncia che ci occupa, *"allevia le ambiguità"*<sup>13</sup> da cui risulta intrisa la circostanza medesima<sup>14</sup>.

Il sensibile aumento numerico dell'applicazione di simile dispositivo è dettato da una chiara intenzione, espressa anche dal legislatore in recenti interventi, di rendere una risposta più efficace contro il crimine organizzato. E tale maggiore efficacia viene ricercata attraverso un rincaro nei meccanismi

11 Sentenza n.57/2013 della Corte Costituzionale *"nei giudizi di legittimità costituzionale dell'articolo 275, comma 3, del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 2, comma 1, del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori), convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, promossi dal Tribunale di Lecce con ordinanze del 16 maggio e del 7 giugno 2012 e dalla Corte di cassazione con due ordinanze del 10 settembre 2012, rispettivamente iscritte ai nn. 131, 175, 269 e 270 del registro ordinanze 2012 e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica nn. 27, 36 e 48, prima serie speciale, dell'anno 2012."*

12 E. Reccia - *"L'aggravante dell'art.7 del D.L. n.152 del 13 maggio 1991 - Una sintesi di inafferrabilità del penalmente rilevante"* in Diritto Penale Contemporaneo - 2/2015.

13 L. Ninni - *"Aggravante del metodo mafioso: la Suprema Corte propone una sintesi degli elementi probatori rilevanti per l'integrazione della circostanza di cui all'art./ D.L. 152/1991"* - Diritto Penale Contemporaneo - Sett. 2017.

14 Sul punto occorre segnalare quanto già espresso da Cass. Sez. 6, n. 21342 del 02/04/2007, Mauro, Rv. 236628 e Sez. VI, sent. 1 marzo 2017 (dep. 23 marzo 2017), n. 14249.

sanzionatori attuato sia nel loro momento genetico sia nel loro momento funzionale. Per tali ragioni, nonostante siano trascorsi ormai ventisette anni dalla sua entrata in vigore, si può attualmente registrare, molto più di quanto non accadesse in origine, un vivo dibattito in ordine ai suoi reali perimetri di applicazione.<sup>15</sup> Secondo la tradizionale impostazione ermeneutica, la citata previsione sarebbe divisibile in due sotto-fattispecie. La prima riguarderebbe il “*metodo*” con cui verrebbe portata a termine la condotta del reato base, la seconda, invece, sarebbe polarizzata sul “*fine*” dell’agevolazione dell’associazione criminale perseguita nella commissione del reato.

Si tratta a bene vedere di “*specificazioni*” che, in quanto prodotto dell’elaborazione giurisprudenziale, risultano connotate da un debole grado di stabilità interpretativa, nel caso che ci occupa, auspicabilmente, cristallizzato dall’intervento delle Sezioni Unite.

L’aggravante in parola ha rappresentato e rappresenta, in maniera innegabile, un meccanismo per mettere in atto la linea di indirizzo preventivo-repressiva, sempre più diffusa sul piano legislativo oltre che su quello ermeneutico.

Ed in tale panorama di “*pan-prevenzione*” l’aggravante in questione ha assunto un ruolo di vera e propria protagonista, condizionando in maniera significativa le dinamiche e la dialettica sia nella fase dell’accertamento, oltre che nella fase dell’esecuzione della pena.

La pronuncia che si analizza, consente di recuperare, almeno in parte, lo squilibrio generatosi tra una previsione improntata al trionfo della prevenzione generale, per l’apprezzabile temperamento della possibilità di configurarne l’esistenza, avendo essa stessa natura soggettiva, concernendo la direzione della volontà della condotta (sebbene come vedremo, va distinta la posizione del soggetto agente da quella ancillare del concorrente).

Intanto, la giurisprudenza, proprio per la sottospecie soggettiva, ha affermato che debba ricorrere, in atto ed a tutti gli effetti, un’associazione per delinquere propriamente intesa<sup>16</sup>. La pregressa esistenza di un consesso associativo mafioso, diventa per la sotto-fattispecie soggettiva (dell’agevolazione) elemento indefettibile.

Questa genericità della previsione dell’art.416-bis 1 del c.p. (già art.7 della L.203/1991) che potremmo qualificare descrittiva (quanto ai perimetri dettati dalla semantica) e funzionale (quanto alle possibilità di essere applicata a qualsivoglia delitto) stride senz’altro con le analizzate conseguenze che detta norma è in grado di provocare, consentendo di giungere, anche ove di fondo ricorra solo un reato “*minore*”, ad effetti sanzionatori notevolmente più gravi. Ed, infatti, non v’è chi non veda come quanto più la norma sia severa sul piano

---

15 S. Faiella - *L’aggravante mafiosa nella stagione del trionfo della prevenzione generale - Il Diritto Penale della Globalizzazione* - Apr.2018.

16 Cfr. Cass., Sez. II, 29 aprile 2013, n.18745; Cass. sez. II, 30 novembre 2011 n. 47404, in *C.E.D. Cass.* n. 251607, 2012.



della forza intimidatrice, tanto più essa dovrebbe essere certa rispetto ai propri perimetri applicativi. Da qui il *circolo vizioso*. Le due sotto-fattispecie, di cui, appunto, una connotata sotto il profilo oggettivo (quella del metodo) e l'altra di marca soggettiva (finalità agevolatrice), finiscono inevitabilmente per scontare un'inevitabile conseguenza: al mancato rispetto del principio di determinatezza, si associa, questa volta da parte del giudice, il conseguente mancato rispetto del canone della tassatività. Non può, del resto, esservi tassatività ove non sussista sufficiente determinatezza. Si tratta, evidentemente, di profondi *vulnera* contro i ben noti principi costituzionali in materia penale. Non potrà, inoltre, tacersi che l'aggravante dell'agevolazione mafiosa, o del metodo, proprio per la difficoltà a circoscriverne l'efficacia applicativa, è in grado di spiegare effetti oltre la "*prevedibilità*", contemplato dall'art.7 CEDU<sup>17</sup>, con ciò ponendosi in antitesi ai principi di determinatezza e prevedibilità<sup>18</sup> in relazione alla sua applicazione concreta. Corre ancor più rischi di esposizione a concreta esasperazione, tale principio, proprio in ragione dell'evidente carattere di essere un'aggravante "*comune*", quindi, applicabile funzionalmente a qualsiasi delitto, con l'effetto di poter far innalzare la pena non solo effettiva, ma anche quella in concreto da espiare. Se da un lato l'aggravante del metodo mafioso<sup>19</sup>, la cui applicazione ha dato luogo a minori problemi interpretativi, controversa è invece la natura dell'aggravante prevista nella seconda parte del primo comma dell'art.416 -bis 1 cod.pen., caratterizzata dalla finalità di agevolazione.

### **3. Le varie letture interpretative cui ha dato origine l'aggravamento di pena ove qualsiasi reato sia stato commesso "*al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dall'art.416-bis cod. pen.*". I discordi orientamenti giurisprudenziali.**

<sup>17</sup> Vd. al riguardo, C.E.D.U., Sez. IV, 22 gennaio 2013, Camilleri c. Malta.

<sup>18</sup> In tema di "prevedibilità della decisione giudiziale" cfr. F. Viganò - "*Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*" - Diritto Penale Contemporaneo - 2017.

<sup>19</sup> Con tale aggravante, afferma la Suprema Corte con la sentenza in commento: "Si dispone l'aumento della pena prevista per qualsiasi reato, nell'ipotesi in cui l'illecito sia stato realizzato con l'utilizzazione di una forza intimidatoria che - a prescindere da qualsiasi legame del suo autore con l'organizzazione mafiosa o con l'esistenza stessa di tale compagine in quel contesto - ne mutui le modalità di azione, per proporre il clima di assoggettamento che le è caratteristico. Sotto questo profilo, la norma evidenzia un duplice carattere preventivo: evitare fenomeni emulativi, essi stessi forieri di un rafforzamento della tipica struttura mafiosa, volta alla sopraffazione, e liberare i soggetti passivi dal potenziale giogo conseguente a tali atti, restituendo loro strumenti per una pronta reazione, a tutela della libertà di autodeterminazione. Pacifica la natura oggettiva di questa circostanza, che si caratterizza e si esaurisce per le modalità dell'azione."

Appare a questo punto utile esaminare le varie letture interpretative, per seguire il percorso effettuato dalla Suprema corte con la disciplina applicabile, anche, in caso di concorso di persone nel reato. Infatti secondo un primo orientamento la circostanza, che ci occupa, verrebbe integrata da *“un atteggiamento di tipo psicologico dell’agente”*, che richiama i motivi a delinquere, quindi non estensibile ai concorrenti nel reato<sup>20</sup>.

Un contrapposto orientamento, prevede che l’aggravante sia integrata da un *“elemento obiettivo”*, attinente alle modalità dell’azione, ed è quindi riconducibile alle circostanze di natura oggettiva ai sensi dell’art.70 c.p.<sup>21</sup>, con conseguente estensibilità ai concorrenti, secondo la previsione dell’art.59 c.p., purchè conosciuta e conoscibile.

Analizzando un ulteriore orientamento, la natura dell’aggravante e la relativa disciplina in caso di concorso di persone nel reato sono correlate funzionalmente da come la stessa si atteggia in concreto e dal reato cui essa acceda. L’orientamento che considera l’aggravante di natura soggettiva, prevede che la stessa venga integrata da *“un atteggiamento psicologico per lo più definito in termini di dolo specifico”*.

È, quindi, necessario che l’agente, oltre alla coscienza e volontà del fatto materiale del reato base, agisca per il fine di agevolare l’attività dell’associazione di tipo mafioso. La realizzazione di tale finalità non è, comunque, necessaria per l’integrazione dell’aggravante. Viene così ritenuta di natura soggettiva, perché concerne i motivi a delinquere o l’intensità del dolo, perciò riconducibile in quelle contemplate dall’artt.118 del c.p., senza che si estendano, pertanto, ai concorrenti nel reato.

<sup>20</sup> La disciplina dell'imputazione delle circostanze e della comunicabilità delle stesse ai concorrenti è stata profondamente modificata dalla L.7.2.1990 n.19. Si tratta di due profili strettamente legati tra di loro, in quanto, da un lato, la comunicazione delle circostanze ai concorrenti presuppone l'osservanza delle regole generali di imputazione delle circostanze, e, dall'altro, la previsione della non comunicabilità di determinate circostanze ne impedisce la imputazione agli altri concorrenti.

<sup>21</sup> G. MANCA, *“Le circostanze del reato”*, in M. Ronco (diretto da), Commentario. sistematico al codice penale, Il reato, tomo II, II ed., Bologna, Zanichelli. *La classificazione delle circostanze in oggettive e soggettive, operata dall'art. 70, assumeva rilevanza in relazione all'originaria disciplina dell'art. 118. Tale norma, infatti, prima della modifica introdotta dalla L. 7.2.1990, n. 19, prevedeva una disciplina differenziata in funzione del carattere oggettivo o soggettivo delle circostanze, determinato alla stregua dell'art. 70, e stabiliva, in tema di estensione delle circostanze ai compartecipi nel concorso di persone, che a questi fossero attribuite tutte le circostanze oggettive e quelle, tra le circostanze soggettive, che avessero agevolato la realizzazione del fatto. Il quadro normativo è stato parzialmente modificato dalla novella del 1990. Infatti, il legislatore nel nuovo testo dell'art. 118 si è limitato ad escludere dal novero delle circostanze estensibili ai compartecipi talune categorie tassativamente indicate, e cioè «le circostanze che aggravano o diminuiscono le pene concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa e le circostanze inerenti alla persona del colpevole». Conseguentemente, i problemi classificatori sono oggi ampiamente scemati.*

Ciò che non risulta del tutto pacifico è in che termini debba individuarsi l'elemento soggettivo necessario ad integrare l'aggravante, ovvero se l'agente persegua esclusivamente come obiettivo finale quello agevolativo dell'associazione, o se tale impulso psicologico possa essere associato ad un diverso scopo, purchè permanga la consapevolezza di avvantaggiare l'associazione mafiosa.

Così come non è del tutto uniforme, nell'ambito del medesimo orientamento, quale sia il requisito necessario, ai fini dell'applicazione della circostanza, in caso di concorso di persone nel reato, ovvero se sia necessario individuare in capo a ciascun concorrente il dolo specifico richiesto dalla norma o se, invece, sia sufficiente che il concorrente abbia arrecato il proprio contributo nella consapevolezza della finalità agevolatrice perseguita dall'agente. Secondo questo orientamento principale, che vede al suo interno delle sotto-correnti esegetiche, ai fini del riconoscimento dell'aggravante, è richiesta, anche la presenza di un elemento di natura oggettiva, coincidente, in un'ottica di necessaria offensività, con la dimostrazione della idoneità dell'azione ad agevolare l'associazione mafiosa. Da questo punto di vista, sebbene tale requisito molto spesso sia richiesto per la prova dell'elemento soggettivo che integra l'aggravante, tuttavia la giurisprudenza, ne ha messo in rilievo la necessità, quale ulteriore elemento costitutivo, in una proiezione orientata al rispetto del principio di offensività.

All'interno dell'orientamento che predilige l'atteggiamento di tipo psicologico dell'agente, è necessario, poi, registrare una doppia linea di pensiero. Infatti per talune decisioni<sup>22</sup>, l'aggravante dell'agevolazione di *"tipo soggettivo"*, rilevando che essa *"si sostanzia nella volontà specifica di favorire ovvero di facilitare, con il delitto posto in essere, l'attività del gruppo, e cioè qualsiasi manifestazione esteriore del medesimo"*, con ciò prospettando una esclusività del fine agevolativo<sup>23</sup>.

Svariate sono le pronunce delle Sezioni semplici che hanno valutato in senso analogo la natura della richiamata circostanza<sup>24</sup>. Talune altre sentenze,

---

22 Cass. Pen. Sent. n.10 del 28.03.2001 - ric. Cinalli - Rv.218378. In particolare, secondo Sez. U, Cinalli, *«l'aggravante si articola [...] 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»*.

23 Cass. Pen. SS.UU. sent. N.337 del 18.12.2008 - ric. Antonucci - rv.241575.

24 Cass. Pen. Sez. VI, n. 24883 del 15/05/2019, Crocitta, Rv. 275988; Sez. VI, n. 52910 del 24/10/2018, Vitale, non mass; Sez. II, n. 53142 del 18/10/2018, Inzillo, Rv. 274685; Sez. VI, n. 46007 del 06/07/2018, D'Ambrosca, Rv. 274280; Sez. I, n. 52505 del 20/12/2017, dep. 2018, Lamanna, Rv. 276150; Sez. VI, n. 8891 del 19/12/2017, dep. 2018, Castiglione, Rv. 272335; Sez. II, n. 6021 del 29/11/2017, dep. 2018, Lombardo, Rv. 272007; Sez. I, n. 54085 del 15/11/2017, Quaranta, Rv. 271641; Sez. VI, n. 11356 del 08/11/2017, dep. 2018, Ardente, Rv. 272525; Sez. VI, n. 54481 del 06/11/2017, Madaffari, Rv. 271652; Sez. VI, n.28212 del 12/10/2017, dep. 2018, Barallo, Rv. 273538; Sez. VI, n. 43890 del 21/06/2017, Aruta, Rv. 271098.

affermano che la *“direzione della volontà”* funzionale all’agevolazione non debba avere natura esclusiva<sup>25</sup>.

L’orientamento contrapposto coincide con il ritenere che la circostanza in esame sia integrata da un elemento oggettivo, consistente nell’essere l’azione *«rivolta ad agevolare un’associazione di tipo mafioso»*; secondo le sentenze riconducibili a tale orientamento<sup>26</sup>, quindi, l’aggravante dell’agevolazione non è riconducibile a quelle contemplate dall’art. 118 cod. pen., ed è pertanto estensibile ai concorrenti nel reato. Dette pronunce, secondo il contenuto delle relative motivazioni, non ritengono però sufficiente, ai fini dell’integrazione della circostanza, un atteggiamento riconducibile all’ignoranza incolpevole, nel senso che per l’integrazione dell’aggravante tale ultimo *status* di natura psicologica può, al più, essere sufficiente ai fini dell’estensione della circostanza ai concorrenti nel reato. La classificazione della circostanza quale *“oggettiva”*, non esime dalla verifica dell’esistenza, almeno in uno degli agenti, dell’elemento psicologico che connota la *“finalizzazione della condotta”*. Sottolinea la Corte che, comunque, in *“entrambe le chiavi di lettura”* si conferisce rilievo alla previsione dell’agente dell’utilità potenziale ed astratta del risultato per il consesso associativo.

Quello che, poi, viene considerato quale *“orientamento itermedio”* prevede che la natura dell’aggravante vada verificata, secondo come la stessa si atteggi nel caso concreto, tenuto anche conto del reato a cui risulti speculare. In particolare, quando l’aggravante si configura come un dato oggettivo, che oltrepassa la condotta del singolo agente e che, piuttosto che denotare una specifica attitudine delittuosa del singolo concorrente, finisce per agevolare la commissione del reato, secondo il principio *ubi commoda ibi incommoda*<sup>27</sup>, deve ritenersi estensibile ai concorrenti. Questo orientamento, comunque non si sottrae, alla necessaria conferma che l’attività dell’agente *“esprima comunque un’oggettiva capacità di agevolare, almeno potenzialmente, l’associazione criminale, ritenendo necessaria un’interpretazione della norma conforme alla struttura di un diritto penale del comportamento”*. Le Sezioni Unite, quasi discostandosi dall’ordinanza di rimessione<sup>28</sup>, hanno ritenuto di dover ravvisare il contrasto sotto profili differenti, da un lato nella

25 Cass. Sez. II, n. 53142 del 18/10/2018, Inzillo, Rv. 274685; Cass. Sez. III, n. 9142 del 13/01/2016, Basile, Rv. 266464; Sez. III, n. 36364 del 20/05/2015, Mancuso, non mass.; Sez. V, n. 11101 del 04/02/2015, Platania, Rv. 262713; Sez. I, n. 49086 del 24/05/2012, Acanfora, Rv. 253962.

26 Cass. Sez. II, n. 24046 del 17/01/2017, Tarantino, Rv. 270300; Sez. VI, n. 19802 del 22/01/2009, Napolitano, Rv. 244261; Sez. II, n. 52025 del 24/11/2016, Vernengo, Rv. 268856; Sez. V, n. 9429 del 13/10/2016, dep. 2017, Mancuso, Rv. 269365; Sez. V, n. 10966 del 08/11/2012, dep. 2013, Minniti, Rv. 255206.

27 Il brocardo latinistico sopra richiamato (tradotto letteralmente con: *“dove sono vantaggi, sono anche svantaggi”*), assume rilevanza come principio generalissimo dell’ordinamento giuridico italiano con riferimento alla responsabilità civile, in quanto mette in rilievo che chi trae vantaggio da una situazione, deve sopportarne (assumendone la responsabilità) anche le eventuali conseguenze negative.

individuazione dell'elemento soggettivo necessario ad integrare l'aggravante, essendo opportuno stabilire se coincida con il dolo specifico, o con la ordinaria consapevolezza della idoneità della condotta ad agevolare l'attività della organizzazione criminale ed, inoltre, il requisito necessario per *"l'estensione"* o l'applicabilità dell'aggravante ai concorrenti nel reato, individuato nel dolo specifico o nella consapevolezza, ovvero nella *"mera ignoranza colposa"*. La questione che le Sezioni Unite, hanno ritenuto di affrontare, va ben oltre l'ordinanza di rimessione, pur traendo spunto, proprio, dalle contrapposte tesi; l'una che ritiene soggettiva l'aggravante (che al suo interno si dipana in orientamenti non sovrapponibili in tema di elemento psicologico), l'altra che pur configurandola di spunto oggettivo, richiede per la sua corretta integrazione, che, in capo ad almeno uno dei concorrenti sia configurabile il dolo specifico, oppure la mera consapevolezza della oggettiva finalizzazione dell'azione agevolatrice.

A bene vedere la Corte di Cassazione, non si limita a sciogliere il nodo nomofilattico che attiene all'elemento psicologico dell'agente, ma si occupa di individuare la disciplina applicabile in caso di concorso di persone nel reato.

Nell'ambito dell'orientamento che ritiene di natura soggettiva l'aggravante si deve differenziare la tesi che richiede per la sua applicazione al concorrente nel reato che anche questi sia animato dal dolo specifico, da quella che ritiene sufficiente la mera consapevolezza della finalità perseguita dall'agente o, addirittura, la sola ignoranza colposa dell'idoneità della condotta ad agevolare l'associazione di stampo mafioso. Sostiene la Corte suprema che *"l'individuazione dei requisiti necessari per l'applicazione della circostanza in esame al concorrente dipende da come si ricostruisce l'elemento soggettivo integrante la stessa aggravante"*, con ciò assimilando la consapevolezza dell'idoneità della condotta dell'agente alla consapevolezza del concorrente nel fine agevolativo del consesso associativo. Peraltro, per completezza espositiva, occorre registrare che le oscillazioni giurisprudenziali sulla natura dell'aggravante non hanno trovato alcuna sponda nell'analisi dottrinale, che ha sempre assegnato una caratterizzazione soggettiva all'apparato psicologico

---

28 La Corte di Cassazione, II Sezione Penale, con ordinanza del 4 ottobre 2019 (ud. 10 settembre 2019), n. 40846 - Presidente Gallo, Relatore Recchione - ha rimesso alle Sezioni Unite la questione di diritto relativa alla natura giuridica della circostanza aggravante di cui all'art. 416-bis.1. c.p. - articolo inserito dal D.Lgs. 1-3-2018 n. 21 "Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103" - secondo cui «per i delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo la pena è aumentata da un terzo alla metà». Questa, in particolare, la questione rimessa: «se l'aggravante speciale già prevista dall'art. 7 D.I. n. 152 del 1991 ed oggi inserita nell'art. 416 bis.1 cod. pen. 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».

che sorregge la condotta, esigendo, in più, che la rappresentazione della volizione si abbinì ad elementi di fatto di natura oggettiva, scongiurando la punizione di *“un pericolo del pericolo”*. Quindi per la configurazione della stessa, secondo l’elaborazione dottrinale<sup>29</sup>, è richiesta non solo l’intenzione, ma anche la presenza di elementi concreti, idonei a rendere possibile la realizzazione dell’intento avuto di mira. Ne consegue che la ricostruzione della natura giuridica dell’aggravante non può essere orientata verso una lettura in termini puramente oggettivi, atteso che un difetto di rappresentazione e volizione di tali conseguenze avrebbe delle preoccupanti ripercussioni sulla tipicità della fattispecie, con prospettive di lesione delle tutele costituzionali.

#### **4. Le caratteristiche della finalità agevolativa dell’associazione mafiosa e la qualificazione della circostanza nell’ambito di quelle di natura soggettiva.**

La natura della discussione sulla oggettività o soggettività dell’aggravante ha trovato scaturigine, soprattutto, in relazione alle diverse conseguenze derivanti dall’applicazione delle disposizioni di cui agli artt.59 o 118 del codice penale. Da questo punto di vista non può trascurarsi di considerare (come sopra anticipato) che entrambe le norme sono state novellate attraverso la legge 19/1990. L’obiettivo perseguito attraverso questo intervento è stato quello di garantire l’eliminazione di qualsiasi riflesso di responsabilità oggettiva, anche su elementi non costitutivi del reato, in ragione del necessario raccordo di ogni componente dell’illecito, costitutivo o circostanziale<sup>30</sup>, al criterio costituzionale della responsabilità penale.

**29** I. Merenda - *“La circostanza aggravante della finalità di agevolazione mafiosa: incoerenze sistematiche e incertezze applicative”* in Archivio Penale 20.12.2015.

<sup>30</sup> Pressoché unanime nell’attribuire importanza non decisiva alla componente legale del sistema, la dottrina si divide sui modelli da adottare, configurando le situazioni considerate dall’art. 59 ora come fatti giuridici autonomi rispetto al fatto previsto dalla disposizione incriminatrice di parte speciale, ora come elementi costitutivi di una fattispecie complessa. Una impostazione del primo tipo è quella prospettata da Carnelutti, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, 57 e *Teoria generale del diritto*, 2<sup>a</sup> ed., Roma, 1946, 183, nel contesto della teorizzazione di fatti giuridici strumentali che intervengono a modificare o a neutralizzare la rilevanza virtuale di altri fatti giuridici. Un approccio del secondo tipo, erede della distinzione Kelseniana fra norma ed enunciato normativo, è quello teorizzato da Nuvolone, *I limiti taciti della norma penale*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 1972, 35, il quale configura le situazioni che escludono o modificano la pena come frammenti della “norma reale”, intesa come la risultante del combinato disposto di tutte le proposizioni che intervengono a qualificare una situazione fattuale. Questa dicotomia di accostamenti, l’uno destrutturalizzante, l’altro strutturalizzante (Licci, *Modelli*, 225), attraversa tutte le tematiche implicate dall’art. 59, interessando le circostanze sia negative che modificative della sanzione penale. Per quanto riguarda il primo gruppo di circostanze, cioè le **cause di esclusione della pena**, un esempio di accostamento destrutturalizzante è quello proposto da Marinucci, *Antigiuridicità*, in *Digesto pen.*, I, Torino,

Per effetto delle modifiche apportate dalla L.7.2.1990, n. 19, agli artt. 59 e 118, infatti, è stata ridisegnata la disciplina dell'imputazione delle circostanze e della comunicabilità delle stesse ai concorrenti. Si tratta di due profili strettamente legati tra di loro, in quanto, da un lato, la comunicazione delle circostanze ai concorrenti presuppone l'osservanza delle regole generali di imputazione delle circostanze, e, dall'altro, la previsione della non comunicabilità di determinate circostanze ne impedisce la imputazione agli altri concorrenti. La nuova disciplina si distacca nettamente da quella contenuta nell'originaria previsione del codice Rocco<sup>31</sup>. Abbandonando la distinzione tra circostanze oggettive e circostanze soggettive contenuta nel vecchio testo della norma, la nuova formulazione dell'art. 118 indica espressamente le circostanze aggravanti ed attenuanti che possono essere valutate solo nei confronti della persona cui attengono: si tratta, precisamente, delle circostanze (soggettive) concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa, e di quelle inerenti alla persona del colpevole. Le stesse si applicano - se conosciute o conoscibili quando si tratta di aggravanti e anche se non conosciute quando si tratta di attenuanti - soltanto al concorrente al quale si riferiscono, mentre non possono comunicarsi agli altri partecipi, siano da essi conosciute o meno.

Mediante l'enunciazione in positivo delle circostanze non comunicabili agli altri concorrenti, il vigente testo della norma afferma implicitamente un altro principio, cioè quello della possibilità di comunicare tutte le restanti circostanze, non espressamente indicate, sempre a condizione che siano conosciute o conoscibili quando si tratta di aggravanti, e anche se non conosciute quando si tratta di attenuanti (operando queste ultime oggettivamente)<sup>32</sup>. Rispetto al testo normativo previgente, non si richiede più che le circostanze aggravanti soggettive siano servite ad agevolare la commissione del reato, e si realizza quindi, sotto questo profilo, un ampliamento dell'ambito di estensione delle circostanze ai concorrenti, seppur si richieda l'osservanza del regime generale di imputazione soggettiva delle circostanze aggravanti previsto dall'art. 59, con la conseguenza che la loro

---

1987, 172 e *Cause di giustificazione*, in *Digesto pen.*, II, Torino, 1988, 131, mentre un esempio di accostamento strutturalizzante è quello proposto da Grosso, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961, 25 e *Cause di giustificazione*, in *EG*, VI, Roma, 1988.

31 Nel codice del 1930, l'originaria formulazione della norma in commento si imperniava sulla distinzione tra circostanze oggettive e circostanze soggettive. Le circostanze oggettive, aggravanti o attenuanti, dovevano esser valutate a carico dei partecipi, anche se non conosciute da tutti i concorrenti (1° co.). Le circostanze aggravanti soggettive, non inerenti alla persona del colpevole, erano poste a carico anche degli altri concorrenti, sebbene non conosciute, quando erano servite ad agevolare l'esecuzione del reato (2° co.). Ogni altra circostanza, aggravante o attenuante, era valutata soltanto riguardo alla persona cui si riferiva (3° co.).

32 Fiandaca-Musco - Diritto Penale. Parte Generale, pagg.521 e segg. - Zanichelli Edit.

attribuibilità presuppone un coefficiente di colpevolezza riferito a ciascuno dei concorrenti, il quale deve averne avuto conoscenza effettiva o potenziale<sup>33</sup>.

Secondo la Cassazione, quindi, il discrimine, ai fini della possibilità di estensione delle circostanze, non dovrebbe riguardare la natura, oggettiva o soggettiva delle stesse, ma piuttosto la possibilità di estrinsecazione della circostanza all'esterno, *“cosicchè rimane esclusa dall'attribuzione al compartecipe qualsiasi elemento di aggravamento o di attenuazione della fattispecie, confinato all'interno dell'agente, che proprio in quanto tale, non può subire estensione ai concorrenti”*. In conseguenza, ove sussistano elementi di fatto suscettibili di dimostrare che l'intento dell'agente sia stato condiviso ed approvato dal concorrente, e tale consapevolezza non lo abbia dissuaso dalla collaborazione, non vi è ragione per escludere l'estensione della sua applicazione.

In definitiva, sostiene la Corte, ove l'elemento psicologico di uno degli autori sia stato conosciuto anche dal concorrente che ne abbia espresso adesione, ne deriva che si comunichi anche al suo dolo diretto, purchè vi sia stata consapevole collaborazione funzionale.

## **5. l'estensione ai concorrenti della circostanza di natura soggettiva ove il coautore sia consapevole della finalità del compartecipe.**

La conclusione a cui perviene la Corte è che il concorrente nel reato, che non condivide con il coautore la finalità agevolativa, ben può rispondere del reato aggravato, le volte in cui sia consapevole della finalità del compartecipe, secondo la previsione generale dell'art. 59, secondo comma, cod. pen., che attribuisce all'autore del reato gli effetti delle circostanze aggravanti da lui conosciute. Viene così in gioco la concezione monistica del reato plurisoggettivo che prevede l'equivalenza degli apporti causali alla consumazione dell'azione concorsuale, così che la realizzazione della singola parte dell'azione, convergente verso il fine, consente di attribuire al partecipe l'intera condotta illecita, che rimane unitaria.

---

<sup>33</sup> Cass. Pen. Sez. V - 28.10.1996 «in tema di valutazione delle circostanze, correlando le norme di cui agli art. 59 e 118 - come modificati dalla legge L.7.2.1990, n. 19 - si ricavano due complementari principi giuridici. Le circostanze attenuanti, soggettive ed oggettive, sono sempre applicabili alla persona alla quale si riferiscono, anche se non conosciute, mentre le circostanze aggravanti sono applicabili soltanto se conosciute; nel caso di concorso di persone nel reato, le circostanze soggettive specificamente indicate nell'art. 118 - e cioè quelle concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa nonché quelle inerenti la persona del colpevole - si applicano, in quanto aggravanti, se conosciute, ed in quanto attenuanti, anche se non sono conosciute, soltanto alle persone alle quali si riferiscono e non si comunicano a tutti gli altri compartecipi, siano da essi conosciute o meno: viceversa, le circostanze oggettive e quelle soggettive, non specificamente indicate, si comunicano a tutti i compartecipi, in quanto aggravanti, se conosciute, e, in quanto attenuanti, anche se non sono conosciute».



Afferma la Corte che per il coautore del reato, non coinvolto nella finalità agevolatrice, è sufficiente il dolo diretto, che comprende anche le forme di dolo eventuale. E' evidente però che la natura soggettiva dell'aggravante di pertinenza del partecipe non consente di estendere l'imputazione soggettiva alla colpa, prevista dalla seconda parte della disposizione richiamata, in quanto la condizione in esame è incompatibile con un obbligo giuridico di conoscenza o di ordinaria prudenza, necessariamente ricollegabile all'imputazione colposa.

Invero le situazioni contingenti (dalla occasionalità della compartecipazione o all'ignoranza dell'esistenza di un contesto criminale), non potrebbe mai generare un obbligo giuridico di diligenza, suscettibile di sostenere gli elementi dell'imputazione colposa. La componente oggettiva della condotta all'agevolazione mafiosa, nella sua dimensione funzionale, da parte del partecipe deve essere oggetto di mera rappresentazione, non di volizione, aspetto limitato agli elementi costitutivi del reato, e non può, comunque, essere connotata dal mero sospetto, poiché in tal caso si porrebbe a carico del concorrente un onere informativo di difficile perseguibilità.

A tal riguardo occorre accertare se il partecipe è in grado di cogliere la finalità avuta di mira dal partecipe, condizione che può verificarsi sia a seguito della estrinsecazione espressa da parte dell'agente delle proprie finalità, o per effetto della manifestazione dei suoi elementi concreti, quali particolari rapporti del partecipe con l'associazione illecita territoriale, o di altri elementi di fatto che emergano dalle prove assunte. In presenza di tali dati dimostrativi, non potrebbe negarsi che l'agente, cui si riferisce l'art. 59, secondo comma, cod. pen., concetto che comprende chiunque dia il suo contributo alla realizzazione dell'illecito, e quindi anche il partecipe, si sia rappresentato la finalità tipizzante la fattispecie aggravata, e pur, non agendo personalmente a tal fine, abbia assicurato il suo apporto al perfezionamento dell'azione illecita, nelle forme volute dai concorrenti.

Il principio enunciato dalla Suprema Corte, in conclusione, tiene in debita considerazione la posizione del soggetto agente, distinguendola da quella del concorrente, sul piano dell'incidenza del nesso psicologico e funzionale della condotta, cosicché «*L'aggravante agevolatrice dell'attività mafiosa prevista dall'art. 416-bis 1 cod. pen. ha natura soggettiva ed è caratterizzata da dolo intenzionale*» e nel reato concorsuale si applica al concorrente non animato da tale scopo, che risulti consapevole dell'altrui finalità. Vale la pena di specificare che la consapevolezza dell'altrui finalità, in capo al concorrente, deve essere oggetto di mera rappresentazione e non di volizione, così restringendo le maglie della ascrivibilità di tale aggravante.