

CORSO DI PREPARAZIONE AL CONCORSO IN MAGISTRATURA

2019-2020

Giappichelli Formazione

Responsabile scientifico

Vincenzo Lopilato-Antonella Massaro

Tema di diritto penale

Premessi riferimenti generali alla imputazione delle circostanze e delle cause di non punibilità in regime di concorso di persone nel reato, si tratti della disciplina applicabile alla circostanza aggravante per reati connessi ad attività mafiosa (art. 416 bis 1 c.p.), precisando altresì la distinzione rispetto al cd. concorso esterno in associazione mafiosa.

Impostazione sistematica “ideale”.

Prima parte. I criteri di imputazione delle circostanze e delle cause di non punibilità in regime di concorso di persone nel reato: l'art. 118 c.p. e la distinzione tra circostanze oggettive e soggettive.

- i. Gli articoli 118 e 119 c.p., che “chiudono” la disciplina codicistica del concorso di persone nel reato, stabiliscono i criteri di comunicabilità delle circostanze, sia di quelle in senso tecnico (aggravanti e attenuanti) sia di quelle che escludono la pena.
- ii. La formulazione attuale dell'art. 118 c.p. è stata introdotta dalla l. n. 19 del 1990. Nella sua formulazione originaria, l'art. 118 c.p. assumeva come base la distinzione tra circostanze oggettive e soggettive, a sua volta ricavabile dall'art. 70 c.p. Le circostanze oggettive, tanto aggravanti quanto attenuanti, si applicavano a tutti i partecipanti. Le circostanze soggettive, per contro, si applicavano soltanto al concorrente cui si riferivano, fatta eccezione per le circostanze soggettive, non inerenti la persona del colpevole, che avessero contribuito ad agevolare l'esecuzione del reato e che per questo venivano comunemente definite come “circostanze soggettive oggettivizzate”.
- iii. La riforma dell'art. 59 c.p. intervenuta con la legge del 1990 ha reso necessaria anche una riscrittura dell'art. 118 c.p. L'articolo in questione, attualmente, si limita a prevedere che alcune circostanze, che di fatto rappresentano alcune delle circostanze soggettive previste dall'art. 70 c.p., sono valutate soltanto con riguardo alla persona cui si riferiscono. Dovrebbe

pertanto ritenersi, argomentando *a contrario*, che tutte le altre circostanze possano estendersi a tutti i concorrenti.

- iv. La nuova formulazione dell'art. 118 c.p. va però coordinata con quella dell'art. 59 c.p.: mentre le attenuanti possono operare oggettivamente, per le aggravanti si richiede che le stesse siano conosciute, ignorate oppure ritenute inesistenti per errore determinato da colpa.
- v. A ciò si aggiunga che se la comunicabilità può valere senza difficoltà per quelle circostanze che, in quanto oggettive, si riferiscono alla struttura del fatto di reato realizzato, potrebbe risultare più complessa per le circostanze soggettive non comprese nell'elenco dell'art. 118 c.p., ben potendo trattarsi, per esempio, di circostanze che valorizzino una particolare qualità del singolo soggetto.
- vi. L'impressione, soprattutto esaminando la giurisprudenza, è quella per cui, di fatto, la distinzione tra circostanze oggettive e soggettive mantenga una propria rilevanza anche a seguito della riforma dell'art. 118 c.p., nel senso che si tende a escludere la comunicabilità ai concorrenti di quelle circostanze che si riferiscano a qualità personali del soggetto o che, in ogni caso, avrebbe ben poco senso estendere agli altri compartecipi.

Seconda parte. Le circostanze oggettive e soggettive che escludono la pena: l'art. 119 c.p.

- i. La distinzione tra circostanze oggettive e soggettive fa da sfondo anche all'art. 119 c.p., il quale, riferendosi alle circostanze che escludono la pena, prevede al primo comma che quelle soggettive hanno effetto soltanto per la persona cui si riferiscono, mentre quelle oggettive si estendono a tutti i concorrenti.
- ii. La lettura dell'art. 119 c.p., per la verità, non è unanime. Le difficoltà interpretative si collocano su un duplice piano: anzitutto, si tratta di chiarire a cosa il legislatore faccia riferimento con l'espressione "cause che escludono la pena" e, in secondo luogo, si rende necessario chiarire in che modo debba intendersi il riferimento alle circostanze oggettive e a quelle soggettive.
- iii. Secondo una prima lettura, anche in riferimento all'art. 119 c.p. dovrebbe trovare applicazione l'art. 70 c.p.

Si è però obiettato che quest'ultima disposizione si riferisca alle sole circostanze in senso tecnico e non anche a quelle di esclusione della pena: pur potendo fornire indicazioni utili sul piano interpretativo, non potrebbe attribuirsi valenza decisiva all'art. 70 c.p.

Per questa ragione, alcuni ritengono che le cause soggettive di esclusione della pena previste dal primo comma dell'art. 119 c.p. sarebbero le cause di esclusione della colpevolezza, le scusanti e le cause di non punibilità in senso stretto: è bene tuttavia precisare che le

categorie in questione sono molto discusse sul piano ricostruttivo in quanto, non trovando sicuro fondamento nel diritto positivo, si prestano a lettura non sempre coincidenti.

Il secondo comma dell'art. 119 c.p., invece, si riferirebbe alle cause di giustificazione.

Terza parte. L'art. 416-bis 1 c.p. e le due aggravanti previste dal primo comma

- i. La distinzione tra circostanze oggettive e soggettive, con particolare riguardo alle circostanze in senso tecnico e, quindi, al regime di comunicabilità descritto dall'art. 118 c.p., è di recente tornata attuale in riferimento all'art. 416-bis 1 c.p.
- ii. L'articolo in questione prevede una circostanza aggravante speciale che, originariamente inserita nell'art. 7 del d.l. n. 152 del 1993 (l. n. 203 del 1991), è stata ricollocata nel codice penale dal d.lgs. n. 21 del 2018, in esecuzione del principio della riserva di codice.
- iii. Il primo comma dell'art. 416-bis 1 c.p., in realtà, prevede due distinte circostanze aggravanti.

Nella prima parte si stabilisce un aumento di pena per quei delitti che, puniti con pena diversa dall'ergastolo, siano commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis c.p. e, quindi, avvalendosi del c.d. metodo mafioso. La *ratio* dell'aggravante è tanto quella di evitare fenomeni emulativi quanto quella di punire più severamente delitti commessi con modalità tali da incidere negativamente sulla libertà di autodeterminazione dei soggetti passivi.

Quanto alla natura oggettiva o soggettiva, è sufficientemente pacifica l'opinione per cui l'aggravante del metodo mafioso, riferendosi alle modalità dell'azione, presenti carattere oggettivo, sia di carattere oggettivo, risultando pertanto applicabile a tutti i concorrenti.

- iv. Risulta invece più controversa la natura dell'aggravante prevista dalla seconda parte del primo comma dell'art. 416-bis 1 c.p., applicabile quando il reato sia stato commesso al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dall'art. 416-bis c.p.

La giurisprudenza ha seguito, essenzialmente, tre diversi orientamenti.

Il primo orientamento è quello che conclude per la natura soggettiva dell'aggravante, riconducendola a un atteggiamento psicologico dell'agente: il riferimento più frequente è ai motivi a delinquere e, più esattamente, al dolo specifico.

Un secondo orientamento ritiene che l'aggravante sia integrata da un elemento oggettivo e che, più esattamente, sia riconducibile alle circostanze oggettive così come definite dall'art. 70 c.p.

Un terzo orientamento, che può considerarsi intermedio rispetto ai precedenti, ritiene che la natura dell'aggravante debba essere definita caso per caso, valutando se, nella vicenda

concreta, la stessa si configuri come un dato oggettivo, capace di andare oltre la condotta del singolo agente e di agevolare la commissione del reato.

- v. Il dato di maggiore rilievo è che non sempre la giurisprudenza ha fatto derivare dalla natura soggettiva o oggettiva dell'aggravante le conseguenze definite in relazione alla loro comunicabilità ai concorrenti. Più esattamente, molte sentenze che hanno concluso per la natura soggettiva hanno ammesso che la circostanza potesse estendersi anche ai compartecipi. Si è richiesto in alcuni casi la necessaria presenza di un elemento di carattere oggettivo, consistente, in particolare, nella idoneità della condotta ad agevolare l'associazione mafiosa. Si tratta di un'operazione che, sul piano interpretativo, richiama quella svolta in riferimento ad alcuni reati a dolo specifico che, in maniera più evidente, mostravano tensioni rispetto al principio di necessaria offensività: si pensi, per esempio, a quanto avvenuto sul fronte dei delitti di terrorismo, con il tentativo di "oggettivizzare" il dolo specifico e di dotarlo quindi di un substrato di carattere "materiale e offensivo".

Quarta parte. La natura oggettiva o soggettiva dell'aggravante prevista dalla seconda parte del primo comma dell'art. 416-bis 1 c.p.: la soluzione delle Sezioni unite con la sentenza n. 8545 del 2020.

- i. Chiamata a risolvere il contrasto registratosi in giurisprudenza, la Corte di cassazione, a Sezioni unite, ha anzitutto concluso per la natura soggettiva della circostanza in questione, ritenendo che la stessa sia inerente ai motivi a delinquere.
- ii. L'aggravante in questione, in particolare, richiede che il soggetto delibere l'attività illecita nella *convinzione di apportare un vantaggio alla compagine associativa*.
- iii. È poi necessario che la volizione in questione *possa assumere un minimo di concretezza*, consistente, essenzialmente, nella idoneità ad agevolare l'attività dell'associazione. Gli elementi oggettivi in questione, che valgono ad offrire un riscontro della offensività della condotta, sono esplicitamente messi in relazione alle linee ermeneutiche già seguita dalla giurisprudenza in riferimento all'aggravante della finalità di terrorismo.
- iv. Si precisa, infine, che la finalità in questione *non deve essere esclusiva, ben potendo accompagnarsi ad esigenze egoistiche* dell'agente.
- v. Chiarita la natura soggettiva dell'aggravante, si tratta di verificare la disciplina applicabile per ciò che attiene alla sua comunicabilità ai concorrenti.

Le Sezioni unite ritengono che la distinzione tra circostanze oggettive e soggettive, da cui si fa dipendere l'estensione o meno agli altri compartecipi, non possa avvenire con esclusivo riferimento alle indicazioni offerte dall'art. 70 c.p.

Il discrimine, ai fini della possibilità di estensione delle circostanze, *riguarda piuttosto la possibilità di estrinsecazione della circostanza all'esterno, cosicché rimane esclusa dall'attribuzione al compartecipe qualsiasi elemento, di aggravamento o di attenuazione della fattispecie, confinato all'intanto dell'agente che, proprio in quanto tale, non può subire estensione ai concorrenti, perché da questi non necessariamente conoscibile.*

Qualora, per contro, si rinvenivano "elementi oggettivi" dai quali si ricava che l'intento dell'agente fosse conosciuto dal concorrente, ben potrebbe la circostanza in questione estendersi anche ai compartecipi.

- vi. Le Sezioni unite ritengono che questa soluzione risulti in linea con quella già seguita in materia di premeditazione, di motivi abietti o futili e di nesso teleologico.

Quarta parte. I rapporti con il concorso esterno in associazione mafiosa

- i. Le Sezioni unite, con la pronuncia alla quale si è appena fatto riferimento, precisano anche la distinzione tra il concorrente che pone in essere l'illecito aggravato e il concorrente esterno in associazione mafiosa.
- ii. Il concorrente esterno ha un rapporto effettivo con il gruppo, della cui natura e funzione ha una conoscenza effettiva. Affinché la condotta del concorrente esterno possa considerarsi penalmente rilevante, inoltre, è necessario che si verifichi il risultato positivo per l'associazione.
- iii. Nella figura aggravata l'utilità dell'intervento può essere valutata astrattamente anche solo da uno dei concorrenti e, soprattutto, non è necessaria l'effettiva realizzazione della concreta agevolazione dell'attività dell'associazione.
- iv. Non sarebbe incoerente, ad avviso delle Sezioni unite, il fatto che per una figura circostanziata si preveda un dolo specifico assente invece nella corrispondente fattispecie base: si tratta, in effetti, di uno schema già ravvisabile in altre ipotesi (art. 61 n. 1 c.p., per esempio) e che la cui ammissibilità non si scontra con alcun ostacolo sul piano sistematico.

Conclusioni

- i) La conclusione del tema potrebbe evidenziare come il contrasto registratosi in riferimento all'imputazione dell'aggravante di agevolazione prevista dall'art. 461-bis 1 c.p. non faccia altro che confermare la complessa linea di confine tra elemento soggettivo ed elemento oggettivo. Il dolo specifico e i motivi a delinquere, in particolare, oscillano tra l'elemento psicologico e le modalità della condotta, con oscillazioni ricostruttivo-sistematiche che inevitabilmente producono le loro

conseguenze quando si tratta di stabilire la disciplina applicabile in regime concorsuale. La soluzione delle Sezioni unite, in sostanza, prova a “riscrivere” la distinzione tra circostanze oggettive e soggettive attraverso un criterio che, sebbene presenti non poche criticità a livello generale, si propone di superare l’ondivago riferimento offerto dall’art. 70 c.p.

L’impressione, infine, è quella di un surrettizio ritorno alla formulazione originaria dell’art. 118 c.p., coordinata con il nuovo testo dell’art. 59 c.p., ma che certamente sembrerebbe “andare oltre” la scelta compiuta dal legislatore del 1990.