

LEZIONE DEL 28 MARZO 2022

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

CORSO DI PREPARAZIONE AL CONCORSO IN MAGISTRATURA 2021-2022

GIAPPICHELLI EDITORE

Responsabile scientifico

Vincenzo Lopilato

LEZIONE DEL 28 MARZO 2022

di Vincenzo Lopilato e Antonella Massaro

Diritto penale

AREE TEMATICHE

CONCORSO DI PERSONE – TENTATIVO – CIRCOSTANZE – RECIDIVA

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Omissis.

Argomento 11

TRACCIA

Circostanze oggettive e soggettive e comunicabilità in regime di concorso di persone, con particolare riferimento all'aggravante agevolatrice dell'attività mafiosa.

A. Schema per punti

1. 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. **2.** Le circostanze oggettive e soggettive che escludono la pena: l'art. 119 c.p. **3.** L'art. 416-bis 1 c.p. e le due aggravanti previste dal primo comma. **4.** 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. **5.** I rapporti con il concorso esterno in associazione mafiosa.

Nota. *Si rinvia alla lezione per lo sviluppo della traccia.*

A.2. Inquadramento teorico-ricostruttivo

Nota. *Si riproduce qui di seguito lo schema di un tema assegnato durante il corso ordinario A.A. 2019-2020, che sviluppa i punti indicati nella sezione precedente.*

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 compartecipi. 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.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 2 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

- 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.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 3 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

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 deliberi 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 rinviengano "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 *Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa* 4 *perché coperti dal diritto d'autore*.
Giappichelli Formazione

materia di premeditazione, di motivi abietti o futili e di nesso teleologico.

Quinta 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.

B. Giurisprudenza

1. Cass. pen., sez. un., 19 dicembre 2019, n. 8545.

Omissis.

1. *La questione di diritto per la cui soluzione il ricorso è stato rimesso alle Sezioni unite può illustrarsi nei termini seguenti: "se l'aggravante speciale già prevista dal D.L. n. 152 del 1991, art. 7, ed oggi inserita nell'art. 416-bis c.p., comma 1, che prevede l'aumento di pena quando la condotta tipica sia consumata al fine di agevolare le associazioni mafiose, abbia natura oggettiva concernendo le modalità dell'azione, ovvero abbia natura soggettiva concernendo la direzione della volontà".*

2. *L'aggravante prevista dal D.L. 13 maggio 1991, n. 152, art. 7, convertito con modificazioni dalla L. 12 luglio 1991, n. 203, il cui contenuto è oggi trasfuso nell'art. 416-bis c.p., comma 1, norma cui si farà riferimento nel prosieguo, rappresenta garanzia di una maggiore efficacia della funzione preventivo-repressiva del fenomeno mafioso.*

La novella normativa è intervenuta a seguito della verifica dell'assoluta pericolosità dell'attività mafiosa in quel periodo storico ove si accertò che le associazioni illecite di stampo mafioso evidenziavano una sempre maggiore pervasività, e per la prima volta mostravano di estendersi anche a finalità eversive. Tale constatazione impose l'intervento finalizzato al tentativo di isolare l'attività illecita, comunque riferibile a quel contesto, con la previsione di una circostanza di carattere generale.

Appare sintomatica di tale finalità l'uniformità delle risposte che emergono dalla strutturazione testuale della fattispecie nei medesimi termini previsti per i reati in materia di terrorismo o eversione dell'ordine democratico dal D.L. 15 dicembre 1979, n. 625, art. 1, convertito con modificazioni dalla L. 6 febbraio 1980 n. 15.

La disposizione dell'art. 416-bis c.p., comma 1, prevede anche l'aggravante del metodo mafioso, la cui applicazione ha dato luogo a minori problemi interpretativi. Con essa 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

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 5 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

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.

Controversa invece la natura dell'aggravante prevista nella seconda parte dell'art. 416-bis c.p., comma 1, caratterizzata dalla finalità di agevolazione.

3. Appare utile esaminare le varie letture interpretative cui ha dato origine l'istituto che prevede l'aggravamento di pena ove qualsiasi reato sia stato commesso "al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dall'art. 416-bis c.p.", per poi individuare la disciplina applicabile in caso di concorso di persone nel reato.

3.1. Secondo un primo orientamento tale circostanza è integrata da un atteggiamento di tipo psicologico dell'agente, che richiama i motivi a delinquere ed è riconducibile alle circostanze indicate nell'art. 118 c.p.: quindi non estensibile ai concorrenti nel reato.

Secondo un contrapposto orientamento, l'aggravante è 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., non contemplate dall'art. 118 c.p., con conseguente estensibilità ai concorrenti, ai sensi dell'art. 59 c.p., comma 2, purchè conosciuta e conoscibile.

Secondo un ulteriore orientamento, la natura dell'aggravante e la disciplina in caso di concorso di persone nel reato dipendono da come la stessa si attegga in concreto e dal reato cui essa acceda.

3.2. Secondo l'orientamento che ritiene l'aggravante di natura soggettiva, essa sarebbe integrata da un atteggiamento psicologico, per lo più definito in termini di dolo specifico: occorre cioè che l'agente, oltre alla coscienza e volontà del fatto materiale integrante l'elemento oggettivo del reato base, agisca per un fine particolare (quello di agevolare l'attività dell'associazione di tipo mafioso), la cui realizzazione non è necessaria per l'integrazione dell'aggravante. Questa viene quindi ritenuta di natura soggettiva, in quanto concernente i motivi a delinquere o l'intensità del dolo, e riconducibile nell'ambito di quelle contemplate dall'art. 118 c.p., che "sono valutate soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono" e non si estendono, pertanto, ai concorrenti nel reato.

Nell'ambito di questo orientamento non è tuttavia pacifico come deve individuarsi l'elemento soggettivo necessario ad integrare l'aggravante, se cioè occorra che l'agente persegua esclusivamente come scopo finale quello di agevolare l'associazione, in quanto molte sentenze ritengono che l'aggravante non sia esclusa dal fatto che l'agente persegua un diverso scopo, purchè sia sicuramente consapevole di avvantaggiare l'associazione mafiosa.

Analogamente non appare pacifico, nell'ambito del medesimo orientamento, quale sia il requisito necessario ai fini dell'applicazione della circostanza in caso di concorso di persone nel reato, ai sensi dell'art. 118 c.p., e cioè 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.

Infatti, mentre in alcune pronunce la Corte richiede la necessità di accertare il dolo specifico di agevolazione in capo a ciascun concorrente a cui deve essere applicata, secondo molte altre l'aggravante dell'agevolazione mafiosa può essere applicata al concorrente nel reato, in base all'art. 118 c.p., non soltanto quando risulti che lo stesso abbia agito con lo scopo di agevolare l'attività di un'associazione di tipo mafioso, ma anche quando abbia fatta propria tale finalità, perseguita da altro concorrente. Ciò in linea con quanto ritenuto per altre aggravanti di natura soggettiva, quali quelle del nesso teleologico, dei motivi abietti o futili o della premeditazione.

Nelle pronunce che seguono questo percorso esegetico è poi generalmente richiesta la necessaria presenza, ai fini del riconoscimento dell'aggravante, di un elemento di natura oggettiva, costituito dalla direzione o dall'idoneità dell'azione ad agevolare l'associazione mafiosa.

Se tale requisito è prevalentemente richiesto a fini di prova dell'elemento soggettivo che integra l'aggravante, tuttavia talora la giurisprudenza ne ha evidenziato la necessità, quale ulteriore elemento costitutivo dell'aggravante, ai fini del rispetto del principio di offensività.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 6 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Nel senso della natura soggettiva dell'aggravante cd. agevolativa si sono già espresse le Sezioni Unite, nelle due decisioni che si sono occupate di questioni, diverse da quella oggi rimessa, concernenti l'applicazione del D.L. n. 152 del 1991, art. 7.

Nella sentenza n. 10 del 28/03/2001, Cinalli, Rv. 218378, l'aggravante dell'agevolazione - a differenza di quella del metodo mafioso - è stata ritenuta 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" ed è "relativa alla semplice volontà di favorire, indipendentemente dal risultato, l'attività del gruppo, e cioè qualsiasi manifestazione esteriore del medesimo"; concetto, quest'ultimo che non coincide con il perseguimento dei fini sociali in cui si sostanzia invece il dolo dell'illecito tipizzato dall'art. 416-bis c.p..

Secondo quanto ritenuto dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 337 del 18/12/2008, dep. 2009, Antonucci, Rv. 241575, l'aggravante in esame è di "natura soggettiva", giacché è "costituita dallo scopo di agevolare, con il delitto posto in essere, l'attività dell'associazione di tipo mafioso", e, inoltre, si pone in rapporto di specialità con l'aggravante comune dei motivi abietti o futili.

Tra le pronunce delle sezioni semplici che hanno valutato in senso analogo la natura della richiamata circostanza cfr. da ultimo Sez. 6, n. 24883 del 15/05/2019, Crocitta, Rv. 275988; Sez. 6, n. 52910 del 24/10/2018, Vitale, non mass.; Sez. 2, n. 53142 del 18/10/2018, Inzillo, Rv. 274685; Sez. 6, n. 46007 del 06/07/2018, D'Ambrosca, Rv. 274280; Sez. 1, n. 52505 del 20/12/2017, dep. 2018, Lamanna, Rv. 276150; Sez. 6, n. 8891 del 19/12/2017, dep. 2018, Castiglione, Rv. 272335; Sez. 2, n. 6021 del 29/11/2017, dep. 2018, Lombardo, Rv. 272007; Sez. 1, n. 54085 del 15/11/2017, Quaranta, Rv. 271641; Sez. 6, n. 11356 del 08/11/2017, dep. 2018, Ardente, Rv. 272525; Sez. 6, n. 54481 del 06/11/2017, Madaffari, Rv. 271652; Sez. 6, n. 28212 del 12/10/2017, dep. 2018, Barallo, Rv. 273538; Sez. 6, n. 43890 del 21/06/2017, Aruta, Rv. 271098. Alcune di esse precisano di non ritenere che la direzione della volontà nel senso agevolativo debba essere esclusiva: Sez. 2, n. 53142 del 18/10/2018, Inzillo, Rv. 274685; Sez. 3, n. 9142 del 13/01/2016, Basile, Rv. 266464; Sez. 3, n. 36364 del 20/05/2015, Mancuso, non mass.; Sez. 5, n. 11101 del 04/02/2015, Platania, Rv. 262713; Sez. 1, n. 49086 del 24/05/2012, Acanfora, Rv. 253962.

3.3. Il contrapposto orientamento è nel senso che la circostanza in esame sia integrata da un elemento oggettivo, consistente nell'essere l'azione "rivolta ad agevolare un'associazione di tipo mafioso", e che sia quindi di natura oggettiva ai sensi dell'art. 70 c.p., in quanto concernente le modalità dell'azione. In tal senso, si sono espresse: Sez. 2, n. 24046 del 17/01/2017, Tarantino, Rv. 270300; Sez. 6, n. 19802 del 22/01/2009, Napolitano, Rv. 244261; Sez. 2, n. 52025 del 24/11/2016, Vernengo, Rv. 268856; Sez. 5, n. 9429 del 13/10/2016, dep. 2017, Mancuso, Rv. 269365; Sez. 5, n. 10966 del 08/11/2012, dep. 2013, Minniti, Rv. 255206.

Secondo le sentenze riconducibili a tale orientamento, quindi, l'aggravante dell'agevolazione non è riconducibile a quelle contemplate dall'art. 118 c.p., ed è pertanto estensibile ai concorrenti nel reato.

Dette pronunce, per quanto è dato comprendere dalle motivazioni, non ritengono però sufficiente, ai fini dell'integrazione della circostanza, un atteggiamento riconducibile all'ignoranza incolpevole.

L'ignoranza incolpevole può essere sufficiente ai fini dell'estensione della circostanza ai concorrenti nel reato, ma non per l'integrazione dell'aggravante, per la quale sembra richiesta la sussistenza, in capo ad almeno uno dei concorrenti, o del dolo specifico o della consapevolezza della funzionalizzazione della condotta all'agevolazione dell'associazione di tipo mafioso.

Si rileva quindi che, anche la classificazione della circostanza quale oggettiva, non si sottrae alla necessità di verifica dell'elemento psicologico caratterizzante la finalizzazione della condotta.

L'analisi del percorso valutativo appena riportata chiarisce che in entrambe le chiavi di lettura si conferisce rilievo, nel primo caso, ad una ricaduta oggettiva dell'aspirazione dell'agente, e nel secondo ad una direzione di volontà, che comunque deve accompagnare l'utilità potenziale ed astratta del risultato per la compagine illecita, sotto l'aspetto della previsione dell'agente.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 7 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

3.4. *L'orientamento intermedio è nel senso che la natura dell'aggravante (e la disciplina in caso di concorso di persone nel reato) dipende da come la stessa si atteggia in concreto e dal reato a cui accede: quando l'aggravante, in concreto, si configura come un dato oggettivo, che travalica la condotta del singolo agente, e che, piuttosto che denotare una specifica attitudine delittuosa del singolo concorrente, finisce per agevolare la commissione del reato, deve ritenersi estensibile ai concorrenti, in base al principio ubi commoda ibi incommoda che deve guidare l'interpretazione nei casi dubbi, e far ritenere oggettive le aggravanti che abbiano facilitato la commissione del reato. Ciò viene ritenuto ravvisabile, con riferimento al reato associativo, allorquando la finalità di agevolare un'associazione mafiosa risulti direttamente connessa alla concreta struttura organizzativa dell'associazione semplice, perchè questa si pone in collegamento con l'associazione mafiosa (vuoi perchè la seconda le garantisce spazi di operatività nei territori controllati, oppure avallo e protezione in cambio dello svolgimento a suo vantaggio di parte della propria attività, vuoi perchè la prima sostiene la seconda o ne reimpiega i profitti, o contribuisce a formare una cassa comune, o comunque la agevola con altre modalità), e rappresenta un dato oggettivo e strutturale, che riguarda il modo di essere della associazione e dunque le modalità di commissione del fatto di reato.*

Anche tale orientamento richiede, in via generale, ai fini dell'integrazione dell'aggravante, che l'attività dell'agente esprima comunque una oggettiva capacità di agevolare, almeno potenzialmente, l'associazione criminale, ritenendo necessaria un'interpretazione della norma che prevede l'aggravante in termini che, non confinandosi entro il tenore letterale della disposizione, si conformino alla struttura di un diritto penale (quale è quello del vigente sistema italiano) del comportamento.

3.5. *L'ordinanza di remissione fonda il rilevato contrasto sulla considerazione che l'orientamento secondo cui l'aggravante di natura soggettiva non richiederebbe, ai fini dell'integrazione, il dolo specifico, ma il solo dolo generico, in quanto, postulando la necessità di un elemento di natura oggettiva, ridurrebbe la rilevanza dell'elemento psicologico alla "copertura volitiva" di tale elemento obiettivo. Conseguentemente il contrasto sarebbe ridotto alla "copertura volitiva" dell'elemento materiale consistente nella "concreta funzionalizzazione dell'attività criminosa contestata all'agevolazione di un'associazione mafiosa", nel senso cioè che il contrasto si configurerebbe tra una tesi che ritiene necessaria "la volizione piena e specifica ovvero la piena consapevolezza" della oggettiva finalità agevolatrice della condotta, ed una contrapposta tesi per la quale "è sufficiente che il nesso funzionale tra reato contestato e associazione mafiosa sia sorretto da una 'volizione attenuata cioè l'ignoranza colposa".*

3.6. *In realtà, dall'analisi delle sentenze riconducibili all'orientamento che ritiene l'aggravante di natura soggettiva emerge che, quando è richiesto un ulteriore elemento, di natura oggettiva, attinente alle "modalità dell'azione", questo, prevalentemente, non viene configurato come elemento costitutivo della fattispecie che prevede la circostanza aggravante, bensì quale fatto da cui desumere la prova della sussistenza dell'elemento psicologico, che rappresenta l'unico elemento costitutivo dell'aggravante.*

Non si tratta quindi di stabilire quale sia la "copertura volitiva di tale elemento", perchè questo rileva, unicamente, ai fini di prova dell'elemento psicologico integrante l'aggravante, prevalentemente individuato nel dolo specifico.

Pertanto, diversamente da quanto ritenuto nell'ordinanza di remissione, dalla lettura dei precedenti in argomento risulta che la richiesta di tale ulteriore requisito, di natura oggettiva, attenendo alla prova dell'elemento soggettivo che integra l'aggravante, e non essendo quindi configurato quale ulteriore elemento costitutivo della fattispecie che prevede la circostanza, non escluda che quest'ultima possa essere inquadrata tra quelle relative ai motivi a delinquere.

3.7. *Peraltro, all'esclusione della configurabilità dell'aggravante come relativa ai motivi a delinquere non conduce neppure la tesi che ha valorizzato la necessità di tale ulteriore elemento obiettivo non a meri fini di prova del dolo specifico, bensì quale ulteriore elemento costitutivo*

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 8 perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

dell'aggravante, nell'ottica di rendere la disposizione di cui all'art. 416-bis c.p., comma 1, maggiormente aderente al principio di offensività.

Tale tesi, infatti, ritiene elementi costitutivi dell'aggravante tanto l'elemento soggettivo del dolo specifico, quanto l'ulteriore elemento, di natura oggettiva, individuato nell'idoneità del fatto a realizzare il fine dell'agente, e quindi nell'idoneità del fatto ad agevolare l'attività dell'associazione mafiosa: in tal modo sembra configurare una circostanza mista, i cui elementi costitutivi sono uno di natura soggettiva e uno di natura oggettiva, riconducibili tanto a quelle attinenti ai motivi a delinquere, quanto a quelle oggettive inerenti le modalità della condotta.

3.8. D'altra parte, l'orientamento che ritiene di natura oggettiva l'aggravante dell'agevolazione mafiosa, non considera sufficiente, ai fini dell'integrazione della circostanza, un atteggiamento riconducibile all'ignoranza incolpevole, per essa richiedendo la sussistenza, in capo ad almeno uno dei concorrenti, o del dolo specifico o della consapevolezza della funzionalizzazione della condotta all'agevolazione dell'associazione di tipo mafioso.

Pertanto, non potendosi escludere che l'orientamento secondo cui la natura soggettiva dell'aggravante richieda anche la prova del dolo specifico dell'agente, e non potendosi ritenere che per l'orientamento che ritiene la natura oggettiva dell'aggravante sia sufficiente ai fini della sua integrazione la colpevole ignoranza dell'elemento oggettivo della funzionalizzazione della condotta all'agevolazione dell'associazione di tipo mafioso, il contrasto non sembra poter essere ricondotto alla contrapposizione tra una tesi che ritiene necessaria "la volizione piena e specifica ovvero la piena consapevolezza della finalità agevolatrice" della condotta e una contrapposta tesi per la quale "è sufficiente che il nesso funzionale tra reato contestato e associazione mafiosa sia sorretta da una "volizione attenuata" cioè l'ignoranza colposa".

3.9. L'analisi delle sentenze che hanno seguito gli opposti orientamenti, e la loro lettura, anche alla luce delle fattispecie in cui si sono pronunciate, conduce a ravvisare il contrasto sotto i seguenti profili:

- l'individuazione dell'elemento soggettivo necessario ad integrare l'aggravante, dovendosi stabilire se esso consista nel dolo specifico ovvero nella mera consapevolezza della direzione (o idoneità) della condotta ad agevolare l'attività dell'organizzazione criminale (con la puntualizzazione che entrambe le tesi sono sostenute nell'ambito di ciascuno dei contrapposti orientamenti);

- il requisito necessario per l'"estensione" o l'applicabilità dell'aggravante ai concorrenti nel reato, individuato nel dolo specifico o nella consapevolezza dalle sentenze riconducibili all'orientamento che la ritiene di natura soggettiva, ovvero nella mera ignoranza colposa dalle sentenze che la ritengono di natura oggettiva.

Infatti, per quanto attiene all'individuazione dell'elemento soggettivo integrante l'aggravante dell'agevolazione mafiosa:

- nell'ambito dell'orientamento che ritiene soggettiva l'aggravante, l'elemento psicologico necessario ad integrarla, per alcune sentenze, consiste nel dolo specifico, mentre, per altre, si esaurisce nella consapevolezza che la condotta sia funzionale ad agevolare l'organizzazione criminale;

- analogamente, anche nell'ambito del contrapposto orientamento che ritiene oggettiva l'aggravante, ai fini della sua integrazione, oltre all'elemento oggettivo inerente alle modalità della condotta, è richiesto che in capo ad almeno uno dei concorrenti sia configurabile il dolo specifico, oppure, secondo alcune sentenze, è sufficiente la mera consapevolezza della oggettiva finalizzazione dell'azione all'agevolazione dell'attività dell'associazione mafiosa.

4. Analizzando le decisioni che si occupano di individuare la disciplina applicabile in caso di concorso di persone nel reato, il contrasto non si riduce alla mera alternativa tra chi sostiene l'applicabilità dell'art. 118 c.p. e chi ritiene, invece, applicabile l'art. 59 c.p., comma 2 e quindi sufficiente l'ignoranza colposa per l'estensione dell'aggravante al concorrente.

Infatti, nell'ambito dell'orientamento che ritiene di natura soggettiva l'aggravante si distingue la tesi che richiede per la sua applicazione al concorrente nel reato che anch'esso sia animato dal dolo specifico, da quella che ritiene sufficiente la mera consapevolezza della finalità perseguita

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 9 perché coperti dal diritto d'autore.

dall'agente o, addirittura, la sola ignoranza colposa dell'idoneità della condotta ad agevolare l'attività dell'associazione mafiosa.

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, essendo evidente che là dove si ritenga sufficiente la mera consapevolezza dell'idoneità della condotta ad agevolare l'attività dell'associazione mafiosa, ai fini del riferimento dell'aggravante tanto a carico dell'agente, quanto a carico del concorrente, ai sensi dell'art. 118 c.p., risulterebbe sufficiente tale mera consapevolezza.

Il tema oggetto del contrasto è poi complicato dal fatto che spesso le sentenze riconducibili ad entrambi i contrapposti orientamenti si sono pronunciate in fattispecie nelle quali il delitto, in relazione al quale era contestata l'aggravante in esame, aveva in concreto agevolato l'attività dell'associazione di tipo mafioso, nelle quali cioè il fine richiesto per l'integrazione dell'aggravante si era realizzato.

Si tratta, per lo più, di fattispecie in cui il delitto commesso (in genere, ma non solo, si tratta di favoreggiamento personale) agevoli un partecipe dell'associazione mafiosa e, quale conseguenza (diretta o indiretta), l'associazione stessa.

La peculiarità di tali fattispecie incide sulla ricostruzione, in concreto, dell'elemento psicologico integrante l'aggravante, in quanto, se il fine previsto dall'art. 416-bis c.p., comma 1, si è realizzato, da un lato può essere ravvisabile la consapevolezza del vantaggio arrecato all'associazione mafiosa dal delitto commesso (e non solo dell'idoneità del delitto ad agevolare l'associazione), e, dall'altro lato, il dato oggettivo del vantaggio arrecato (anche) all'associazione è spesso ritenuto sufficiente ai fini della prova del dolo specifico.

5. E' bene evidenziare che alle oscillazioni giurisprudenziali sulla natura della aggravante in oggetto non ha fatto sponda l'analisi dottrinale, che proprio sulla base del dato testuale ha sostenuto la sua natura soggettiva, limitandosi ad esigere che tale rappresentazione si accompagni ad elementi di fatto di natura oggettiva, proprio per evitare di punire più severamente un'azione la cui potenzialità lesiva si esaurisca nell'elaborazione intenzionale, così giungendo a punire il pericolo del pericolo. Solitamente si ritiene quindi che l'aggravante si configuri in maniera simile ai reati di pericolo, con dolo di danno.

La ricerca della concreta potenzialità offensiva, che deve caratterizzare ogni condotta illecita, ha suggerito un parallelo tra i reati a dolo specifico o intenzionale, ai quali si ascrive, per quanto detto, il reato aggravato ai sensi dell'art. 416-bis c.p., comma 1 ed il reato tentato, richiedendo per la configurazione della fattispecie, non solo l'intenzione, ma elementi concreti, idonei a rendere possibile la realizzazione dell'intento avuto di mira, quali l'esistenza del gruppo criminale ed il possibile raccordo tra quanto programmato dall'agente e l'attività illecita che caratterizza il primo. Quel che è dato sottolineare nella ricostruzione operata dalla dottrina è inoltre una sostanziale fungibilità della funzione del soggetto agevolatore che, proprio in quanto estraneo alla compagine, non è essenziale ai suoi scopi, ma occasionalmente ne agevoli, almeno in parte, le attività, anche quelle di natura marginale, e l'irrilevanza dell'effettivo ritorno di utilità della condotta illecita in favore della compagine, perchè possa configurarsi l'aggravante.

6. In tali elementi può cogliersi il senso della previsione dell'aggravante, che tende ad evitare effetti emulativi connessi all'esistenza del gruppo illecito, con le finalità pervasive previste quale elemento caratterizzante dall'art. 416-bis c.p., comma 3, e crea una sorta di cordone di contenimento, con il proposito di colpire tutte le aree che, attraverso le modalità della condotta, o attraverso la consapevole agevolazione, producano l'effetto del rafforzamento, se non concretamente della compagine, del pericolo della sua espansione, con la forza che le è tipica e la tacitazione di tutte le forze sociali che dovrebbero ad essa resistere.

Non si può dimenticare inoltre, nel tentativo di ricostruzione della natura giuridica dell'aggravante in esame che, oltre ad un ostacolo di carattere testuale, una lettura in termini puramente oggettivi della sua previsione deve essere esclusa anche in quanto connessa al pericolo di una individuazione

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 10 perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

postuma delle finalità, che consenta di ravvisare l'agevolazione tutte le volte in cui una condotta illecita abbia di fatto prodotto, o abbia le potenzialità per produrre, vantaggi alla compagine. Basti pensare all'amplissima gamma di condotte illecite ascrivibili al gruppo mafioso, spesso orbitante nell'ambito delle ordinarie attività economiche, per rendersi conto che un difetto di rappresentazione e volizione di tali conseguenze comporterebbe un difetto di tipicità della fattispecie, suscettibile di censure di costituzionalità.

In tal senso, l'evocazione dell'espressione "per agevolare comunque l'attività delle associazioni" contenuta nella relazione di accompagnamento alla proposta di modifica, richiamata nelle note di udienza del Procuratore generale per avvalorare la lettura oggettiva della fattispecie, non risulta significativa, in quanto tale termine non è presente nella descrizione normativa; per contro, una diversa lettura, evidenzia il pericolo di un'applicazione che prescindendo dalla volizione, in termini del tutto oggettivi, realizzata a seguito di una individuazione postuma dell'utilità della compagine territoriale, che finisce con l'ignorare del tutto la consapevolezza dell'agente, malgrado il testuale richiamo al fine della condotta.

7. Sulla base di quanto precede ritiene il Collegio che il dato testuale imponga la qualificazione della circostanza nell'ambito di quelle di natura soggettiva, inerenti al motivo a delinquere.

E' necessario approfondire se il richiamo alla finalità agevolativa debba esaurire la volizione dell'agente o se possa accompagnarsi a finalità più egoistiche.

In argomento è bene prendere le mosse dall'analisi svolta in punto di elemento intenzionale dalle Sezioni Unite n. 38343 del 24/04/2014, Espenhahn, Rv. 261109, per evidenziare che nella forma del dolo specifico o intenzionale la volontà della condotta si accompagna alla rappresentazione dell'evento, che è tenuto di mira dall'agente e giustifica l'azione, ancorché non necessariamente in forma esclusiva; tale forma di atteggiamento psicologico si distingue dal dolo diretto per la specifica direzione della condotta rispetto all'evento, che nella forma diretta si limita alla rappresentazione e non alla volizione, oltre che dell'azione, delle sue conseguenze.

La forma aggravata in esame esige quindi che l'agente deliberi l'attività illecita nella convinzione di apportare un vantaggio alla compagine associativa: è necessario però, affinché il reato non sia privo di offensività, che tale rappresentazione si fondi su elementi concreti, inerenti, in via principale, all'esistenza di un gruppo associativo avente le caratteristiche di cui all'art. 416-bis c.p. ed alla effettiva possibilità che l'azione illecita si iscriva nelle possibili utilità, anche non essenziali al fine del raggiungimento dello scopo di tale compagine, secondo la valutazione del soggetto agente, non necessariamente coordinata con i componenti dell'associazione.

Trattandosi invero di un'aggravante che colpisce la maggiore pericolosità di una condotta, ove finalizzata all'agevolazione, è necessario che la volizione che la caratterizza possa assumere un minimo di concretezza, anche attraverso una mera valutazione autonoma dell'agente, che non impone un raccordo o un coordinamento con i rappresentanti del gruppo e, soprattutto, non prevede che il fine rappresentato sia poi nel concreto raggiunto, pur essendo presenti tutti gli elementi di fatto, astrattamente idonei a tale scopo.

E' bene ribadire che tale finalità non deve essere esclusiva, ben potendo accompagnarsi ad esigenze egoistiche quali, ad esempio, la volontà di proporsi come elemento affidabile al fine dell'ammissione al gruppo o qualsiasi altra finalità di vantaggio, assolutamente personale, che si coniughi con l'esigenza di agevolazione.

8. Sia pure con le richiamate specificazioni non vi è dubbio quindi che il fine agevolativo costituisca un motivo a delinquere; peraltro il nostro sistema penale riconosce la rilevanza del motivo, non solo come elemento caratterizzante la fattispecie (finalità di terrorismo o di arricchimento patrimoniale per il sequestro di persona), ma anche nella forma circostanziale (quale il motivo abietto e futile, la finalità di discriminazione e odio etnico-razziale, la finalità di profitto nel reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, la finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico).

Non risulta pertanto condivisibile la perplessità espressa nell'ordinanza di rimessione, relativa all'inquadramento di un elemento strutturale della fattispecie, quale il dolo specifico, nell'elemento

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 11 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

accidentale, costituito dalla circostanza. A parte il richiamo a fattispecie analoghe, appena riferite, il dato si rivela anche concettualmente del tutto compatibile con il sistema, posto che il particolare atteggiamento psicologico è richiesto per la configurazione del solo elemento accidentale che, ove riscontrabile, si salda con quelli del reato a cui è applicabile per definire una autonoma fattispecie, che accede alla diversa disciplina nascente dalla fusione delle due previsioni.

Giova sul punto ricordare quanto espresso dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 40982 del 21/06/2018, P., Rv. 273937, ove si è richiamata la mancanza di differenza strutturale tra elementi costitutivi e circostanze del reato, in ragione di quanto emerge dalle disposizioni di cui agli artt. 61,62 e 84 c.p. e la libertà del legislatore di configurare determinate ipotesi quali elementi costitutivi o elementi circostanziali.

Nel concreto, all'ordinario elemento psicologico che caratterizza il reato, si deve aggiungere la rilevanza della finalità specifica, per giustificare l'aggravamento sanzionatorio.

Assume rilievo in proposito sottolineare quanto già emerso dall'analisi della giurisprudenza e della dottrina, che univocamente richiedono per la configurazione dell'aggravante agevolativa, la compresenza di elementi oggettivi e soggettivi, al di là della scelta in tema di classificazione astratta operata.

Quel che innegabilmente la disposizione richiede, per consentire l'applicazione dell'aggravante, è la presenza del dolo specifico o intenzionale in uno dei partecipi.

Tale atteggiamento soggettivo può essere individuato quale elemento tipizzante del reato (come ad esempio nell'abuso di ufficio, nel sequestro di persona a scopo di estorsione, nel furto) o elemento circostanziale (aggravante di discriminazione o di odio razziale o la finalità di terrorismo, o i motivi abietti e futili) ed è conseguenza della rilevanza attribuita dalla legge al motivo a delinquere per caratterizzare la fattispecie o giustificare l'aggravamento di pena.

9. Come si accennava la ricostruzione del motivo a delinquere in tal senso non è mai esclusiva, poichè plurimi possono essere gli stimoli all'azione; quel che rileva è che tra questi sussistano elementi che consentono di ravvisare anche quello valutato necessario dalla norma incriminatrice. Costituisce dato di comune esperienza che possano sussistere plurimi motivi che determinano all'azione che, ove accertati, non depotenziano la funzione intenzionale della condotta richiesta dalla norma specifica (per un'applicazione in tal senso cfr. Sez. U, n. 27 del 25/10/2000, Di Mauro, Rv. 217032; Sez. U, n. 2110 del 23/11/1995, dep. 1996, Fachini, Rv. 203770). E' quindi possibile la presenza di una pluralità di motivi, mentre essenziale alla configurazione del dolo intenzionale è la volizione da parte dell'agente, tra i motivi della sua condotta, della finalità considerata dalla norma (in fattispecie analoghe v. Sez. 3, n. 27112 del 19/02/2015, Forlani, Rv. 264390; Sez. 6, n. 14038 del 02/10/2014, dep. 2015, De Felicis, Rv. 262950; Sez. 3, n. 13735 del 26/02/2013, Fabrizio, Rv. 254856; Sez. 6, n. 7384 del 19/12/2011, dep. 2012, Porcari, Rv. 252498).

Tenuto conto della richiesta di elementi oggettivi a riscontro della offensività della condotta, che non assume alcuna pericolosità ulteriore ove non abbia alcuna possibilità o potenzialità di realizzazione, la ricostruzione ermeneutica impone quindi un approccio alla fattispecie, che vada al di là della classificazione formale, per valutare l'estensibilità della circostanza al concorrente.

Tale chiave interpretativa del reato risulta seguire le stesse linee ermeneutiche applicate per l'aggravante della finalità di terrorismo, in relazione alla quale si è univocamente sostenuto che l'intenzione dell'agente deve assumere una connotazione oggettiva, esplicitando gli effetti della condotta, tipizzati dalla previsione normativa di cui all'art. 270-sexies c.p.. Si è osservato al riguardo che la norma, pur descrivendo una finalità, comprende anche elementi di carattere obiettivo, "quali misuratori della specifica offensività, e quali garanzie di un ordinamento che, per necessità costituzionale, deve rimanere distante dai modelli del diritto penale dell'intenzione e del tipo d'autore" (Sez. 6, n. 28009 del 15/05/2014, Alberto, Rv. 260077).

10. Delicata è la ricostruzione dello spazio di autonomia tra la fattispecie aggravata dalla finalità agevolatrice ed il concorso esterno in associazione mafiosa.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 12 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

Partendo dal dato comune alle figure giuridiche richiamate, inerente alla esistenza dell'associazione territoriale illecita, quel che caratterizza il concorrente esterno rispetto all'autore dell'illecito aggravato è che solo il primo ha un rapporto effettivo e strutturale con il gruppo, della cui natura e funzione ha una conoscenza complessiva, che gli consente di cogliere l'assoluta funzionalità del proprio intervento, ancorchè unico, alla sopravvivenza o vitalità del gruppo. Inoltre perchè possa dirsi realizzata la fattispecie delittuosa si richiede che si verifichi il risultato positivo per l'organizzazione illecita, conseguente a tale intervento esterno, che si caratterizza per la sua infungibilità. Non a caso elemento differenziale della condotta è l'intervento non tipico dell'attività associativa, ma maturato in condizioni particolari (la c.d. fibrillazione o altrimenti definita situazione di potenziale capacità di crisi della struttura), che rendono ineludibile un intervento esterno, per la prosecuzione dell'attività. Rispetto allo sviluppo dello scopo sociale l'azione del concorrente esterno si contraddistingue da elementi di atipicità ed al contempo di necessità in quel particolare ambito temporale.

Gli elementi costitutivi appena richiamati sono estranei alla figura aggravata, con cui condivide solo la necessità dell'esistenza dell'associazione mafiosa, mentre nella forma circostanziale l'utilità dell'intervento può essere anche valutata astrattamente solo da uno degli agenti, senza estensione ai componenti del gruppo, e del tutto estemporanea e fungibile rispetto all'attività delinquenziale programmata e, soprattutto, non necessariamente produttiva di effetti di concreta agevolazione.

Si è chiarito inoltre che anche l'associato può consumare condotte aggravate dalla finalità agevolativa, mentre non può essere concorrente esterno, per la intrinseca contraddizione logica di un concorso ex art. 110 c.p., del partecipe.

Non appare per contro rilevante, al fine di escludere la natura di dolo intenzionale nella forma circostanziale, la possibile esistenza di una discrasia logica di una figura delittuosa, quale il concorso esterno, per cui è sufficiente il dolo diretto, e la richiesta del dolo intenzionale per la figura circostanziale.

Basterà sul punto rilevare la differente struttura delle due figure delittuose, delle quali l'art. 416-bis c.p. non opera alcun riferimento ad una finalità specifica, per escludere che la sua forma concorsuale possa essere ricostruita diversamente; per contro l'illogicità di un dolo specifico inerente ad un elemento accessorio della fattispecie, come si accennava, è superata agevolmente dal richiamo ad altre figure analoghe (per tutte l'art. 61 c.p., n. 1) che avvalorano la possibilità di una richiesta del dolo per la circostanza. La considerazione che questa si applichi ad una fattispecie delittuosa che deve essere perfetta nei suoi elementi essenziali, non priva di rilievo la possibilità che si richieda un particolare collegamento psicologico, con l'ulteriore finalità della realizzazione di un evento specifico, che si aggiunge a quello tipico della fattispecie.

11. Definite le caratteristiche dell'aggravante della finalità agevolativa della associazione mafiosa, si deve chiarire la sua applicabilità ai concorrenti nel reato.

11.1. Il dibattito sulla natura oggettiva o soggettiva dell'aggravante in esame è stato determinato, soprattutto, per le diverse conseguenze in ordine all'applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 59 o 118 c.p.. Deve in proposito sottolinearsi che le due norme richiamate sono state ridisegnate dalla novella contenuta nella L. 7 febbraio 1990, n. 19, modifica normativa che non ha toccato invece l'art. 70 c.p., che classifica le circostanze a seconda della loro natura soggettiva od oggettiva.

L'esigenza perseguita da tale intervento novellatore è stata quella di garantire l'eliminazione di qualsiasi riflesso di responsabilità oggettiva, anche su elementi non costitutivi del reato, per l'esigenza di ricollegare qualsiasi componente dell'illecito, costitutivo o circostanziale, alla volontà del soggetto agente, imposta dall'attuazione del criterio costituzionale della responsabilità personale.

In tal senso l'art. 59 c.p., che prima prevedeva l'attribuzione all'autore delle aggravanti e delle attenuanti, anche se da lui non conosciute, è stato modificato nel senso di consentire l'applicazione delle aggravanti solo se conosciute dall'agente; contestualmente se prima l'art. 118 c.p., imponeva l'applicazione a tutti i concorrenti delle circostanze aggravanti soggettive non inerenti alla persona

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 13 perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

del colpevole, se avevano agevolato la consumazione del reato, così attribuendo maggiore gravità al fatto, a prescindere dall'adesione a tutte le sue componenti da parte dei singoli concorrenti, attualmente il nuovo testo circoscrive l'applicazione di alcune aggravanti soggettive alla persona a cui si riferiscono.

Appare importante rilevare, per contro, che la modifica non ha raggiunto la bipartizione tra circostanze oggettive e soggettive, di cui all'art. 70 c.p., rimasto immutato.

L'analisi storica della modifica porta a correggere l'assunto generalizzato secondo cui le circostanze soggettive devono essere escluse dall'estensione ai concorrenti, posto che, a ben vedere, tale esclusione, sancita solo dall'art. 118 c.p., è circoscritta a quelle aggravanti attinenti alle sole intenzioni dell'agente, pertanto potenzialmente non riconoscibili dai concorrenti.

Se le circostanze soggettive richiamate dall'art. 70 c.p. sono quelle che concernono "la intensità del dolo o il grado della colpa, o le condizioni e le qualità personali del colpevole, o i rapporti fra il colpevole e l'offeso, ovvero che sono inerenti alla persona del colpevole", l'art. 118 c.p., non prevede l'impossibilità di estensione delle circostanze soggettive tout court, ma opera un'indicazione autonoma, limitata alle "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" che richiede siano "valutate soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono"; vengono così escluse da tale delimitazione le condizioni e le qualità personali del colpevole, ed i rapporti tra il colpevole e l'offeso, elementi che, pur nella chiara connotazione soggettiva, possono essere percepite anche ab externo. Si pensi, in particolare, alla qualifica soggettiva del colpevole, derivante dalla sua natura professionale, o ai rapporti di parentela di questi con l'offeso, elementi personali, ma nei fatti astrattamente conoscibili dal coimputato.

Il discrimine, ai fini della possibilità di estensione delle circostanze, non sembra riguardare la natura, oggettiva o soggettiva della circostanza, secondo la classificazione contenuta nel codice, ma 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'intento dell'agente che, proprio in quanto tale, non può subire estensione ai concorrenti, perché da questi non necessariamente conoscibile.

In conseguenza, qualora si rinvenivano elementi di fatto suscettibili di dimostrare che l'intento dell'agente sia stato riconosciuto dal concorrente, e tale consapevolezza non lo abbia dissuaso dalla collaborazione, non vi è ragione per escludere l'estensione della sua applicazione, posto che lo specifico motivo a delinquere viene in tal modo reso oggettivo, sulla base degli specifici elementi rivelatori che, per quanto detto, devono accompagnare la configurazione, per assicurare il rispetto del principio di offensività.

11.2. La soluzione qui accolta, del resto, non appare nuova, ma ampiamente acquisita nella giurisprudenza, con riferimento ad altre figure di aggravanti che riguardano altri motivi a delinquere o l'intensità del dolo.

E' quanto avvenuto in tema di premeditazione, circostanza inesorabilmente connessa all'intensità del dolo e, quindi, compresa nell'art. 118 c.p., e tuttavia ritenuta chiaramente estensibile al concorrente non partecipe di tale intensa programmazione, ove ne sia consapevole (sul punto v. Sez. 6, n. 56956 del 21/09/2017, Argentieri, Rv.271952; Sez. 5, n. 29202 del 11/03/2014, C., Rv. 262383; Sez.1, n. 40237 del 10/10/2007, Cacisi, Rv. 237866, che concludono tutte nel senso che la circostanza aggravante della premeditazione può essere estesa al concorrente, che non abbia partecipato all'originaria deliberazione volitiva, qualora questi ne abbia acquisito piena consapevolezza precedentemente al suo contributo all'evento).

In tale ambito ricostruttivo particolarmente rilevante risulta la precisazione contenuta nelle sentenze Sez. 1, n. 6182 del 28/04/1997, Matrone, Rv. 207997, e Sez. 1, n. 7205 del 17/05/1994, Caparrotta, Rv.199812, ove, pur dandosi specificamente conto della modifica normativa dell'art. 118 c.p., si chiarisce che la conoscenza effettiva e non la mera conoscibilità della premeditazione altrui impone

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 14 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

l'applicazione dell'aggravante anche al partecipe, sgomberando il campo dalla possibilità di una imputazione colposa della circostanza ex art. 59 c.p., comma 2, parte seconda.

Ad analoghe conclusioni si è giunti in tema di estensione al concorrente dell'aggravante dei motivi abietti e futili, anch'essa pacificamente ascrivibile al motivo a delinquere, estensione condizionata solo alla conoscenza di tali fini a cura del partecipe, prima di assicurare il suo intervento di collaborazione (Sez. 1, n. 50405 del 10/07/2018, Gjergji Kastriot Rv. 274538; Sez. 1, n. 13596 del 28/09/2011, dep. 2012, Corodda, Rv. 252348; Sez. 1, n. 6775 del 28/01/2005, Erra, Rv. 230147).

In senso conforme si è concluso anche nell'ipotesi dell'aggravante del nesso teleologico, connessa allo scopo dell'agente, ma ritenuta applicabile al concorrente che non abbia elaborato tale nesso, ove lo stesso fosse a questi conoscibile ed a lui attribuibile, anche a titolo di dolo eventuale (Sez. 1, n. 20756 del 02/02/2018, Giangreco, Rv. 273125) in forza della intervenuta rappresentazione.

In definitiva, là dove l'elemento interno proprio di uno degli autori sia stato conosciuto anche dal concorrente che non condivide tale fine, quest'ultimo viene a far parte della rappresentazione ed è quindi oggetto del suo dolo diretto ove il concorrente garantisce la sua collaborazione nella consapevolezza della condizione inerente il compartecipe.

12. Quanto esposto induce a ritenere 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 c.p., comma 2, che attribuisce all'autore del reato gli effetti delle circostanze aggravanti da lui conosciute. Tale disposizione è applicabile al concorrente ex art. 110 c.p., atteso che l'impostazione monistica del reato plurisoggettivo impone 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.

In tal caso 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, l'occasionalità della partecipazione, l'ignoranza dell'esistenza di una compagine mafiosa o dei suoi collegamenti con l'occasionale partecipe, non potrebbe mai generare un obbligo giuridico di diligenza, suscettibile di sostenere le condizioni dell'imputazione colposa.

La funzionalizzazione della condotta all'agevolazione mafiosa da parte del compartecipe in definitiva deve essere oggetto di rappresentazione, non di volizione, aspetto limitato agli elementi costitutivi del reato, e non può caratterizzarsi dal mero sospetto, poichè in tal caso si porrebbe a carico dell'agente un onere informativo di difficile praticabilità concreta.

A tal riguardo occorre accertare se il compartecipe 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 c.p., comma 2, concetto che comprende chiunque dia il suo contributo alla realizzazione dell'illecito, e quindi anche il compartecipe, 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.

13. Sulla base di quanto illustrato, può, pertanto, enunciarsi il seguente principio di diritto: "L'aggravante agevolatrice dell'attività mafiosa prevista dall'art. 416-bis c.p., comma 1, ha natura soggettiva ed è caratterizzata da dolo intenzionale; nel reato concorsuale si applica al concorrente non animato da tale scopo, che risulti consapevole dell'altrui finalità".

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 15 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

14. Alla luce di quanto indicato può ora valutarsi la ricaduta dei principi esposti nel caso concreto. Giova puntualizzare al riguardo che, in senso opposto a quanto concluso dalla difesa, si è in presenza di una c.d. doppia conforme, nel senso proprio di tale qualificazione, inerente al campo valutativo specificamente rimesso al giudice di merito, e costituito dalla coincidenza della valutazione delle prove. Invero le pronunce di merito differiscono solo sull'inquadramento astratto della circostanza, qualificata in primo grado di natura oggettiva ed in secondo di natura soggettiva. Per contro entrambe le sentenze, dopo questa divaricazione, convergono nella identificazione e valorizzazione della natura dimostrativa degli elementi rivelatori della piena consapevolezza da parte di C. della connessione esistente tra i suoi correi ed il clan dei C..

Preliminarmente occorre rilevare che nessuna contraddizione emerge dalla sentenza impugnata sull'accertamento della natura dell'apporto dei compartecipi all'associazione richiamata.

Invero, se effettivamente nella parte ricostruttiva delle fasi processuali, nella sentenza di appello si utilizza l'espressione "partecipi" per fare riferimento ai coimputati R. e T., questo richiamo non ridonda in alcun modo nella parte valutativa, dove si esplicita la loro funzione di agevolatori della compagine, ad essa estranei. Ne consegue che nessuna contraddizione può essere individuata nel provvedimento, posto che tale vizio può essere riferito solo alla parte valutativa, non a quella ricostruttiva, che sul punto presenta esclusivamente una imprecisione influente sulla successiva argomentazione.

E' bene rimarcare che tale parte della pronuncia, inerente alla valutazione degli elementi di prova, non ha costituito oggetto di alcuna censura specifica, con riferimento alla ritualità delle prove assunte, ed alla loro portata dimostrativa, e risulta, per contro, ampiamente circostanziata in punto di accertamento del profondo, ventennale legame personale esistente tra C. ed i finanziatori delle usure che lui contribuiva a realizzare attraverso l'intermediazione garantita per mettere in contatto domanda di credito ed offerta e per recuperare i pagamenti, elementi desunti, tra l'altro, dalle dichiarazioni della parte lesa B. e del dichiarante P.G., in ordine al collegamento, a loro rivelato da C., di R. e T. con l'associazione dei C.; con tale portato dichiarativo la difesa non si confronta.

Risulta inoltre incontestato che la circostanza aggravante della finalità agevolativa è stata riconosciuta ai correi nel separato procedimento, stante il riferimento contenuto in ricorso al riguardo, e la mancata deduzione di una difforme valutazione intervenuta nei gradi successivi del diverso procedimento.

Per contro irrilevante ed ultroneo risulta il riferimento operato in sentenza al metodo mafioso utilizzato dal ricorrente nei confronti dei debitori per il recupero degli importi, in quanto non è su tale base che si è giunti ad accertare l'applicabilità della finalità agevolativa, mentre è del tutto evidente che, stante la difforme natura della duplice espressione della fattispecie, non avrebbe potuto essere riconosciuta l'aggravante oggettiva, in assenza di contestazione.

Da ultimo, altrettanto irrilevante, anche alla luce di quanto illustrato in precedenza, è l'elemento di fatto valorizzato dalla difesa ed inerente all'autonomo scopo del C., spinto alla collaborazione da sue necessità economiche, poichè quel che rileva è che le circostanze di fatto da lui conosciute gli abbiano consentito di rappresentarsi lo scopo dei suoi compartecipi e lo abbiano indotto a non recedere dalla collaborazione richiestagli.

In presenza di tali insuperabili dati di fatto, verificata, attraverso le prove acquisite, la consapevolezza da parte del ricorrente della finalità che ha animato la condotta dei coimputati, si perviene al rigetto del ricorso, che si fonda esclusivamente sulla pretesa disapplicazione dell'aggravante, in ragione della riconducibilità della stessa nell'ambito delle circostanze esclusivamente soggettive di cui all'art. 118 c.p..

15. Al rigetto del ricorso consegue la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali, ai sensi dell'art. 616 c.p.p.

Omissis.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 16 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

2. Criterio di distinzione tra elementi costitutivi e circostanze: Cass. pen., sez. un., 21 giugno 2018, n. 40982.

Massima:

In tema di disciplina dell'immigrazione le fattispecie previste nell'art. 12, comma 3, d.lg. n. 286 del 1998 configurano circostanze aggravanti del reato di pericolo di cui al comma 1 del medesimo articolo.

Si riporta di seguito la parte motivazionale della sentenza:

Omissis.

6. Le Sezioni Unite ritengono corretta tale seconda linea interpretativa.

Si deve premettere che, come risulta con evidenza dagli artt. 61,62 e 84 c.p., non esiste alcuna differenza ontologica tra elementi costitutivi, o essenziali, ed elementi circostanziali del reato: il legislatore, infatti, può rendere elementi costitutivi del reato ipotesi che, altrimenti, sarebbero considerate circostanze comuni ovvero considerare "fatti che costituirebbero, per se stessi, reato" come "circostanze aggravanti di un solo reato".

Di conseguenza, la risposta in ordine al dubbio sulla natura di una fattispecie è data esclusivamente dalla ricostruzione della volontà del legislatore che, nella sua discrezionalità, tenta di articolare la valutazione penale di determinate condotte in maniera più aderente alle loro concrete manifestazioni, che mutano anche nel tempo: le numerose riforme della norma in commento sono frutto di questo tentativo, che ha tenuto conto del mutamento del fenomeno del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nel corso degli ultimi decenni.

Ciò premesso, in mancanza di una manifestazione espressa della volontà del legislatore di introdurre, con l'art. 12, comma 3 T.U. imm., circostanze aggravanti o fattispecie autonome di reato (manifestazione che, invece, si rinviene per le ipotesi descritte nell'art. 12, commi 3 bis e 3 ter T.U. imm., che il successivo comma 3 quater, qualifica esplicitamente come "aggravanti"), occorre ricavare tale volontà da indici significativi, elaborati da giurisprudenza e dottrina in mancanza di indicazioni normative sui criteri di distinzione.

Le Sezioni Unite hanno ribadito negli anni che il criterio principale (anche se non unico) è quello strutturale, attenendo alla struttura del precetto o della sanzione: il modo in cui la norma descrive gli elementi costitutivi della fattispecie o determina la pena è indicativo della volontà di qualificare gli elementi come circostanza o come reato autonomo; ciò, del resto, è coerente con la discrezionalità del legislatore oggetto della premessa.

Nel valutare la struttura della fattispecie penale di cui all'art. 640 bis c.p., con riferimento a quella di cui all'art. 640 c.p., Sez. U, n. 26351 del 26/06/2002, Fedi, Rv. 221663 rilevava che "nel caso dell'art. 640-bis la fattispecie è descritta attraverso il rinvio al fatto-reato previsto nell'art. 640, seppure con l'integrazione di un oggetto materiale specifico della condotta truffaldina e della disposizione patrimoniale (le erogazioni da parte dello Stato, delle Comunità Europee o di altri enti pubblici). Una siffatta struttura della norma incriminatrice indica la volontà di configurare soltanto una circostanza aggravante del delitto di truffa" In effetti, "la descrizione della fattispecie (...) non immuta gli elementi essenziali del delitto di truffa, nè quelli materiali nè quelli psicologici, ma introduce soltanto un oggetto materiale specifico tradizionalmente qualificato come accidentale e cioè circostanziale - laddove prevede che la condotta truffaldina dell'agente e la disposizione patrimoniale dell'ente pubblico riguardino contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo. Tra reato-base e reato circostanziato intercorre quindi un rapporto di specialità unilaterale, per specificazione o per aggiunta, nel senso che il secondo include tutti gli elementi essenziali del primo con la specificazione o l'aggiunta di elementi circostanziali".

Analogamente Sez. U, n. 35737 del 24/06/2010, Rico, Rv. 247910 ribadiva che, anche a seguito delle modifiche introdotte dalla L. 21 febbraio 2006, n. 49, art. 4 bis, il D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 73, comma 5, configurava una circostanza attenuante ad effetto speciale e non un reato autonomo, in quanto la norma era correlata ad elementi (i mezzi, le modalità, le circostanze dell'azione, la

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 17 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

qualità e quantità delle sostanze) che non incidessero sull'obiettività giuridica e sulla struttura delle fattispecie previste come reato, ma attribuivano ad esse una minore valenza offensiva.

L'evoluzione normativa seguita alla declaratoria di illegittimità costituzionale della L. n. 49 del 2006, sancita con la sentenza della Corte Costituzionale n. 32 del 2014, è indicativa della discrezionalità del legislatore nella scelta di introdurre circostanze del reato o fattispecie autonome di reato: infatti, come è noto, il D.L. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito, con modificazioni, dalla L. 21 febbraio 2014, n. 10 ha introdotto una fattispecie autonoma di reato, pur mantenendo i medesimi elementi distintivi rispetto all'ipotesi base di cui all'art. 73, comma 1 T.U. stup.

Infine, Sez. U, n. 4694 del 27/10/2011, dep. 2012, Casani, Rv. 251270 ha applicato il medesimo criterio strutturale per stabilire che la fattispecie di accesso abusivo ad un sistema informatico protetto commesso dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico ufficio con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, costituisce una circostanza aggravante del delitto previsto dall'art. 615 ter c.p., comma 1, e non un'ipotesi autonoma di reato.

Si affermava che "circostanze del reato sono quegli elementi che, non richiesti per l'esistenza del reato stesso, laddove sussistono incidono sulla sua maggiore o minore gravità, così comportando modifiche quantitative o qualitative all'entità della pena: trattasi di elementi che si pongono in rapporto di species a genus (e non come fatti giuridici modificativi) con i corrispondenti elementi della fattispecie semplice in modo da costituirne, come evidenziato da autorevole dottrina, una specificazione, un particolare modo d'essere, una variante di intensità di corrispondenti elementi generali"; richiamando S.U., Fedi, si rilevava che "nei casi previsti dall'art. 615 ter c.p., comma 2, n. 1, non vi è immutazione degli elementi essenziali delle condotte illecite descritte dal primo comma, in quanto il riferimento è pur sempre a quei fatti-reato, i quali vengono soltanto integrati da qualità peculiari dei soggetti attivi delle condotte, con specificazioni meramente dipendenti dalle fattispecie di base".

7. Il criterio strutturale ben si attaglia alla fattispecie dell'art. 12, comma 3 T.U. imm.

In effetti, in conseguenza della ripetizione della descrizione della condotta presente nel primo comma, risulta evidente che gli elementi essenziali della condotta non mutano, mentre le ipotesi descritte dalle lettere da a) ad e) riguardano elementi ulteriori, che non sono necessari per la sussistenza del reato e che, secondo la valutazione del legislatore, rendono più grave la condotta posta in essere.

Le considerazioni favorevoli ad una considerazione dell'ipotesi come fattispecie autonoma di reato non appaiono decisive.

La tecnica legislativa di riprodurre integralmente la descrizione della condotta presente nella fattispecie del primo comma è, senza dubbio, insolita ma ottiene lo stesso risultato che avrebbe prodotto un rinvio per relationem: non pare, quindi, un indizio inequivoco della volontà del legislatore di creare una diversa fattispecie autonoma.

Come esattamente rileva Sez. 1, Yankura, la mancata estensione del divieto di bilanciamento delle circostanze di cui al comma 3-quater alle ipotesi del terzo comma non è affatto indice della sua natura di fattispecie autonoma di reato, ben potendo essere conseguenza di una ragionata scelta del legislatore di sanzionare più severamente determinate ipotesi rispetto ad altre.

Il riferimento distinto ai "fatti di cui ai commi 1 e 3" contenuto nel comma 3-ter non dimostra la natura di fattispecie autonoma dei due commi, ben potendo applicarsi ai fatti di cui al primo comma così come aggravati ai sensi del comma 3.

Infine, la costruzione di aggravanti di fattispecie già aggravate, riscontrabile nei commi 3 bis e 3 ter non è affatto inusuale nella variegata produzione legislativa.

D'altro canto, il richiamo operato da Sez. 1, Scarano alla giurisprudenza di legittimità che aveva affermato la natura di fattispecie autonoma di reato dell'art. 12, comma 3 T.U. imm. nel testo vigente prima delle modifiche operate dalla legge n. 94 del 2009 non sembra calzante.

Come già evidenziato, l'art. 12, comma 3 T.U. imm., così come riformato dalla L. n. 189 del 2002, e dal D.L. n. 241 del 2004, aveva un contenuto nettamente differente da quello attuale: una sola ipotesi

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 18 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

era stata enucleata ed essa, per di più, si differenziava da quella del primo comma su un elemento essenziale, il dolo, che si pretendeva essere specifico con riferimento al profitto.

Non vi è dubbio che - come si è anticipato - a sostegno della natura di fattispecie autonoma della previsione erano stati adottati argomenti ancora utilizzabili rispetto alla norma attualmente vigente: la tecnica legislativa, con la riformulazione completa della disposizione del primo comma, i riferimenti distinti ai due commi presenti in quelli successivi, il divieto di bilanciamento delle circostanze previsto solo per le aggravanti di cui ai commi successivi; tuttavia l'interpretazione allora adottata faceva leva soprattutto sulla chiara volontà del legislatore di colpire più severamente le condotte connotate dal fine di profitto in conseguenza di un "salto di qualità" rispetto alle ipotesi di favoreggiamento disinteressato dell'immigrazione clandestina.

Si deve ricordare che, nel testo originario introdotto dalla legge n. 189 del 2002, le aggravanti di cui ai commi 3 bis e 3 ter, si applicavano soltanto alle pene e ai fatti di cui al comma 3, (scelta, poi, abbandonata nel 2004), cosicché si stagliavano chiaramente due ipotesi di reato: quella del primo comma, punita poco severamente (non era previsto minimo edittale nè per la pena detentiva nè per quella pecuniaria) e per la quale non erano contemplate aggravanti; quella del comma 3, punita molto più severamente e per la quale erano previste ulteriori aggravanti e veniva formulato il divieto di bilanciamento tra circostanze.

In sostanza, venivano individuati due fenomeni differenti, privi di punti di contatto, tanto che non appariva casuale la collocazione, subito dopo il comma 1, della previsione (ancora vigente) secondo cui "Fermo restando quanto previsto dall'art. 54 c.p., non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato": norma che come sembra evidente - non coinvolge in alcun modo le condotte di favoreggiamento professionale o comunque per profitto dell'immigrazione clandestina.

8. Benchè, come premesso, il contrasto in ordine alla necessità, per la consumazione dell'ipotesi di cui all'art. 12, comma 3, T.U. imm., che l'ingresso clandestino nel territorio dello Stato avvenga effettivamente sia sorto nell'ambito dell'interpretazione che qualifica il predetto comma come fattispecie autonoma di reato, fin qui sconfessata, è opportuno ribadire che il delitto in oggetto è un reato di pericolo o a consumazione anticipata e non un reato di evento.

Sez. 1, Scarano, Rv. 259923 afferma che le condotte descritte ai commi 3 e 3-bis T.U. imm. implicano l'effettivo ingresso dello straniero nel territorio dello Stato, in violazione della disciplina di settore, presupposto invece non richiesto ai fini dell'integrazione dell'ipotesi di reato di cui all'art. 12, comma 1, che si configura come delitto a consumazione anticipata.

Si deve premettere che l'interpretazione del delitto di cui all'art. 12, comma 1 T.U. imm. come reato di pericolo è pacifica ed è stata affermata costantemente dalla giurisprudenza di legittimità sia prima che dopo la riforma operata dalla legge n. 94 del 2009: già Sez. 1, n. 4586 del 23/06/2000, Habibi, Rv. 217165, osservava che, poichè il reato consiste nel porre in essere una qualsivoglia "attività diretta a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato" in violazione delle disposizioni contenute nel Testo Unico, per il suo perfezionamento non è richiesto che l'ingresso illegale sia effettivamente avvenuto, trattandosi di reato a condotta libera ed a consumazione anticipata, posizione ribadita ripetutamente (ex plurimis, Sez. 1, n. 28819 del 22/05/2014, Pancini, Rv. 259915).

Le argomentazioni a sostegno di una diversa natura di reato di evento della previsione del terzo comma appaiono fragili: da una parte si ammette una "identità espressiva tra comma 1 e comma 3 circa le condotte principali" e, quindi, si prende atto che anche l'art. 12 cit., comma 3, contempla, tra le varie condotte, gli "atti diretti a procurare illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato", locuzione utilizzata dal legislatore per istituire reati a consumazione anticipata; dall'altra si sostiene che l'ingresso nel territorio dello Stato sia necessario richiamando la descrizione degli elementi specializzanti che evocerebbero tale ingresso, rimarcando il notevole incremento sanzionatorio previsto dal legislatore e, infine, sottolineando "la differente natura delle ulteriori circostanze aggravanti ad effetto speciale oggi descritte al comma 3 ter, della medesima norma (nel cui ambito

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 19 perchè coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

è invece rilevante la semplice direzione univoca dell'azione, come risulta dall'utilizzo dell'espressione al fine di e dall'espresso richiamo alle condotte di cui ai commi e commi 3".

In realtà, come rileva Sez. 1, n. 45734 del 31/03/2017, Bouslim, Rv. 271127, si deve escludere che la descrizione delle ipotesi specializzanti contenute nel comma 3 risulti "incentrata su fatti evocativi di una effettiva violazione della disciplina di controllo dell'immigrazione", in quanto le ipotesi contemplate dalle lettere da b) ad e) riguardano condotte compatibili anche con attività che non hanno determinato un effettivo ingresso, mentre il riferimento all'ingresso e alla permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone contenuto nella lett. a) deve essere rapportato alla descrizione generale della condotta contenuta nella prima parte del comma: vengono infatti puniti più severamente "gli atti diretti a procurare l'ingresso nel territorio dello Stato (...) di cinque o più persone (straniere)", prescindendo dal raggiungimento del risultato perseguito.

La sentenza Scarano sottolinea, tuttavia, che le previsioni delle lett. b) e c) della norma oggi vigente (pericolo per la vita e l'incolumità; trattamento inumano e degradante) riproducono due aggravanti in precedenza contenute nel comma 3-bis, ma con la significativa aggiunta dell'aggettivo "trasportata", prima assente: ciò dimostrerebbe che "il legislatore ultimo oggettivizza la condotta in questione e la ancora all'avvenuto trasporto".

In verità, la correzione apportata alla norma sembra piuttosto avere la portata limitata di una descrizione più corretta dell'ipotesi: in effetti, anche nella formulazione precedente la "persona" esposta a pericolo per la vita o l'incolumità o sottoposta a trattamento inumano o degradante era una "persona trasportata", non comprendendosi in quale altro modo tali trattamenti le sarebbero stati inferti per procurarne l'ingresso nel territorio dello Stato.

Il "massiccio incremento sanzionatorio", invece, è frutto della valutazione discrezionale del legislatore e in nessun modo può univocamente orientare l'interpretazione della norma in senso contrario alla lettera della norma, escludendo dal perimetro della sua applicazione condotte espressamente considerate.

Infine, come già osservato, il riferimento distinto alle ipotesi dell'art. 12, commi 1 e 3, contenuto nei commi successivi appare di scarsissimo spessore.

Omissis.

Omissis.