

ORIENTAMENTI

LAVINIA MESSORI

La comunicabilità delle circostanze al correo: una lettura costituzionalmente imposta dell'art. 118 c.p.

Il contributo prende le mosse dalla decisione delle Sezioni Unite penali sulla “comunicabilità” al correo della circostanza aggravante dell’agevolazione mafiosa, decisione che pare aver sdoganato la categoria delle “circostanze soggettive esteriorizzabili”. Il percorso argomentativo seguito dalla Corte viene qui criticato per i profili di incostituzionalità da cui è afflitto, per lo stravolgimento del significato letterale dell’art. 118 c.p. che esso propugna, nonché per le conseguenze assurde a cui potrà condurre, in futuro, se applicato pedissequamente alle circostanze strettamente personali. Si vuole in questa sede far luce sul fondamento costituzionale dell’art. 118 c.p. e sulla necessità di interpretare lo stesso quale espressione del principio della responsabilità per fatto proprio, ancor prima che colpevole, ex art. 27, co. 1 Cost., nel delicato ambito della responsabilità concorsuale.

The communicability of the circumstances al correo: a constitutionally imposed reading of art. 118 c.p.

The contribution takes its starting point from the decision of the United Criminal Sections on the “communicability” to the co-author of the aggravating circumstance of mafia facilitation, a decision which seems to legitimise the category of the “subjective exteriorized circumstances”. The argumentative path followed by the Court is here criticised for the distortion of the literal meaning of Article 118 of the Criminal Code and for the absurd consequences to which it could lead, in the future, if applied slavishly to strictly personal circumstances. The aim is to shed light on the constitutional basis of Article 118 of the Criminal Code and on the need to interpret it as an expression of the principle of responsibility for one’s own deed, even before one’s own guilt, pursuant to Article 27, paragraph 1 of the Italian Constitution, in the delicate area of joint responsibility.

SOMMARIO: 1. Lo sdoganamento delle circostanze soggettive esteriorizzabili. - 1.1. La reale *ratio* dell’art. 118 c.p. - 2. Il caso peculiare del dolo specifico di ulteriore offesa. - 3. L’impatto delle ss.uu. sulle (reali) circostanze “strettamente personali” diverse dalla finalità di agevolazione mafiosa: i motivi a delinquere, la recidiva, l’intensità del dolo e il grado della colpa. - 4. ... e l’aggravante della colpa specifica.

1. *Lo sdoganamento delle circostanze soggettive esteriorizzabili.* A trent’anni dalla riforma che aveva voluto rimuovere qualsiasi riflesso di responsabilità oggettiva dal regime di imputazione delle circostanze¹ (art. 59, co. 1 e 2 c.p.) e dalla valutazione delle stesse nel concorso di persone (art. 118 c.p.), le Se-

¹ V. l’analisi dell’attuazione del «paradigma più autentico del principio del “*nulla poena sine culpa*”» in MARCONI, *Il nuovo regime d’imputazione delle circostanze aggravanti. La struttura soggettiva*, Milano, 1993, 63 ss.; v. anche MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 4, 1484 ss.; ID., *Commento alla l. 7 febbraio 1990, n. 19*, in *Leg. pen.*, 1990, 21 ss.

zioni Unite² hanno rilegittimato nel marzo del 2020 l'antica distinzione tra circostanze 'soggettive' ed 'oggettive' del reato (che era stata eliminata dall'art. 118 c.p. proprio da detta riforma ed è rimasta oggi soltanto all'art. 70, co. 1 c.p., della cui residua rilevanza può davvero dubitarsi), consacrando anche una categoria ulteriore: quella delle circostanze sì soggettive (e dunque astrattamente ricadenti nel divieto di estensione al correo di cui all'art. 118 c.p.) ma esterriorizzabili (e pertanto, eccezionalmente, applicabili anche al concorrente cui non si riferiscono).

La questione affrontata dalla Cassazione, interpellata per dirimere un contrasto interpretativo di lunga data, attiene alla natura della circostanza aggravante della finalità di agevolazione mafiosa di cui all'odierno art. 416 *bis*.1 c.p. e al (conseguente) regime della sua estendibilità ai correi³.

La pronuncia della Corte pare assai importante da soppesare perché, pur giungendo, a valle, a conclusioni sostanzialmente corrette, non convince *i)* a monte, in punto di qualificazione della circostanza alla stregua di una circostanza soggettiva e *ii)* nel percorso argomentativo adottato per sostenerne l'applicabilità anche al correo (non animato dalla finalità di agevolazione); percorso argomentativo che - se acriticamente recepito in futuro come principio di diritto - sembrerebbe in grado di sviare profondamente l'interprete in sede di applicazione al correo delle circostanze (questa volta, realmente) soggettive (dunque diverse da quella da cui è originata l'ordinanza di rimesione), quali i motivi a delinquere, la recidiva, l'intensità del dolo e il grado della colpa (*infra*, § 3). Parimenti, potrebbe sviare l'interprete nell'applicazione indiscriminata al correo di circostanze a lui non riferibili, solo perché esterriorizzabili e non menzionate all'art. 118 c.p., come si vedrà in relazione all'aggravante della colpa specifica (*infra*, § 4).

Si vuole dunque cogliere l'occasione per valutare se il diritto vivente in tema di "estensione" delle circostanze si mostri rispettoso dei principi contenuti

² Cass., Sez. un., 3 marzo 2020, Chiocchini, in *Mass. Uff.*, n. 278734 d'ora innanzi "sentenza Chiocchini".

³ La pronuncia analizza anche aspetti trasversali, quali la differenza tra reato aggravato dalla finalità di agevolazione mafiosa e concorso esterno e la non esclusività dello scopo ai fini della sussistenza del dolo specifico; per una dettagliata e completa analisi della pronuncia v. FIANDACA, MERLO, *L'aggravante dell'agevolazione mafiosa è estensibile ai concorrenti? Un aggrovigliato problema applicativo che le sezioni unite tentano di sciogliere*, in *Foro it.*, 2020, 463 ss.; MERENDA, *Concorso di persone e aggravante dell'agevolazione mafiosa: riflessioni a margine della pronuncia delle Sezioni unite*, in *questa Rivista*, 2020, 1 ss.

nell'art. 27, co. 1 e 3 Cost., senza deviazioni dalla *ratio* della riforma operata con la legge 7 febbraio 1990, n. 19.

Un brevissimo accenno alla vicenda concreta (già peraltro diffusamente riepilogata criticamente⁴) sarà utile a comprendere meglio i termini della questione.

All'imputato venivano contestati i reati di usura, tentata estorsione e abusiva attività finanziaria, aggravati dalla finalità di agevolazione mafiosa, a fronte della sussistenza di collegamenti fra un'associazione di stampo mafioso ed i suoi due sodali (in capo ai quali veniva provata l'esistenza del dolo di agevolazione) e alla luce della sua piena conoscenza dei rapporti di contiguità intercorrenti fra i complici e detto *clan*. Il dubbio interpretativo ruotava proprio attorno alla appartenenza dell'aggravante contestata alle "redivive" categorie delle circostanze soggettive o oggettive.

Le Sezioni Unite hanno dato atto dell'esistenza tanto di una tesi soggettivistica, secondo la quale la finalità agevolatrice altro non sarebbe che un *atteggiamento psicologico* simile ai motivi a delinquere, e per questo non comunicabile al correo *ex art. 118 c.p.*⁵, quanto di una contrapposta, secondo la quale ciò che è descritto dall'aggravante sarebbe in realtà una *modalità della condotta*, la cui comunicabilità non è esclusa dalla norma citata, con la conseguenza che la circostanza potrà essere applicata al correo secondo il regime di cui

⁴ CALABRESE, *La sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione a proposito della natura della aggravante della finalità di agevolazione mafiosa*, in *questa Rivista*, 2020, 1 ss.; FINOCCHIARO, *Le sezioni unite sulla natura dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa e sulla sua estensione ai concorrenti: tra punti fermi e criticità irrisolte*, in www.sistemapenale.it; APOLLONIO, *Le Sezioni Unite rivisitano istituti generali per definire lo statuto applicativo dell'agevolazione mafiosa di cui all'art. 416bis.1 c.p.*, con osservazioni di CANDORE, in *Cass. pen.*, 2020, 2220 ss.; GUERINI, *Le Sezioni Unite si pronunciano sulla natura soggettiva dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa e sul regime di comunicabilità ai correi*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 763 ss.; PERRONE, *La natura "ambivalente" dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa e l'applicabilità ai concorrenti*, in *Giur. it.*, 2020, 1485; TAVELLA, *La natura dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa al vaglio delle Sezioni Unite. Conseguenze in punto di comunicabilità ai concorrenti*, in *Giur. pen.*, 2020; CRISCUOLO, *La natura soggettiva della circostanza aggravante della "agevolazione mafiosa" ed il suo regime di estensione ai concorrenti nel reato. Le Sezioni unite in equilibrio tra motivi a delinquere e principio di offensività*, in *questa Rivista*, 2021. Per un'analisi dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite v. FINOCCHIARO, *La natura dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa e il problema dell'estensione ai concorrenti: la questione rimessa alle sezioni unite*, in *Sistema penale*, fasc. 11, 2019; ALBERICO, *Alle sezioni unite la questione sulla natura dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa*, in *Sistema penale*, 12, 2019.

⁵ Tale tesi è sposata da Cass., Sez. VI, 23 febbraio 2017, Castiglione, in *Mass. Uff.*, n. 272335; Cass., Sez. VI, 19 luglio 2017, Mungelli, in *Mass. Uff.*, n. 271662; Cass., Sez. VI, 15 giugno 2017, Gioffrè, in *Mass. Uff.*, n. 270602.

all'art. 59, co. 2 c.p. (che richiede la conoscenza o conoscibilità, cioè anche la mancata conoscenza determinata da colpa)⁶. Viene altresì menzionata una terza tesi, c.d. mista, a mente della quale la natura e la disciplina in caso di concorso di persone dipenderebbero dal caso concreto, ossia da come l'aggravante si atteggia concretamente in relazione al reato a cui accede⁷.

Dalla motivazione della Corte si legge come, in caso di realizzazione monosoggettiva, la contraddizione fra le due tesi sia forse più apparente che reale. La prima tesi, che reputa l'aggravante un motivo a delinquere o un grado di intensità del dolo, richiede comunque la presenza di un elemento oggettivo, ossia la concreta direzione e idoneità della condotta ad agevolare l'associazione mafiosa, il che è richiesto tanto come elemento di prova dell'atteggiamento psicologico, quanto come requisito di garanzia del rispetto del principio di offensività in concreto. Del pari, la tesi oggettivistica non nega la necessità di verificare l'elemento psicologico ossia la direzione della volontà in termini di finalizzazione della condotta⁸.

Piuttosto i veri contrasti (che in un caso si rinvengono anche all'interno degli stessi menzionati orientamenti) sono altri due: *i)* il primo verte sull'elemento soggettivo necessario a integrare l'aggravante; *ii)* il secondo riguarda il requisito necessario per l'estensione dell'aggravante al concorrente.

Tanto nell'orientamento soggettivistico quanto in quello oggettivistico, a proposito dell'accertamento dell'*elemento soggettivo necessario per l'integrazione* dell'aggravante, alcune tesi giurisprudenziali richiedono la prova del dolo specifico mentre altre si accontentano del dolo generico (mera consapevolezza). Il secondo contrasto (che questa volta vede invece contrapposti i due macro orientamenti e non le singole voci al loro interno), quello sull'individuazione del *requisito necessario per l'estensione dell'aggravante ai concorrenti* nel reato, è invece così ricostruibile: per l'orientamento che reputa soggettiva l'aggravante in parola, sarebbe richiesto il dolo specifico del concorrente o perlomeno la sua consapevolezza circa la direzione finalistica di uno dei sodali; l'orientamento che viceversa la reputa di natura oggettiva, ne ammette l'estensione anche in capo al concorrente che versi in mera ignoranza colposa *ex art. 59, co. 2 c.p.*

⁶ Così, ad esempio, Cass., Sez. II, 15 giugno 2017, Tarantino, in *Mass. Uff.*, n. 270300; Cass., Sez. II, 6 dicembre 2016, Vernengo, in *Mass. Uff.*, n. 268856.

⁷ Ciò è sostenuto in Cass., Sez. VI, 28 novembre 2017, Aperi *et al.*, in *Mass. Uff.*, n. 271685.

⁸ V. pp. 7 e 8 della sentenza Chiocchini.

i) Le Sezioni Unite districano il primo nodo (anche alla luce della *ratio* dell'aggravante, ossia quella di creare un "cordone di contenimento" al fenomeno mafioso, evitando anche effetti emulativi) affermando che si tratta sicuramente di una circostanza soggettiva, e in favore di ciò militano il cristallino dato testuale («delitti (...) commessi (...) *al fine di agevolare*») e la considerazione che una lettura in termini puramente oggettivi rischierebbe di facultizzare una individuazione postuma della finalità, a fronte cioè di un'agevolazione concretamente verificatasi. In particolare, si tratterebbe di un motivo a delinquere per il quale è necessario l'accertamento della sussistenza del *dolo specifico* in capo ad almeno uno dei partecipi⁹. La forma aggravata, secondo le parole del giudice nomofilattico, esige che «l'agente deliberi l'attività illecita nella convinzione di apportare un vantaggio alla compagine associativa»: all'ordinario elemento psicologico si aggiunge la finalità specifica che giustifica l'irrigidimento del trattamento sanzionatorio, a meno che la stessa non abbia alcuna possibilità o potenzialità di realizzazione.

ii) Il vero *punctum pruriens*, su cui si basa la ragione del presente contributo, riguarda la conseguenza che da tale natura le Sezioni Unite traggono in punto di valutazione della circostanza in relazione ai concorrenti. Il discrimine ai fini della possibilità dell'estensione delle circostanze al correo viene infatti individuata non tanto nella natura soggettiva od oggettiva delle stesse quanto piuttosto nella corrispondenza o meno ad una supposta *ratio* dell'art. 118 c.p.

Si registra in motivazione come il divieto di estensione di cui all'art. 118 c.p. non sia fondato sulla natura soggettiva *tout court* dell'aggravante (come accadeva nella previgente formulazione *ante* 1990, purché la circostanza soggettiva non avesse agevolato la consumazione), dal momento che detta disposizione oggi sancisce il divieto di estensione per solo *alcune delle* circostanze che l'art. 70 c.p. qualifica come soggettive, ossia quelle inerenti ai motivi a delinquere, all'intensità del dolo, al grado della colpa o alla persona del colpevole (circostanze cc.dd. strettamente personali). Non compare invece alcun riferi-

⁹ V. p. 15 della sentenza Chiocchini. Le ss.uu. parlano alternativamente di dolo specifico e di dolo intenzionale, mostrando di reputarli sinonimi, il che pare assai improprio (v. S. FINOCCHIARO, *Le Sezioni unite sulla natura dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa e sulla sua estensione ai concorrenti: tra punti fermi e criticità irrisolte*, in www.sistemapenale.it), posto che da sempre l'impostazione dottrinale li distingue nettamente, avendo il dolo intenzionale ad oggetto un elemento della fattispecie, mentre quello specifico un elemento diverso e ulteriore, tant'è che solo in quest'ultimo caso il fine non si deve necessariamente realizzare. Su tale distinzione v. per tutti MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017, 350 ss.

mento alle condizioni e qualità personali del colpevole, e ai rapporti fra il colpevole e l'offeso.

La *ratio* del divieto di estensione di *talune* circostanze soggettive *ex art.* 118 c.p. viene pertanto intesa quale volontà del legislatore di applicare *quelle* peculiari circostanze soggettive, che operano nel solo foro interno, unicamente al partecipe cui si riferiscono, *perché da nessun altro riconoscibili*. Tant'è che - afferma la Corte - il legislatore non ha menzionato fra le circostanze inestensibili né le condizioni e qualità personali del colpevole, né i rapporti tra il colpevole e l'offeso, che, pur rivestendo natura soggettiva *ex art.* 70 c.p. (non avendo cioè nulla a che fare con le modalità della condotta, la gravità del danno, le condizioni o le qualità personali dell'offeso), sono «nei fatti astrattamente conoscibili dall'imputato»¹⁰, perché attinenti alla realtà delle cose e non al profilo emotivo.

Perciò, stando alla pronuncia in esame, l'art. 118 c.p. imporrebbe che certe circostanze soggettive siano valutate soltanto con riguardo alla persona cui si riferiscono perché così intime da non essere riconoscibili da altri, e la bontà di tale assunto sarebbe corroborato proprio dal fatto che altre, pur soggettive, ma non relegate nella mente del soggetto (condizioni, qualità e rapporti del colpevole con l'offeso), non sarebbero oggetto della menzionata disciplina: il discrimine per la comunicabilità o meno della circostanza al correo starebbe allora nella percepibilità *ab externo* della stessa.

Conseguentemente, la Corte ritiene che anche quelle strettamente personali, che sono oggetto di espressa delimitazione *ex art.* 118 c.p., possono essere valutate in relazione al correo (ossia a persona diversa rispetto a quella cui si riferiscono) ove si siano oggettivizzate, alla luce di una valutazione degli elementi di fatto del caso concreto (quale l'estrinsecazione espressa da parte dell'agente delle proprie finalità), fuoriuscendo dal foro interno dell'agente e divenendo così conoscibili.

In caso di circostanza soggettiva strettamente personale *ex art.* 118 c.p., che nel caso concreto si sia "esternalizzata", non opererebbe però il normale regime di imputazione delle circostanze aggravanti di cui all'art. 59, co. 2 c.p. Non sarebbe infatti sufficiente la conoscibilità dell'aggravante soggettiva esternalizzata, ma occorrerebbe l'effettivo riconoscimento, dunque una piena consapevolezza della stessa che non abbia ad ogni modo dissuaso il correo dalla

¹⁰ V. p. 18 della sentenza Chiocchini.

collaborazione. Ciò perché la natura soggettiva dell'aggravante di pertinenza del partecipe sarebbe «incompatibile con un obbligo giuridico di conoscenza e di ordinaria prudenza, necessariamente ricollegabile all'imputazione colposa». Secondo la Corte, infatti, «le situazioni contingenti, l'occasionalità della compartecipazione, 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»¹¹.

Pertanto, ai fini dell'estensione della circostanza al correo, le Sezioni Unite hanno ripudiato tanto la sufficienza della semplice conoscibilità della finalità degli altri concorrenti di cui all'art. 59, comma 2, c.p., quanto la regola dell'incomunicabilità delle circostanze che fanno riferimento ai motivi a delinquere ex art. 118 c.p.: l'aggravante è soggettiva, ma, in quanto esternalizzata, estensibile al correo, purché conosciuta e non soltanto conoscibile con l'ordinaria diligenza (non potendosi individuare alcuna regola cautelare non scritta che imponga di accertare gli altrui intenti o legami).

Il ragionamento atestuale della Corte è chiaro: dalla (supposta) *ratio* del riformato art. 118 c.p. si desume e si aggiunge una regola ulteriore rispetto a quella espressa, che le si affianca, derogandola parzialmente.

La *ratio* del divieto di estensione di talune particolari circostanze soggettive viene intesa quale volontà di applicare queste ultime, che operano nel solo foro interno, unicamente al partecipe cui si riferiscono, *perché da nessun altro riconoscibili*. E proprio da ciò si desume che le medesime circostanze, se per accidente rese note agli altri, perché colui che ha maturato un dato atteggiamento psichico lo ha comunicato ad altri o perché le circostanze del caso tradiscono tale sentimento, non soggiacerebbero più alla regola dell'incomunicabilità. Si tratta con tutta evidenza di una interpretazione restrittiva di una norma di favore, con inevitabili effetti *in malam partem*, probabilmente scorretta da un punto di vista teleologico.

1.1. La reale ratio dell'art. 118 c.p. L'intento legislativo del 1990 è stato più esattamente quello di precludere la possibilità di addebitare ad eventuali compartecipi alcuni elementi circostanziali che sono sì di natura pretta-

¹¹ V. p. 20 della sentenza Chiocchini.

mente psicologica, ma per la precisa ragione che la rilevanza degli stessi appare riflettersi sul piano della sola colpevolezza individuale¹² (anziché su quello della gravità oggettiva del fatto) e non già dunque perché (o nel limite in cui) non sono esteriorizzabili e riconoscibili dall'esterno¹³; o comunque questa è la lettura imposta, come subito si dirà, dal dettato costituzionale.

Come indicano anche le stesse Sezioni Unite Chiocchini, la novella del 1990 era tesa ad eliminare i residui riflessi di responsabilità oggettiva del codice del 1930 anche dagli elementi non costitutivi del reato ma circostanziali¹⁴, in ossequio al principio costituzionale del *nulla poena sine culpa*¹⁵. Eliminando dall'art. 59 c.p. il regime oggettivo di applicazione delle aggravanti, che oggi richiedono il coefficiente minimo di ascrivibilità soggettiva della 'conoscibilità', e espungendo dall'art. 118 c.p. la comunicabilità al correo delle aggravanti oggettive e di quelle soggettive agevolatrici dell'esecuzione del reato, sebbene non conosciute, il legislatore ha voluto riaffermare con forza il principio della responsabilità per fatto proprio colpevole.

Si è parlato, in apertura, di categorie "redivive" con riferimento alle circostanze 'oggettive' e 'soggettive' perché il legislatore del 1990 ha preferito eliminare il riferimento ad esse (con la conseguente perdita totale di significato della disposizione definitoria di cui all'art. 70 c.p.) menzionando soltanto quelle che sono idonee a segnalare una maggiore o minore colpevolezza individuale. A meri fini classificatori possiamo continuare a parlare di circostanze soggettive, purché ci si intenda sul loro reale significato: sono quelle che permettono una variazione in aumento o in diminuzione, anche extraeditale, per una migliore individualizzazione della pena, a fronte di un maggiore o minore disva-

¹² MELCHIONDA, *La nuova disciplina delle circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 1990, 1483; MARCONI, *Il nuovo regime di imputazione delle circostanze aggravanti*, cit., 60.

¹³ Va peraltro considerato che se il significato dell'art. 118 c.p. fosse quello di impedire l'applicazione delle circostanze non conoscibili, esso rappresenterebbe, con riferimento alle aggravanti, una norma inutile, perché meramente ripetitiva del criterio di imputazione soggettiva di cui al contestualmente riformato art. 59, co. 2 c.p.

¹⁴ In verità il legislatore ha intrapreso il percorso di espunzione della responsabilità oggettiva partendo non dagli elementi essenziali ma proprio dalle circostanze (v. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2017, 102 ss.).

¹⁵ È forse fin troppo noto come l'art. 27, co. 1 Cost. sia stato sino alla metà degli anni Ottanta inteso come meramente espressivo del divieto di responsabilità per fatto altrui in conformità del resto con quanto voluto dagli stessi costituenti (v. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, vol. I, Milano, 1965, 355 ss.).

lore soggettivo del fatto; la natura soggettiva non deriva, dunque, dal fatto di non essere da nessun altro riconoscibili.

Pertanto, di fronte a una chiara riaffermazione, da parte del legislatore del 1990, del dettato dell'art. 27 Cost., appare censurabile una lettura interpretativa che finisca per legittimare, in primo luogo, una compressione della libertà personale non giustificata da esigenze rieducative (art. 27, comma 3 Cost.), attraverso la comminazione di un aumento di pena dovuto a una circostanza aggravante strettamente inerente alla colpevolezza individuale dell'*altro* concorrente, e in secondo luogo, ancora più a monte, una responsabilità addirittura per *fatto altrui*.

Non può infatti scorgersi alcuna finalità rieducativa in relazione a quella porzione di pena in aumento: non posso essere rieducato se non ho mai premeditato, se non sono mai stato mosso da motivi abietti e se non mi sono mai mostrato insensibile ad una mia precedente condanna per delitto non colposo, *etc.* Quella porzione di rimproverabilità che giustifica l'irrigidimento del trattamento sanzionatorio non c'è affatto.

E detta rimproverabilità non può nemmeno essere recuperata richiedendo un collegamento soggettivo (es. conoscenza o conoscibilità dell'altrui premeditazione, dell'altrui motivo abietto o futile, dell'altrui precedente condanna, *etc.*), perché il delitto circostanziato non è riferibile all'autore (co-autore o complice).

È vero che la maggiore colpevolezza individuale non è un "fatto" in senso stretto, non è un accadimento naturalistico; ma non può nondimeno negarsi che le circostanze (anche quelle strettamente personali) aggiungono elementi di disvalore (soggettivo) alla vicenda concreta e quindi ne diventano parte, contribuendo a descriverne il volto complessivo, tant'è che devono essere coperte (dal 1990) da un elemento soggettivo minimo. La circostanza aggravante introduce un elemento di responsabilità penale a tutti gli effetti, alla cui integrazione segue infatti l'irrogazione di una pena (in aumento rispetto ad una base).

Quella in esame è dunque una porzione di disvalore altrui, che, se estesa indiscriminatamente al correo, conduce a riconoscere in capo a quest'ultimo una responsabilità aggravata a fronte di una più severa colpevolezza *altrui*, a gravità oggettiva del fatto invariata.

In altre parole, quella porzione del giudizio di responsabilità che equivale all'aumento di pena è responsabilità per una colpevolezza altrui, e non per un

fatto (almeno) causalmente connesso alla (o agevolato dalla) propria azione od omissione. Il fatto che desta maggiore allarme sociale (perché premeditato, perché frutto di un movente abietto o futile, perché sintomo di un'insensibilità alla precedente condanna per delitto non colposo, *etc.*) non è conseguenza (anche sotto il profilo minimo dell'agevolazione) dell'azione od omissione del correo. Il risultato ultimo del comportamento vietato del correo, cioè l'offesa tipica da lui cagionata o agevolata, non contiene quella nota di "maggiore disvalore".

Il fatto che integra la fattispecie circostanziata non è fatto proprio del sodale e mai potrebbe esserlo, neppure per mezzo dell'art. 110 c.p., perché egli agevola la realizzazione del reato base e non agevola mai la realizzazione del reato circostanziato, posto che la circostanza stigmatizza un dato individuale a cui non possono concorrere che coloro che lo condividono intimamente.

Il piano della conoscenza e della conoscibilità è qui pertanto inutile da esaminare perché attiene ad uno *step* successivo¹⁶: prima viene il divieto di responsabilità per fatto altrui, poi il *nulla poena sine culpa*, ossia il necessario collegamento soggettivo con gli elementi che concorrono a segnarne il disvalore, che si rispetta richiedendo il coefficiente minimo della colpa¹⁷. Utilizzare la colpa per giustificare l'imputazione di un fatto non proprio non salva la violazione dell'art. 27, co. 1 Cost.

Se è assunto consolidato che ogni contrassegno di maggiore significatività dell'illecito, che influisca anche sull'entità della pena¹⁸, deve essere collegato

¹⁶ V. in proposito DONINI, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1583 e 1616 ss. secondo il quale «la responsabilità penale personale - enunciato costituzionale tecnico - si articola così al suo interno: il principio di colpevolezza contiene la colpevolezza, ma anche il *nullum crimen sine culpa*, alla base di questi c'è il fatto proprio, diversamente declinato nei reati dolosi e colposi» (il corsivo è aggiunto). V. anche DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell'evento (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, *Annali* III, 2010, 686 ss. ove l'Autore espone e confuta la tesi secondo cui per mezzo del *nulla poena sine culpa* verrebbe eliminato ogni problema di imputazione oggettiva, di accertamento del fatto proprio, di selezione dei rischi rilevanti. La distinzione tra fatto proprio e fatto proprio colpevole vi era già in DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 230 ss., 408 ss.

¹⁷ Infatti, «se l'art. 27 Cost., per quarant'anni, ha significato solo la costituzionalizzazione del fatto proprio oggettivo-causale, è chiaro che esso abbraccia, come contenuto minimale, già il livello oggettivo del fatto proprio, anche dopo che questo viene diversamente declinato in una cultura ispirata al principio del *nullum crimen sine culpa*» (DONINI, *La personalità della responsabilità penale*, cit., 1617).

¹⁸ Sull'applicabilità del principio affermato da Corte cost. n. 364/1988 anche alle circostanze aggravanti v. PULITANO, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 710 s.

soggettivamente all'agente, è allora evidente che se detta significatività dipende strettamente dalla persona dell'autore è un fatto proprio solo di questi.

Non si tratta qui nemmeno di scongiurare l'applicazione della logica del *versari*, per cui basterebbe la conoscenza/conoscibilità, perché quello di cui si fa rispondere il correo con il ragionamento propugnato dalle Sezioni Unite non è il "caso" menzionato dal brocardo (*qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*), non è una conseguenza fortuita oggettivamente correlata ad una condotta illecita¹⁹ innestata in un contesto illecito, ma un dato di colpevolezza soggettiva altrui. Non si tratta cioè di correggere l'incostituzionalità del concorso anomalo, del dolo colpito a mezza via dall'errore, della colpa come semplice violazione di regole o della morte come conseguenza anche imprevedibile di altro reato, ma di dare atto dell'esistenza di una responsabilità penale parzialmente altrui.

Mentre in punto di *integrazione* dell'aggravante o di *estensione* al correo dell'aggravante *oggettiva*, richiedere la conoscenza/conoscibilità del dato circostanziale scongiura la responsabilità oggettiva e la logica del *versari*, fare lo stesso in punto di comunicabilità al correo dell'aggravante che fotografa un disvalore individuale significa far rispondere quest'ultimo del fatto altrui (noto, ma pur sempre altrui), in contrasto totale con la *ratio* della riforma del 1990.

Riassumendo, di fronte alla circostanza aggravante strettamente personale del correo non si pone un problema di *nulla poena sine culpa* ma di personalità della responsabilità penale (di 27, co. 1 Cost. nella sua più piana e letterale accezione) che non è garantita dalla conoscenza del suo presupposto di fatto. Con un esempio: la conoscenza della premeditazione altrui, non muta l'altruità della premeditazione stessa.

La misura soggettiva minima, ossia la prevedibilità (che con riferimento agli aspetti precedenti o concomitanti alla condotta si traduce in *conoscibilità*), rileva soltanto in capo a colui che è destinatario di un comando o - se si tratta di una circostanza aggravante soggettiva - soltanto in capo a colui che la integra, quale esemplare che desta maggiore allarme sociale²⁰. Il coefficiente sog-

¹⁹ Sul calcolo razionale dell'agire quale fondamento laico del divieto di responsabilità oggettiva v. PULITANO, *Responsabilità oggettiva e politica criminale*, in *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1989, 76; v. anche FIANDACA, *Considerazioni su responsabilità obiettiva e prevenzione*, ivi, 33 ss.

²⁰ Del resto che le circostanze (pur non integrano un precetto in senso stretto) «riescano a svolgere una funzione di prevenzione generale è una eventualità da non escludere a priori. Ad esse sembra ricorrere

gettivo di chi non è destinatario di un comando o non è preso in considerazione dall'elemento circostanziale, perché di stretto contenuto personale-colpevolizzante, è penalmente privo di significato.

Una diversa lettura del riformato art. 118 c.p. condurrebbe peraltro al paradosso di riconoscere, in virtù dell'articolo novellato, un ambito di estensione delle circostanze soggettive più ampio rispetto a quello indicato dalla formulazione previgente: prima della legge n. 19/1990, eccezionalmente si estendevano al correo le aggravanti soggettive, non inerenti alla persona del colpevole, che avessero contribuito ad agevolare l'esecuzione del reato, mentre oggi le Sezioni Unite legittimano l'estensione di *tutte* le circostanze soggettive (che peraltro non sono più qualificate come tali dall'articolo in esame), anche se prive dell'idoneità agevolatrice, soltanto perché note. E ciò viene sostenuto pur in presenza di una esplicita affermazione del principio di incomunicabilità.

La *ratio* di non estendere ai compartecipi le circostanze che rimangono confinate nel foro interno dell'agente avrebbe dovuto piuttosto portare la Corte a prediligere un'interpretazione *in bonam partem* e a ritenere dunque che anche quelle non espressamente menzionate dall'art. 118 c.p., ma comunque soggettive, *rectius* se idonee a far luce sul solo disvalore individuale, sulla sola colpevolezza individuale, non si estendono ai correi.

Prima di tirare le fila del discorso e giungere ad una prima conclusione sul tema, pare opportuna una breve postilla.

Le etichette 'soggettiva' e 'oggettiva' possono ancora essere utili all'interprete, ma occorre fare chiarezza, perché tale distinzione può operare, *in subiecta materia*, su almeno tre piani²¹.

a) Anzitutto tale bipartizione attiene al *criterio di imputazione*: le attenuanti si imputano oggettivamente, in ragione della loro semplice esistenza, anche se ignorate; le aggravanti (salvo quanto si dirà al punto c)) si imputano invece

sempre più di frequente il legislatore, soprattutto nei casi in cui la creazione di una nuova figura di reato appaia sovrabbondante tecnicamente e comunque non diffusamente condivisa» (BRUNELLI, *Confronto di idee su "circostanze del reato tra nodi tecnici e spunti di politica penale"*, in *questa Rivista*, fasc. 3, 2017, 751).

²¹ Tale tripartizione appare utile ai limitati fini che qui ci occupano. Si veda la più completa enucleazione delle (cinque) accezioni dell' "oggettivo" nell'intero sistema penale di DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 71 ss.; ID., *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 378 s.

soggettivamente, cioè soltanto se conosciute oppure se ignorate o erroneamente reputate inesistenti per colpa.

b) Detta classificazione rileva poi, come anticipato, anche per distinguere le circostanze che aggravano il *disvalore del fatto* da quelle che incidono sulla sola *colpevolezza individuale*²² (circostanze soggettive o strettamente personali), denotando cioè un più intenso stato di ribellione (nelle aggravanti) o una minore resistenza psichica (nelle attenuanti). Ciò accade, ad esempio, nelle aggravanti dei motivi abietti e futili, nella connessione teleologica (se si valorizza la più marcata insensibilità etica e la pluralità di spinte criminose), nella colpa con previsione, nello stato di latitanza, nell'aggravante dell'essere sottoposti al tempo del fatto a una misura alternativa alla detenzione, nella recidiva. Quanto alle attenuanti, la minore colpevolezza individuale ricorre per esempio nei motivi di particolare valore morale o sociale, nello stato d'ira, nella suggestione di una folla in tumulto.

Al contrario le circostanze oggettive attengono a un dato materiale, esterno alla psiche²³, e permettono una maggiore aderenza del trattamento sanzionatorio ad un fatto oggettivamente più o meno grave: si pensi, per tutte, all'aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità o di speciale tenuità.

c) Il concetto diverso di circostanze *soggettivizzate* rileva poi come *criterio di classificazione interno alle aggravanti*. Difatti l'art. 59, co. 2 c.p., nella parte in cui prevede l'applicazione di queste ultime anche se meramente conoscibili con l'ordinaria diligenza, è spesso volte inapplicabile perché vi sono aggravanti

²² Ovviamente la più severa colpevolezza individuale non ha nulla a che fare (o non dovrebbe avere nulla a che fare) con il "tipo d'autore", ossia con le qualità personali del soggetto, legate a fattori del tutto estranei al reato, la cui valorizzazione porterebbe ad un aperto contrasto con i principi costituzionali in materia penale. Questo peraltro è il motivo che ha condotto alla dichiarazione di incostituzionalità dell'aggravante della clandestinità di cui all'art. 61, n. 11 *bis* c.p. posto che «il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili implica l'illegittimità dei trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti del tutto estranei al fatto-reato introducendo così una responsabilità d'autore in aperta violazione del principio di offensività (...) In definitiva la qualità di immigrato irregolare diventa uno stigma che funge da premessa ad un trattamento penalistico differenziato del soggetto, i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve di distinzioni, caratterizzati da accentuato antagonismo verso la legalità (...) Ciò determina un contrasto tra la disciplina censurata e l'art. 25, secondo comma Cost., che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali» (Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249).

²³ Questa è la prima delle accezioni segnalate da DONINI, *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, cit., 379, come nozione classica o del c.d. sistema classico e come nozione concettualmente e linguisticamente inevitabile.

ti strutturalmente incompatibili con l'imputazione per colpa, in quanto implicanti un coefficiente soggettivo di effettiva conoscenza²⁴. Per cui, mentre talune circostanze aggravanti sono applicabili anche se solo conoscibili (es. danno di particolare gravità), altre sono strutturalmente soggettivizzate (e ciò non significa che siano anche necessariamente soggettive secondo l'accezione *sub b*)), richiedendo obbligatoriamente il momento intellettuale della *conoscenza* (es. l'aggravante prevista all'art. 413, co. 2 c.p. per il caso in cui l'uso illegittimo di cadavere sia stato posto in essere da chi *sappia* essere il corpo stato mutilato, occultato o sottratto da altri) o persino il momento volitivo della *finalizzazione* della condotta²⁵ (es., come si vedrà, l'aggravante della finalità di agevolazione mafiosa ex art. 416 *bis*.1 c.p.).

Chiariti questi tre distinti piani, si può ora tornare alla questione della valutazione delle circostanze in relazione al correo.

In presenza di un elemento circostanziale²⁶, l'interprete si trova dinanzi a un bivio:

1) se si tratta di una circostanza espressamente menzionata dall'art. 118 c.p., l'estensione al correo non è possibile, salvo ovviamente il caso in cui la stessa sia stata percepita e *fatta propria* da quest'ultimo²⁷ (purché ciò sia ontologica-

²⁴ Così MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, Padova, 2000, 439 ss., 489 ss. e 762 s.; VALLINI, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, 2000, 38; PUTINATI, *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, Torino, 2008, 141 ss.

²⁵ Si è infatti sostenuto come si debba procedere «privilegiando una “lettura” sempre e comunque fondata sul necessario rispetto del principio di colpevolezza e quindi di volta in volta ricercando quei coefficienti di imputazione soggettiva che, alla luce delle concrete caratteristiche del dato circostanziale, e del rilievo da questo assunto nel raccordo con una determinata fattispecie di reato, potranno risultare maggiormente in grado di assicurare tale superiore esigenza di conformità al dettato costituzionale» (A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., 765).

Sulla ontologica incompatibilità col tentativo di tutte quelle circostanze che richiedono elementi soggettivi diversi dal dolo v. poi DIAMANTI, *Sulla circostanza che non c'è. Limiti teorici e problemi pratici di un'invenzione ermeneutica*, in *Ind. pen.*, 2015, 84.

²⁶ È bene precisare che rimangono del tutto al di fuori della sfera di operatività dell'art. 118 c.p. quelle circostanze (soggettive o oggettive che siano) che non si fondono nella struttura unitaria del reato concorsuale, che non sono cioè elementi accidentali dell'illecito ex art. 110 c.p., perché attinenti a condotte successive alla consumazione e dunque totalmente al di fuori del concorso di persone (si pensi all'attenuante del risarcimento del danno prima del giudizio ex art. 62, n. 6 c.p.). V. in proposito la distinzione tra circostanze antecedenti, concomitanti e successive in SANTORO, *Le circostanze del reato*, Torino, Utet, 1952.

²⁷ Cfr. in proposito Cass., Sez. I, 28 gennaio 2005, n. 6775, Erra *et. al.*, in *Mass. Uff.*, n. 230150, in cui si legge che «la natura soggettiva della circostanza aggravante prevista per il delitto di omicidio dall'art. 577, comma primo, n. 4, cod. pen. (aver commesso il fatto per motivi abietti o futili ovvero adoperando sevizie o agendo con crudeltà verso le persone) non preclude la sua estensione al concorrente che, con

mente possibile²⁸) in modo da aggravare anche la di lui colpevolezza individuale (l'aggravante si applica *ex se* e non "si comunica" perché non è mutuata da nessuno);

ii) se si tratta di una circostanza non esplicitamente indicata dall'art. 118 c.p., occorrerà procedere ad un ulteriore vaglio: se la circostanza aggrava solo la colpevolezza individuale (ed è dunque annoverabile nella più ampia categoria delle circostanze ontologicamente soggettive²⁹, alla stregua dei *besondere*

il proprio volontario contributo, abbia dato adesione alla realizzazione dell'evento, *rappresentandosi e condividendo gli sviluppi dell'azione esecutiva* posta in essere dall'autore materiale del delitto e, perciò, *maturando e facendo propria la particolare intensità del dolo che abbia assistito quest'ultima*. In tale pronuncia era stata ritenuta sussistente la circostanza menzionata a carico del correo che, presente alla selvaggia aggressione, aveva impedito la fuga della vittima, riportandola di peso nelle mani dell'aguzzino, visibilmente in preda a una furia omicida.

²⁸ Ad esempio, non potrà strutturalmente essere fatta propria l'altrui premeditazione, perché l'atto di partecipare al reato premeditato da altri, nella piena consapevolezza dell'altrui premeditazione, maturata prima dell'esaurirsi del proprio apporto volontario all'evento, potrà anche essere definito come manifestazione di una volontà adesiva al progetto, ma difettano i tempi tecnici per poter dire che anche il sodale sia "reo" di premeditazione. È solo apparentemente contraria una pronuncia della Cassazione (Cass., Sez. I, 6 aprile 2005, Bagarella *et al.*, in *Mass. Uff.*, n. 231124) la cui massima («la circostanza aggravante della premeditazione può estendersi anche al concorrente nel reato quando risulti provata la conoscenza effettiva e la volontà adesiva al progetto, cosicché egli faccia propria la particolare intensità dell'altrui dolo») potrebbe indurre in errore, se letta senza considerare il fatto da cui era originato il caso sottoposto all'attenzione della Corte. Si trattava infatti di una vicenda in cui l'imputato era pienamente consapevole del progetto omicidiario in quanto era stato presente ai preparativi ed al controllo delle armi. Quest'ultimo cioè aveva pertanto preso parte, ancorché silentemente, alla progettazione.

²⁹ In effetti quella contenuta all'art. 118 c.p. può essere qualificata come «semplificazione legislativa che non può che indicare un rinvio alle generali regole con riguardo alle circostanze non espressamente elencate» (SCARCELLA, *Attenuante del risarcimento del danno ed estensibilità condizionata al compartecipe*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, fasc. 1, 73). Parla poi di selezione «ingiustificatamente ristretta» delle circostanze incommunicabili MORMANDO, *Il concorso di persone nel reato*, in RONCO, *Il reato. Cause di esclusione ed estinzione del reato e della pena*, Bologna, 2007, 151. Segnala le incongruenze anche MELCHIONDA, *La nuova disciplina delle circostanze*, cit., 1495, il quale ritiene che «possa perciò apparire giustificato pensare alla necessità di ampliare il significato reale della locuzione assunta dall'art. 118 c.p., quale parametro ultimo per l'identificazione di ulteriori circostanze valutabili nei soli confronti della persona alla quale si riferiscono». Del resto, osserva l'A., «se d'atro canto si concorda sul fatto che l'aggravamento della sanzione prevista per questi casi si fonda su di un maggior disvalore prettamente individuale (su di un maggior grado di rimproverabilità soggettiva), appare quanto meno opinabile ritenere di dover assoggettare ad un identico trattamento sanzionatorio anche chi, pur consapevole di tutto ciò, non si trovi nelle precipue condizioni che la legge valorizza con la previsione di tali specifiche circostanze»; e ancora «per quale ragione debba, ad esempio, essere posta a carico di altri compartecipi (anche laddove ne abbiano effettiva conoscenza) il connotato di maggiore pericolosità individuale sotteso alla volontaria latitanza di uno di loro (v. art. 61, n. 6, c.p.), non è assolutamente dato comprendere».

persönliche Merkmale del § 28 Abs. 2 StGB³⁰ e delle *circunstancias que consistan en cualquier causa de naturaleza personal* dell'art. 65,1 c.p. spagnolo³¹), essa ugualmente non potrà estendersi al correo³²; se invece è oggettiva (attendendo, ad esempio, alla modalità della condotta o a qualsiasi altra circostanza in grado di illuminare il disvalore oggettivo del fatto) opereranno i canoni ordinari della conoscenza o conoscibilità di cui all'art. 59, co. 2 c.p., congruamente derogati in presenza di una circostanza necessariamente soggettivizzata (*infra* par. 2). Nell'operare tale distinzione l'interprete dovrà farsi guidare dall'art. 133 c.p.: al primo comma sono elencati gli elementi che riflettono la gravità del reato, mentre al secondo comma quelli da cui desumere la capacità a delinquere del reo (fra cui vi sono al n. 1 proprio i motivi a delinquere). È chiaro allora che parlare di 'comunicazione' o di 'estensione' della circostanza al correo è un anacronismo, legato alla vecchia formulazione dell'art. 118 c.p., che ammetteva l'applicazione al correo dell'altrui aggravante soggettiva che avesse agevolato l'esecuzione del reato. Oggi, invece, o la circostanza aggrava il disvalore oggettivo del fatto e allora si applica solo alla persona a

³⁰ «Bestimmt das Gesetz, daß besondere persönliche Merkmale die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt das nur für den Beteiligten (Täter oder Teilnehmer), bei dem sie vorliegen».

Sul § 28 Abs. 2 StGB e sulla sua formulazione aperta, che permette di ricomprendere non solo i *persönliche Merkmale* che ineriscono all'*Unrecht*, ma anche gli *individuelle Schuldmerkmale* v., per tutti, K. KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, Vahlen, 2017, 831 ss.

³¹ «Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurren».

Nella manualistica spagnola, v. per tutti E.J PÉREZ ALONSO, in MORENO TORRES-HERRERA (coord.), *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, 441 s. e MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, 513 s., ove si osserva che i primi due paragrafi dell'art. 65 del Código penal possono essere interpretati come una conferma del principio di colpevolezza nella materia delle circostanze del reato, in quanto «las circunstancias "personales" sólo deben afectar a aquéllos que las posean, mientras que las relativas a modalidades del hecho deben ser abarcadas por el dolo del sujeto» (ivi, 514). Sulla comunicabilità delle circostanze ai compartecipi nell'*asesinato* v. VIVES ANTÓN, ORTS BERENGUER, CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CUERDA ARNAU, BORJA JIMÉNEZ, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 2019, 71 ss. Con riferimento alla abrogata fattispecie del *parricidio* v. invece la ricostruzione sulla differenziazione delle responsabilità dei correi in COBO DEL ROSAL, VIVES ANTON, BOIX REIG, ORTS BERENGUER, CARBONEL MATEU, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1988, 497 ss.

³² Un certo orientamento giurisprudenziale evidenzia tuttavia come le circostanze soggettive non menzionate dall'art. 118 c.p. (quali le condizioni e qualità personali del colpevole) non si estendono a meno che non siano servite ad agevolare l'esecuzione del reato da parte degli altri concorrenti, sempre che questi ne fossero consapevoli (così Cass., Sez. II, 19 febbraio 2013, Nisi *et al.*, in *Mass. Uff.*, n. 255728, edita in *Cass. pen.*, fasc. 4, 2013, 1190, con nota di STAMPANONI BASSI, *Le condizioni per l'estensibilità ai concorrenti nel reato delle circostanze aggravanti soggettive*, 1193 ss.).

cui si riferisce, oppure aggrava il disvalore oggettivo e allora si applica al correo in base alle regole ordinarie, senza che venga a questi estesa una circostanza non sua.

Una sola apparente eccezione, la cui disamina rappresenterà la parte essenziale delle pagine che seguono (*infra* § 2), è rappresentata dalla circostanza aggravante dell'aver l'agente agito per un fine specifico. Può qui giusto anticiparsi che la stessa potrà essere applicata al correo (alle condizioni soggettive di cui si dirà) posto che è tale da aggravare *anzitutto* il disvalore oggettivo del fatto *oltre alla* colpevolezza individuale, dovendosi tale fine necessariamente oggettivizzare, attraverso la finalizzazione della condotta (che è elemento di tipicità oggettiva), la quale produce un approfondimento dell'offesa e, dunque, una oggettiva maggiore gravità del fatto (alla luce di una valutazione di politica criminale interamente riservata al legislatore).

Il caso rimesso alle Sezioni Unite è in effetti assai particolare perché attiene ad una ipotesi in cui viene in rilievo il dolo specifico, che rappresenta un caso di collegamento (in virtù delle più moderne letture, costituzionalmente orientate, dell'istituto) fra disvalore di intenzione e disvalore del fatto. A tal proposito è necessaria dunque una ulteriore riflessione.

2. Il caso peculiare del dolo specifico di ulteriore offesa. Il dolo specifico, ossia quella specifica finalità che muove l'agente e che non deve necessariamente realizzarsi affinché la fattispecie criminosa possa dirsi integrata, pone qualche problema interpretativo se presentato sotto forma di aggravante. Le Sezioni Unite partono - come già detto - dal presupposto che la circostanza che lo contiene sia soggettiva, salvo poi ammetterne l'applicabilità al correo, nel caso in cui quest'ultimo sia venuto a conoscenza di tale finalità.

In questa sede si intende invece chiarire e motivare, anzitutto, la non assimilabilità del dolo specifico ai motivi a delinquere, e la conseguente impossibilità di etichettare la aggravante in esame alla stregua di una circostanza strettamente personale: come si chiarirà, la 'finalità tipica', proprio perché tale, entra a far parte del fatto di reato in cui il partecipe concorre, cosa che non avviene con i motivi a delinquere. Si tenterà poi successivamente di chiarire quale elemento soggettivo, in relazione a detta circostanza oggettiva, andrà richiesto in capo al partecipe a cui la stessa *non* si riferisce (*id est*, il correo non animato dal dolo di agevolazione).

Il caso esaminato dalle Sezioni Unite è in effetti particolare: il dolo specifico che anima il soggetto è elemento aggravatore, mentre più frequente è il caso in cui il dolo specifico caratterizza la fattispecie base, costituendo aggravante l'effettivo conseguimento dello scopo perseguito³³.

Innanzitutto, per comprendere, oltre al regime di imputazione in caso di realizzazione monosoggettiva, anche l'applicabilità della circostanza al correo sprovvisto di tale finalità, occorre chiarire perché il dolo specifico non può essere considerato un motivo a delinquere, del quale ultimo il codice penale non offre in effetti una definizione, limitandosi a menzionarlo agli artt. 118 e 133, co. 2 c.p.³⁴

È opportuno anticipare che la soluzione all'interrogativo circa l'assimilabilità o meno dello scopo al movente va necessariamente ricercata ponendo mente alla rilevanza normativamente accordata al 'fine' nel sistema positivo³⁵, e dunque operando sul terreno della struttura delle formulazioni legali; fuorviante sarebbe infatti, come subito si vedrà, impostare l'indagine sul terreno della psicologia e dunque considerando la valenza ontologica del movente e dello scopo³⁶.

Il motivo a delinquere è il movente, la causa psichica, lo stimolo, la spinta ad agire, la molla alla volontà (in altri termini: cioè per cui si fa o non si fa una cosa). Diversamente, lo scopo è rappresentazione di un frutto da perseguire, è ciò a cui si tende e che si vuole raggiungere: si uccide il ricco parente perché

³³ Ciò non è però del tutto insolito e accade, ad esempio, anche nel reato di rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio di cui all'art. 326, ult. co., c.p. e nel reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina ex art. 12, co. 3-ter t.u. immigrazione, prendendo solitamente il nome di dolo specifico differenziale, perché differenzia appunto l'ipotesi aggravata da quella base (come può anche differenziare due fattispecie autonome, v. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1987, 307 s.).

³⁴ I motivi a delinquere rilevano in realtà anche quali aggravanti o attenuanti comuni (motivi abietti e futili, motivi di particolare valore morale o sociale) oppure in virtù della loro assenza, ossia, più esattamente, quando manchi un motivo "giusto" (ad es. il rifiuto di prestare la propria opera in occasione di un tumulto ex art. 652 c.p. deve essere posto in essere senza "giusto motivo"). Vi è poi talvolta, il riferimento al "giustificato motivo" (la cui assenza rileva, per esempio, in quale aggravante del porto d'arma ex art. 585 c.p., oppure come elemento costitutivo del reato di inosservanza dell'ordine impartito dal Questore allo straniero di lasciare il territorio dello Stato ex art. 14, co. 5-ter n. 3 t.u. immigrazione) il quale deve leggersi come assenza di cause di giustificazioni o di scusanti. Per una dettagliata elencazione v. MALINVERNI, voce *Motivi (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, 287 s.

³⁵ Così VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, Giappichelli, 2000, 5 ss.

³⁶ Questa è l'impostazione accolta da PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 532.

(*quia*) avidi, con lo scopo (*ut*) di ereditarne il patrimonio³⁷. Il movente si ha anche nelle fattispecie colpose (di evento), perché anche l'atteggiamento variamente negligente può essere mosso da un movente: si può attraversare con il semaforo rosso per spacconeria o per raggiungere al più presto il più vicino pronto soccorso per far assistere un trasportato gravemente ferito.

A voler utilizzare criteri fondati unicamente sull'essenza psicologica del motivo e dello scopo, tuttavia, è agevole notare la possibilità di giungere a una completa sovrapposizione fra i due, ben potendo una certa tensione interiore essere considerata tanto alla stregua di un fine quanto alla stregua di una ragione. Ogni motivo può essere trasformato in uno scopo³⁸, perché i comportamenti umani sono normalmente posti in essere "per qualcosa"³⁹, cioè in funzione di un dato interesse che può essere descritto indifferentemente come motivo, molla, o come fine, obiettivo.

Infatti, salvo che non si tratti di motivo inconscio, il movente perfettamente percepito come tale da colui che lo nutre non può che reputarsi coincidente con lo scopo⁴⁰: l'avidità, nel caso precedente, altro non è che una generalizzazione, un'astrazione del più puntuale movente, quello di ereditare il patrimonio a costo di uccidere. È vero che vi sono motivi a delinquere che si esauriscono nella fase della spinta criminosa (es. mi voglio vendicare di un torto, voglio punire chi mi ha disubbidito, voglio ammazzare il tempo, *etc.*), trovando compiuta realizzazione con la sola condotta; mentre altri, oltre a spingere ad agire, si concretizzano in un *quid* in più, successivo alla condotta, ossia nel prodotto di questa (che si pone dunque in rapporto di mezzo a fine): es. sono avido e voglio ereditare il patrimonio della vittima, sono avido e voglio trarre un profitto ingiusto. Ontologicamente il fine è prima di tutto un movente; esso è (anche) spinta ad agire, perché nasce come stato emotivo, con la sola differenza che non trova soddisfazione con la condotta ma con ciò che da essa deriva.

³⁷ L'esempio è di MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 697.

³⁸ È noto l'esempio del "perché beve l'animale?" (*warum trinkt das Tier?*), cui può risponderci sia 'perché' (*quia*) ha sete (*weil er Durst empfindet*), sia 'in quanto persegue lo scopo' (*ut*) della autoconservazione (*zum zweck der Selbsterhaltung*), v. VON JEHRING, *Der Zweck im Recht*, Leipzig, 1904 (IV ed.), 20 s.

³⁹ VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., 10.

⁴⁰ In questi termini MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 697. Parlano di natura conoscitiva dello scopo, il quale implica cioè una rappresentazione di cui il soggetto è conscio ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 378; NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975, 304.

Se io partecipo alla riscossione di interessi usurari perché sono spregiudicato, insensibile ai dettami dell'ordinamento e perché mi faccio allettare da un'attività illecita che garantisce facili e cospicui guadagni e non perché sono disperatamente privo di alternative per sopravvivere (motivo a delinquere), ma perseguo altresì lo scopo di agevolare con tale condotta il *clan* che gestisce il mercato dello strozzinaggio, è evidente che non vi è differenza ontologica fra i due stimoli: entrambi mi spingono ad agire. Se consideriamo poi l'intenzione di trarre un profitto, entrambi allora sono sia movente che scopo, però soltanto il secondo (quello di agevolazione mafiosa) è puntualmente previsto dal legislatore e assume le vesti di dolo specifico in virtù dell'art. 416*bis*.1 c.p.

Nondimeno, tentare da un punto di vista metodologico una categorizzazione sul piano delle caratteristiche ontologiche dei motivi e degli scopi appare del tutto inutile e fuorviante, posto che l'interprete è strettamente vincolato alla tecnica di tipizzazione normativa adottata dal legislatore, in forza delle quale «un medesimo evento preso di mira dall'agente può rappresentare, indifferentemente, dal punto di vista giuridico, un fine o un movente, a seconda di come viene configurato dal legislatore»⁴¹.

Nel momento in cui diviene un dato atteggiamento del volere oggetto di previsione legale, è la “forma” della normativizzazione che ne (ri-)determina la natura, potendo il motivo «cessare di essere un *quid* che appartiene alla sfera dell'autore, per entrare in quella fattuale, anche subiettivamente intesa, come accade per esempio laddove un possibile motivo sia tipizzato quale oggetto del dolo specifico»⁴². *Una generica previsione legale non è però sufficiente per tale mutamento*; difatti ben potrebbe essere prospettabile la tipizzazione di un movente, tutte le volte in cui l'atteggiamento del volere sia inserito dal legislatore nella fattispecie senza però farlo assurgere a qualità della condotta, a finalizzazione della stessa e, dunque, ad *elemento ulteriore del fatto*⁴³. Ciò può accadere nel “crimine d'odio”⁴⁴, ove cioè il legislatore voglia espressamente valorizzare il maggior disvalore del fatto motivato dall'odio dell'autore verso

⁴¹ VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., 9.

⁴² VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., 26.

⁴³ V. sul punto BRUNELLI, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione*, Padova, 1995, 252, il quale osserva che la diversa dimensione lesiva del sequestro a scopo estorsivo dovrebbe riposare su qualcosa di più di un semplice fine o motivo criminoso dell'agente.

⁴⁴ V. le proposte definitorie e l'analisi dei profili di tensione con i principi costituzionali di GOISIS, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli, 2019, 15 ss. e 202 ss.

la categoria cui appartiene la vittima. Qui difetta infatti alcuna funzionalizzazione della condotta.

Prima di approfondire i risvolti della tipizzazione, cioè dell'attrazione nella dimensione fattuale del fine, preme rimarcare come andrebbe in ogni caso ripudiata una ricostruzione che veda nei motivi a delinquere elementi idonei ad illuminare l'essenza dell'agente, la sua antisocialità e la sua sostanziale pericolosità, segnando tratti di maggiore allarme sociale non ancorati al fatto. La valutazione di maggiore gravità della condotta di colui che uccide per noia un senzatetto indifeso, rispetto a quella di colui che uccide il patrigno violento, non dovrebbe cedere alle "derivate soggettivistiche", ma viceversa dovrebbe essere il frutto di un inquadramento dei motivi a delinquere all'interno di un diritto penale del fatto e dunque afferire a un giudizio di (maggiore) colpevolezza per il fatto.

Pare infatti potersi predicare la legittimità costituzionale della rilevanza penale del movente unicamente ove essa conduca a una personalizzazione del rimprovero e una più esatta attuazione del principio di colpevolezza, senza cioè interpretare i motivi in chiave di mera pericolosità, con conseguente frustrazione dei principi di materialità e di offensività. La valutazione dell'atteggiamento interiore è infatti «operazione (...) certo censurabile laddove orientata a configurare forme di diritto penale d'autore, ma pienamente legittima qualora intervenga dopo che sia posata la pietra angolare del fatto e si tratti di valutare, alla luce del rapporto tra quel fatto e l'autore, la colpevolezza di quest'ultimo»⁴⁵.

Chiarito ciò, si può evidenziare come il dolo specifico, ossia l'elevazione del perseguimento di un preciso scopo ad elemento costitutivo (o accidentale) di una fattispecie criminosa (rispetto al quale la condotta si pone in rapporto di mezzo a fine), può atteggiarsi diversamente, a seconda che si limiti a selezionare i fatti rilevanti (restringendo cioè la fattispecie a quelle sole condotte astrattamente tipiche accompagnate dal quel preciso fine), ovvero operi come dolo specifico di offesa o come dolo specifico di ulteriore offesa.

Nel primo caso esso non aggiunge nulla sul piano dell'offesa oggettiva⁴⁶, sia se opera come elemento costitutivo, sia come aggravante. Quale esempio di questo tipo, si pensi alla circonvenzione di persone incapaci, in cui lo scopo di procurare a sé o ad altri un profitto non approfondisce la lesione della vit-

⁴⁵ VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., 25.

⁴⁶ GELARDI, *Il dolo specifico*, Padova, Cedam, 1996, 184.

tima ma si limita a selezionare gli abusi e le induzioni penalmente rilevanti *ex art. 643 c.p.* Quanto al secondo tipo menzionato, si pensi al dolo specifico di profitto che aggrava la fattispecie di immigrazione clandestina di cui all'art. art. 12, co. 3-*ter* t.u. immigrazione: il dolo specifico non aggiunge una lesione oggettiva ma indica un maggior grado di responsabilità personale di colui che lucra sul favoreggiamento dell'immigrazione illegale.

Quando si ha a che fare con il dolo specifico di offesa, viceversa, l'intero disvalore si annida proprio nello scopo perseguito (es. associazione per delinquere⁴⁷); mentre se il dolo è di ulteriore offesa, nello scopo si rintraccia una offesa ulteriore rispetto a quella già prodotta dalla condotta tipica⁴⁸ (ciò ricorre ad esempio tutte le volte in cui è richiesto un profitto necessariamente ingiusto: es. attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, rapina, sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione, deviazione di acque o modificazione dello stato dei luoghi, frode informatica del soggetto che presta servizi di certificazione di firma elettronica, appropriazione indebita).

Si tratta delle fattispecie c.d. soggettivizzate⁴⁹ che attribuiscono una tutela anticipata a determinati beni giuridici (per i quali non è necessaria la frustrazione definitiva affinché possa scattare la sanzione penale, posto che il fine non deve necessariamente essere raggiunto) e richiedono necessariamente una oggettivizzazione del disvalore d'intenzione: ove l'intero contenuto o una parte consistente del disvalore sia riscontrabile nel solo scopo dell'autore (essendo la condotta penalmente neutra o comunque non idonea a fotografare di per sé l'intero disvalore⁵⁰) non può essere negata la necessaria prova del pericolo effettivo per l'interesse protetto⁵¹.

Appare nondimeno convincente la ricostruzione che ancora tale tecnica di formulazione normativa non al mero terreno della colpevolezza ma piuttosto al previo campo della tipicità, sino quasi a giungere a negarne la qualità di "specie del dolo". La rilevanza giuridica dello scopo dell'agente non pare confinabile nell'ambito del dolo o, comunque, nella colpevolezza, come sembra

⁴⁷ Cfr. DE VERO, voce *Ordine pubblico (delitti contro)*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1994, 72.

⁴⁸ BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, 1974, 87.

⁴⁹ Sul punto v. PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., 558 ss. e *passim*; ID., *Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti. Relazione di sintesi*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1, 2017, 249 ss.

⁵⁰ Cfr. DE VERO, *Corso di diritto Penale*, Torino, 2012, 155.

⁵¹ Di questo avviso MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di Diritto Penale*, Milano, 2001, 578 s.; cfr. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 116; MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 11.

additare la sua natura soltanto psichica⁵², o perlomeno pare attenere ancor prima che al piano del dolo come intenzione a quello del dolo come azione⁵³. Il primo requisito che tale formulazione testuale veicola è il rapporto mezzo-scopo che lega la condotta al fine dell'agente (fra cui, già in astratto, deve sussistere un legame di omogeneità⁵⁴), cioè l'orientamento finalistico della condotta; il secondo, per far salvo il principio di offensività in concreto, è l'attitudine della condotta a perseguirlo concretamente. L'idoneità lesiva si riscontra dunque nella *teleologia della condotta*⁵⁵ e nella *possibilità concreta di conseguire lo scopo*.

Il fine menzionato dal legislatore infatti – quale elemento di eccedenza – modifica il fatto oggettivo, come accade con evidenza esemplare nell'associazione per delinquere *ex art. 416 c.p.*: lo scopo criminale altera la compagine (altrimenti lecita ed espressione di libertà costituzionali) trasformandola in un congegno criminale. Congegno che poi dovrà anche essere concretamente idoneo ad assolvere allo scopo per il quale è sorto. Deve anzitutto aversi l'oggettiva consistenza di una macchina delinquenziale, in luogo di quella lecita e solidaristica, e poi deve accertarsi l'attitudine della stessa a funzionare concretamente.

Una volta negata la riconducibilità dello scopo elevato a dolo specifico tra i motivi a delinquere⁵⁶, la comunicabilità al correo è dunque sostenibile, ma per ragioni diverse da quelle invocate dalla Cassazione. Difatti le Sezioni Unite errano nella premessa, reputando la circostanza assimilabile ai motivi a delinquere, ed errano nel giustificare la conseguenza (corretta) dell'estensione, in-

⁵² PADOVANI, *La frode fiscale. Profili generali*, in C.F. GROSSO (a cura di), *Responsabilità e processo penale nei reati tributari*, Milano, 1992, 196; ID., *Diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2017, 109 e 207.

⁵³ V. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, 199, 215 (nt. 42, ove si parla di «significato tipizzante» del dolo specifico) e 216.

⁵⁴ BRUNELLI, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione*, cit., 272, secondo il quale «tipizzando un rapporto di mezzo a fine (...), il legislatore inevitabilmente comprende nella fattispecie il criterio di collegamento tra l'uno e l'altro elemento in chiave di idoneità-adequatezza, ma in tanto tale criterio può pienamente emergere in quanto non vi sia tra i termini relazionati un rapporto di eterogeneità».

⁵⁵ «La nota comune a questi casi è che la condotta incriminata costituisce il primo gradino, il preliminare offensivo, di un iter criminoso che appare fondarsi proprio sulla capacità di risultato raggiunto di mediare il risultato finale, la cui realizzazione rimane estranea alla consumazione del reato» (BRUNELLI, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione*, cit., 263).

⁵⁶ L'appartenenza ai motivi a delinquere della finalità di agevolazione mafiosa (originariamente contenuta all'art. 7 d.l. n. 152/1991) è invece sostenuta da DE VERO, *La circostanza aggravante del metodo e del fine di agevolazione mafiosi: profili sostanziali e processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 48 e da INSOLERA, GUERINI, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Torino, 2019, 132.

vocando l'attitudine di detta circostanza (asseritamente strettamente personale) ad esternarsi, divenendo il tal modo conosciuta dal partecipe.

In buona sostanza il dolo specifico di ulteriore offesa, quale può essere qualificato quello esaminato dalle Sezioni Unite Chiocchini (perché all'offesa contro il patrimonio propria dei delitti di usura e di estorsione si aggiunge l'offesa all'ordine pubblico), deve tradursi in (i) una oggettiva finalizzazione e in (ii) una concreta attitudine della condotta ad agevolare l'attività dell'associazione mafiosa, posto che (i) è il fatto tipico a richiedere la funzionalizzazione della condotta e considerato altresì che (ii) l'offesa ulteriore rispetto a quella perpetrata dalla fattispecie base, su cui l'aggravante si innesta, resterebbe altrimenti relegata nel foro interno dell'agente. Dunque, le attività estorsive e di procacciamento di clienti da sottoporre all'attività di strozzinaggio, con successiva partecipazione anche alle fasi di riscossione devono essersi effettivamente atteggiare in modo concretamente idoneo a porre in pericolo l'ordine pubblico, attraverso la potenziale agevolazione del *clan*. Di ciò danno atto anche le Sezioni Unite, affermando che per la configurazione della fattispecie siano necessari, oltre all'intenzione, «elementi concreti, idonei a rendere possibile la realizzazione dell'evento 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»³⁷.

Pertanto, può sicuramente affermarsi che se lo scopo viene percepito dal correo e fatto proprio, ovviamente si applicherà a quest'ultimo (per così dire "a titolo originario") l'aggravante in parola, per aver agito nutrendo e perseguendo egli tale scopo.

Se viceversa egli non l'ha fatto proprio, si devono, a rigore, seguire i criteri di applicazione delle aggravanti oggettive: non si ha qui - come vorrebbero le Sezioni Unite - un motivo a delinquere esternalizzato (cioè una circostanza soggettiva riconosciuta dall'esterno) e per ciò solo estendibile al correo, ma un atteggiamento del volere (ontologicamente inteso) elevato a dolo specifico di (ulteriore) offesa, che deve pertanto oggettivizzarsi in una condotta concretamente pericolosa, dando vita a un fatto oggettivo maggiormente grave.

Se è una circostanza oggettiva, allora, non rientrerà tra i casi di rilevanza limitata alla persona a cui si riferisce, di cui all'art. 118 c.p., ma si applicherà al correo secondo le regole ordinarie, che non saranno però, in questo caso,

³⁷ V. p. 12 della sentenza Chiocchini.

quelle dell'art. 59, co. 2 c.p., trattandosi di una circostanza (oggettiva, ma nondimeno) connotata da un'elevata soggettivizzazione, posto che strutturalmente richiede un coefficiente di necessaria volontarietà. Non è richiesto il dolo specifico in capo al correo, che può dunque agire anche per una finalità del tutto distante da quella di agevolazione mafiosa, ma nonostante ciò, non ci si può accontentare della conoscibilità con l'ordinaria diligenza perché è la struttura dell'aggravante a chiarire l'incompatibilità con il coefficiente colposo. E da ciò occorre dedurre che, se si ammettesse l'estensione al correo di detta circostanza (ad elevato coefficiente soggettivo) anche se colposamente ignorata, si finirebbe per ammettere un concorso colposo nell'altrui aggravante necessariamente dolosa, di fatto creando una nuova aggravante (l'agevolazione mafiosa colposa) in contrasto con il principio di eccezionalità della responsabilità colposa e, più a monte, con il principio di legalità. Non è strutturalmente ammissibile una difettosa ricostruzione o rappresentazione della realtà (ancorché colpevole) in ordine a un concorso doloso in un fatto concretamente idoneo a perseguire una specifica finalità⁵⁸.

In questo senso colgono del resto nel segno le Sezioni Unite nella parte in cui evidenziano, più che l'insufficienza della mera conoscibilità con l'ordinaria diligenza, l'impredicabilità della stessa, poiché «le situazioni contingenti, l'occasionalità della compartecipazione, 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»⁵⁹.

Il requisito della consapevolezza è già stato individuato nel passato dalla giurisprudenza in tema di concorso esterno nei delitti associativi⁶⁰ (che sono carat-

⁵⁸ Anche la stessa ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite Chiocchini (Cass., Sez. II, ord. 10 settembre 2019, n. 40846) aveva evidenziato che «la mutazione del criterio di imputazione soggettiva in capo ai concorrenti nel medesimo reato non sembra trovare alcuna legittimazione normativa». V. MERENDA, *Concorso di persone e aggravante dell'agevolazione mafiosa: riflessioni a margine della pronuncia delle Sezioni unite*, cit., 11 secondo cui «per questa tipologia di circostanze deve tornare applicabile - anche nei casi di esecuzione concorsuale - la disciplina ordinaria di cui all'art. 59, comma 2, c.p., con la precisazione però che, trattandosi di aggravanti che presuppongono un coefficiente di necessaria volontarietà, il criterio di imputazione non potrà essere quello della mera conoscibilità, ma dovrà fondarsi piuttosto sulla piena colpevolezza».

⁵⁹ V. p. 20 della sentenza Chiocchini

⁶⁰ Cass., Sez. Un., 5 ottobre 1994, Demitry, in *Mass. Uff.*, n. 199386; Cass., Sez. Un., 12 luglio 2005, Mammìno, in *Mass. Uff.*, n. 231672. Più di recente, in relazione al concorso nel reato di ricettazione da parte del correo non animato dal dolo specifico di profitto, v. Cass., Sez. II, 7 giugno 2019, Nuzzi, in *Mass. Uff.*, n. 276954 (v. pag. 11). Di avviso contrario è invece Cass., Sez. I, 30 maggio 2019, Fantini, in

terizzati da un evidente dolo specifico di offesa) in cui si legge come «occorr[a] riflettere sulla natura o, più ancora, sul fine che l'associazione persegue con quel delitto, sicché se, per esempio, il contributo richiesto consiste nell'uccidere per "impartire una lezione" a qualcuno che ha osato disobbedire (...) [e] se l'omicidio ha di mira l'eliminazione di un qualche pericoloso concorrente o di altri che possono minare la vita dell'associazione e l'esterno sa di questo "valore" del suo contributo e lo presta *con questa consapevolezza, anche se per suoi fini personali, cioè anche senza dolo specifico*, è da escludere che ci si trovi dinanzi ad un semplice esecutore di un delitto meritevole soltanto di un aggravamento di pena, che quel contributo, anche in questo caso, altro non è che l'azione atipica che consente la realizzazione dell'azione tipica, che contribuisce, in altri termini, alla stabilità del vincolo associativo e al perseguimento degli scopi della associazione».

Tali conclusioni possono essere replicate (e non si vedono motivi ragionevoli per argomentare il contrario⁶¹) anche ove il dolo specifico non sia elemento essenziale ma soltanto accidentale (integrando cioè un'aggravante). Si tratta di una circostanza aggravante dal «contenuto "misto", soggettivo e oggettivo insieme, e come tale estranea alla *ratio* della previsione normativa che mira a precludere l'addebito ai correi di elementi di natura esclusivamente psicologica»⁶², ma anche strutturalmente incompatibile, sul piano dell'integrazione, con la conoscibilità. Sul piano della responsabilità concorsuale occorre la compartecipazione al fatto oggettivamente più grave e all'altrui dolo di lesione⁶³. In

Mass. Uff., n. 276613, che, con riferimento al dolo specifico di profitto che aggrava la fattispecie di immigrazione clandestina, ha affermato che «l'aggravante è indiscutibilmente soggettiva, essendo incentrata su una particolare motivazione a delinquere e sulla specifica direzione finalistica del dolo e della condotta; ne consegue che, nel caso di concorso di persone nel reato, non è applicabile ai concorrenti che non abbiano agito in base a tale specifica finalità». In questo caso è corretta la non estensione perché, come già accennato, in questo caso il dolo specifico non è di offesa ma indica la maggiore colpevolezza individuale di colui che voglia lucrare dalla condotta criminosa.

⁶¹ Si condivide infatti che «una volta accettata l'idea di una necessaria conformità al principio di colpevolezza, i criteri di imputazione potranno sì variare, ma solo in ragione del ruolo assunto da ogni singolo elemento nel contesto della corrispondente fattispecie complessiva, e comunque a prescindere dal fatto che tale elemento possa, o meno, considerarsi necessario per la configurazione di una determinata ipotesi di reato» (MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., 771).

⁶² MERENDA, *Concorso di persone e aggravante dell'agevolazione mafiosa: riflessioni a margine della pronuncia delle Sezioni unite*, cit., 11.

⁶³ Sul dibattito tradizionale in ordine all'elemento soggettivo nel concorso di persone v. FROSALI, *L'elemento soggettivo del concorso di persone nel reato*, in *questa Rivista*, 1947, 3 ss.; LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964, 73 ss., 91 ss., spec. 94 ove l'A. esalta la comu-

altri termini, il correo risulta, nel nostro caso, meritevole di aggravamento di pena se presta il proprio contributo al fatto agevolatore, nella piena consapevolezza dell'altrui finalità agevolatrice.

Questa sottile distinzione fra voler aiutare altri a perseguire una loro finalità e volerla perseguire come propria, se qui pare pressoché impercettibile, in altri casi assume uno spessore più evidente. Si pensi alla recente pronuncia a Sezioni Unite della Corte di cassazione⁶⁴ sui rapporti fra esercizio arbitrario delle proprie ragioni *ex artt.* 392 e 393 c.p. ed estorsione *ex art.* 629 c.p.: qui si evidenzia come il reato proprio scolpisca una particolare «legittimazione al reato» di soggetti che rivestono una particolare qualifica, la quale può talvolta giustificare la meritevolezza di un trattamento sanzionatorio differenziato (nel caso dell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni, la titolarità di un preteso diritto giustifica un trattamento sanzionatorio più mite e l'inapplicabilità del reato di estorsione, che viceversa richiede lo scopo di procurarsi un ingiusto profitto). Nel reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni – sostiene la Cassazione – può concorrere anche un terzo (non titolare del diritto) purché abbia voluto agevolare la finalità altrui: e ciò non significa che il terzo deve esercitare anch'egli un *proprio* preteso diritto ma che questi agisca al solo fine di esercitare il diritto *altrui*⁶⁵ e non dunque per ottenere un profitto proprio

ne volontà di agire; GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, 95 ss.

⁶⁴ Cass., Sez. Un., 26 ottobre 2020, Filardo, in *Mass. Uff.*, n. 280027.

⁶⁵ In questi termini già FROSALI, voce *Concorso di persone nel reato (diritto penale comune)*, in *Noviss. dig. it.*, III, 1024: «per concorrere nell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni (art. 392, 393 c. pen.) da altri attuato, è necessario conoscere e volere che tale altro soggetto vuole esercitare un particolare diritto». Secondo l'A., quando il dolo specifico non è richiesto quale elemento differenziatore tra due diverse fattispecie incriminatrici, per il concorrente occorre e basta conoscere che l'autore è animato dal dolo specifico richiesto e volere che egli lo consegua. Viceversa, in conformità alla visione del tempo, nel caso in cui l'agente abbia posto in essere un "reato diverso" da quello voluto dal correo, che sia connotato dal dolo specifico, secondo l'A. il correo ne risponderà anche se non ha conosciuto lo scopo e non ha voluto che fosse realizzato, perché l'art. 116 c.p. «pone per responsabilità oggettiva a carico di un correo il reato diverso». Similmente, se il dolo specifico è elemento differenziatore rispetto ad un'altra fattispecie, «il Codice detta la particolare disciplina (fondata sul principio della responsabilità oggettiva) di cui all'art. 117, onde ogni concorrente risponde del reato diverso commesso dal correo, anche se ignorava che il detto correo aveva quel tal dolo specifico differenziale». Oltre a risentire della visione dell'epoca, che non metteva in dubbio la legittimità dell'imputazione a titolo di responsabilità oggettiva, quest'ultima parte del ragionamento dell'A. non può affatto attagliarsi al caso esaminato dalle ss.uu. Chiocchini, posto che l'estorsione e l'usura aggravati dalla finalità di agevolazione mafiosa non sono un reato diverso o un titolo di reato diverso rispetto all'usura semplice, con conseguente inapplicabilità degli artt. 116 e 117 c.p., rilevando solo l'art. 118 c.p.

(circostanza, quest'ultima, che farebbe venire meno la ragione della derubricazione e implicherebbe la sussunzione del fatto nel più grave reato di estorsione).

Allo stesso modo il sodale potrà concorrere nell'estorsione aggravata dalla altrui finalità di agevolazione mafiosa (e a ciò concretamente idonea) se detta finalità (pur rimanendo altrui) è coperta dall'elemento soggettivo richiesto per le circostanze aggravanti soggettivizzate.

È evidente che la soluzione finale sull'aggravante di cui all'art. 416 *bis*.1 c.p. a cui si è qui giunti non è così distante da quella propugnata dalle Sezioni Unite Chiocchini; tuttavia, si è optato per un percorso argomentativo che pare più corretto, in quanto non atestuale, e che inoltre permette di evitare i seguenti inconvenienti paradossali.

*3. L'impatto delle ss.uu. sulle (reali) circostanze aggravanti "strettamente personali" diverse dalla finalità di agevolazione mafiosa: i motivi a delinquere, l'intensità del dolo e il grado della colpa. L'utilizzo della categoria delle circostanze soggettive (anzi, strettamente personali) esternalizzabili, ossia il fissare il discrimine, ai fini della applicabilità delle circostanze al concorrente, nella possibilità di estrinsecazione delle stesse all'esterno, con la conseguenza che esse si comunicano se riconosciute dal correo che non si sia fatto da ciò dissuadere, conduce a due paradossi: i) quello - già menzionato - di colpire un soggetto con un aggravamento di pena a fronte di una *componente oggettiva del fatto* non maggiormente grave, ma soltanto di una più severa *colpevolezza individuale (per il fatto)* del (solo) compartecipe; ii) e altresì quello di svuotare di senso l'art. 118 c.p. perché, come si dirà, anche l'intensità del dolo e il grado della colpa (gli elementi strettamente personali per eccellenza) hanno una componente che si oggettivizza sempre.*

Il primo paradosso è facilmente constatabile in relazione ai motivi a delinquere. Infatti, mentre in relazione al dolo specifico d'offesa si può notare che la conclusione cui giunge la Cassazione è sostanzialmente corretta, nonostante il discutibile percorso argomentativo, con riferimento ai motivi a delinquere che non si riverberano sulla componente oggettiva del fatto, la frizione con il principio di personalità della responsabilità penale pare insanabile. Per motivo a delinquere infatti si intende quello la cui considerazione non viene a tradursi «normativamente in singoli e più determinati elementi di tipizzazione, di

significato anche solo mediatamente oggettivo», rinviando piuttosto il legislatore «ad una mera valutazione della situazione psichica dell'agente, affidata al giudice del caso concreto»⁶⁶.

Si può partire proprio da quei motivi a delinquere presi a paradigma dalle Sezioni Unite, con il supposto conforto di una precedente giurisprudenza⁶⁷, ossia i motivi abietti e futili. Il sodale, la cui azione non sia mossa da tale movente, ma che abbia nondimeno avuto conoscenza di tali fini prima di assicurare il proprio intervento collaborativo, meriterebbe secondo la Corte un irrigidimento del trattamento sanzionatorio.

Nel fare ciò pare ancora una volta evidente una violazione dell'art. 27, co. 1 Cost. perché si finisce per attribuire un segmento di disvalore ad un soggetto che ben potrebbe in realtà essere animato da altri scopi (compatibili o incompatibili con quelli futili). Si pensi a due fratelli che decidono di uccidere il proprio padre, uomo violento ma anche ricco imprenditore. Uno soltanto dei fratelli è animato dalla volontà di liberare la madre dalle terribili sofferenze cui è da anni sottoposta, mentre l'altro è mosso soltanto dal desiderio di ereditare il cospicuo patrimonio. Anche se il fratello "vendicatore" fosse a conoscenza dell'avidità dell'altro, non si vede come si potrebbe giustificare un aggravamento della sua pena se non violando il principio di personalità della responsabilità penale (se poi fosse l'avidità a conoscere il proposito dell'altro si arriverebbe all'assurdo di applicare anche al primo l'attenuante dei motivi di particolare valore morale o sociale; mentre se entrambi fossero a conoscenza del proposito dell'altro ci si troverebbe di fronte ad un insanabile stallo). La funzione incriminatrice dell'art. 110 c.p. non può infatti spingersi sino al pun-

⁶⁶ PICOTTI, *Il dolo specifico*, cit., 526.

⁶⁷ Le Sezioni Unite invocano in realtà dei precedenti che non paiono esattamente conformi alla tesi da loro propugnata. Le precedenti pronunce trattano di casi in cui gli altrui motivi abietti o futili sono stati completamente mutuati, cioè non solo conosciuti ma anche *fatti propri*, dal concorrente. V. Cass., Sez. I, 10 luglio 2018, Kastriot, in *Mass. Uff.*, n. 274538, che si riferisce a una spedizione punitiva, animata da questioni sentimentali, che veniva condotta, oltre che dal soggetto direttamente protagonista della vicenda personale, da quattro sodali, i quali - alla luce degli elementi di fatto - venivano reputati ugualmente animati da futili motivi (la massima riporta infatti che «la circostanza aggravante dei motivi abietti e futili, pur avendo natura soggettiva, è estensibile al concorrente che, con il proprio volontario contributo, abbia dato adesione alla realizzazione dell'evento, rappresentandosi e condividendo gli sviluppi dell'azione esecutiva posta in essere dall'autore materiale del delitto e, perciò, maturando e *facendo propria* la particolare intensità del dolo che abbia assistito quest'ultima»); lo stesso può darsi anche per Cass., Sez. I, 28 settembre 2011, Corodda *et al.*, in *Mass. Uff.*, n. 252348, e Cass., Sez. I, 28 gennaio 2005, Erra *et al.*, in *Mass. Uff.*, n. 230150.

to di condurre a un giudizio indiscriminato di maggiore riprovevolezza di tutti i concorrenti.

La responsabilità concorsuale conosce una forma solo apparente di responsabilità per fatto altrui all'art. 116 c.p.; ma un conto è rispondere per il *fatto* più grave, posto in essere dal solo autore materiale, che rimane fatto proprio in virtù del contributo agevolatore prestato⁶⁸ (peraltro richiedendo la prevedibilità ed evitabilità del reato più grave si evita la logica del *versari in re illicita*), altro è rispondere di una colpevolezza altrui.

E lo stesso può dirsi in relazione alla premeditazione, sulla cui comunicabilità la giurisprudenza offre la medesima lettura sostenuta dalle SS.UU. del 2020⁶⁹. Essa attiene all'intensità del dolo, in particolare al *quantum* di coscienza del fatto, ma, al pari dei motivi abietti e futili, non aggiunge un disvalore *oggettivo* al fatto, come accade invece in presenza di un dolo specifico, che aggiunge un ulteriore pericolo a una condotta già pericolosa (dolo specifico di ulteriore offesa) o aggiunge un pericolo a una condotta neutra (dolo specifico di offesa).

Pertanto, l'altrui motivo a delinquere può comportare un aumento di pena solo qualora lo stesso sia fatto proprio dal sodale. E la consapevolezza, il riconoscimento dello stesso da parte del compartecipe, che non abbia in ragione di ciò desistito dal fornire il proprio contributo, potrebbe in effetti ben fungere da indizio dell'adesione al movente. Ma non può ammettersi alcun

⁶⁸ V. però le notazioni critiche di DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 175 ss., 180, 199 s., il quale sollecita una ricostruzione atta ad individuare le forme minori di complicità, quali figure caratterizzate da un distinto e minore disvalore oggettivo (ancorché non integranti un autonomo titolo di reato), per scongiurare forme di prevenzione generale indiscriminata, che si hanno nella parte in cui si fa rispondere il complice «nella stessa misura sanzionatoria astratta irrogata all' "autore", risultando "concorrente" allo stesso titolo di questi», anche se l'evento o l'offesa non sono conseguenza della sua condotta.

⁶⁹ Vi fa eccezione solo una pronuncia isolata: Cass., Sez. I, 9 luglio 1990, Billardello, in *Mass. Uff.*, n. 185326, secondo cui «la legge 7 febbraio 1990 n. 19 ha integralmente sostituito il disposto dell'art. 118 cod. pen. nel senso, tra l'altro, che le circostanze che aggravano le pene, concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, ed il grado della colpa sono valutate soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono e fra tali circostanze aggravanti è compresa quella della premeditazione in quanto riguardante l'intensità del dolo. La nuova normativa si applica anche ai procedimenti in corso in base al disposto dell'art. 2, terzo comma, cod. pen.». L'applicabilità poi dell'aggravante al correo solo se da questi *fatta propria* è sostenuta in Cass., Sez. V, 8 ottobre 2009, Finocchiaro *et al.*, in *Mass. Uff.*, n. 245582, («la circostanza aggravante della premeditazione si estende al concorrente nel reato quando risulti provata la conoscenza effettiva e la volontà adesiva al progetto da parte di costui, cosicché egli faccia propria la particolare intensità dell'altrui dolo). L'estensione dell'aggravante in base alla mera conoscenza è invece sostenuta, ad esempio, da Cass., Sez. VI, 21 settembre 2017, Argentieri *et al.*, in *Mass. Uff.*, n. 271952.

automatismo in tal senso, perché il giudizio di maggiore colpevolezza individuale non dovrebbe legittimare presunzioni. Ad esempio, se un mio compagno di scorribande un pomeriggio mi propone di sorprendere alcuni senz'altro addormentati con calci e pugni, esprimendomi a chiare lettere che il senso di tale spedizione è quello di ammazzare la noia, è sicuramente possibile dedurre che la mia adesione sia stata dettata dall'aver io maturato una totale partecipazione al futile motivo, ma si tratta pur sempre di un meccanismo deduttivo e non di una presunzione; ciò peraltro comporta l'applicazione *ex se* dell'aggravante (autonomamente integrata dalla mia condotta) e non della sua estensione.

Infine, lo stesso può dirsi anche in relazione alla recidiva, che è circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole (art. 70, co. 2 c.p.) ed è pertanto da valutarsi esclusivamente in relazione alla persona a cui si riferisce *ex art.* 118 c.p. Mai si potrebbe infatti giustificare un'estensione dell'aumento di pena al correo che conosca la precedente condanna per un delitto non colposo del suo sodale, posto che si tratta di un'aggravante la cui applicazione dipende dalla «relazione qualificata tra lo *status* e il fatto, che deve risultare sintomatico, in relazione alla tipologia dei reati pregressi e all'epoca della loro consumazione, sia sul piano della colpevolezza che su quello della pericolosità sociale»⁷⁰.

Si è poi qui inizialmente menzionato come l'esternalizzazione - sulla base di specifici elementi rivelatori - è sempre possibile anche in relazione all'intensità del dolo e al grado della colpa: un fatto doloso è oggettivamente diverso da un fatto colposo, tant'è che «anche un cane si rende conto di quando qualcuno lo sta prendendo a calci o gli inciampa addosso per sbaglio, e sa dunque cogliere bene il diversissimo significato 'obiettivo' di una condotta a seconda che sia sorretta da dolo o colpa»⁷¹; ma anche un fatto gravemente

⁷⁰ Cass., Sez. Un., 24 febbraio 2011, Indelicato, in *Mass. Uff.*, n. 249664.

⁷¹ DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 717; l'Autore evidenzia tanto il risvolto negativo, dato dalla individuazione *in re ipsa* dei rischi intollerabili, quanto quello positivo "di garanzia" della tipizzazione di dolo e colpa come modi di agire in DONINI, *La personalità della responsabilità penale*, cit., 1589 ss.

Tale approccio è stato sposato anche dalla giurisprudenza a Sezioni Unite con riferimento alla particolare tenuità del fatto *ex art.* 131 bis c.p., disposizione che richiede di valutare l'esiguità dell'offesa anche alla luce dell'intensità del dolo e del grado della colpa in virtù del richiamo all'art. 133, co. 1 c.p.; la Corte afferma espressamente che «anche l'elemento soggettivo del reato penetra nella tipicità oggettiva. Ciò è particolarmente chiaro nell'ambito della colpa, ove rileva il tratto obiettivo della violazione della

colposo è oggettivamente diverso da un fatto lievemente colposo. In un certo senso, l'intensità del dolo e il grado della colpa sono sempre *anche* modalità della condotta.

Quanto all'intensità del dolo, il grado della adesione partecipativa, della coscienza e della volontà del reato si riflettono inevitabilmente sulla preparazione (se vi è) e sulla realizzazione del fatto, in relazione alle quali il sodale ha un punto di vista privilegiato, poiché (anche se non è necessario un vero e proprio previo accordo) vi è la volontà di concorrere e dunque la reciproca consapevolezza dell'altrui contributo. Presentarsi armati o non armati, muniti di arma bianca o di arma da sparo, carica o scarica, con plurime munizioni o con una soltanto, mostrare di conoscere gli spostamenti della vittima, colpire con trenta coltellate o solo di striscio, *etc.* sono tutti riflessi dell'intensità del dolo che si rende oggettivo sulla base di quegli «specifici elementi rivelatori» di cui parlano le Sezioni Unite.

Il grado della colpa ha poi (anzitutto) una lampante dimensione oggettiva, rappresentata dalla misura di divergenza tra condotta effettivamente tenuta e condotta doverosa, ossia quella rispettosa della regola cautelare a cui ci si sarebbe dovuti attenere. In caso di cooperazione colposa c'è peraltro un elemento volontaristico (nonostante ci si trovi sul terreno dell'evento non voluto), rappresentato dalla volontà di concorrere nella realizzazione della condotta contraria a regole cautelari e causative dell'evento. Si pensi al caso di un falò acceso all'interno di un bosco arido ad opera di padre e figlio, il primo appartenente al corpo forestale dello Stato e il secondo da poco maggiorenne e solito vivere in una città metropolitana. Il secondo potrà percepire la modalità della condotta del padre e magari anche conoscerne il grado di divergenza perché potrebbe aver saputo da questi che l'accensione dei fuochi è lì normalmente vietata.

Eppure il grado della colpa fotografa (così come l'intensità del dolo), nell'esempio prospettato, soprattutto la colpevolezza individuale⁷², «il profilo più squisitamente soggettivo della colpa»⁷³.

regola cautelare. Ma anche nell'ambito del dolo condotta e colpevolezza s'intrecciano» (Cass., Sez. Un., 6 aprile 2016, Tushaj, in *Mass. Uff.*, n. 266593). Sulla natura normativa della colpa (violazione del dovere di diligenza come base della «tipizzazione» della fattispecie colposa) e dunque sulla componente oggettiva della responsabilità colposa v. D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 279 ss., 511 ss.; ID., *L'evoluzione teorica della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1614.

⁷² Del resto, «l'irrelevanza penale di errori dovuti a imperizia lieve, in presenza di problemi di speciale difficoltà e, insieme, di emergenza, è fondato su un giudizio di *maggiore concretizzazione e individua-*

Anzitutto, si potrebbe osservare come il *quantum* di divergenza rispetto alla regola cautelare non sia che il primo dei fattori utili per la determinazione del grado della colpa: è il criterio di tipo oggettivo, che riflette la misura normativa della colpa. All'applicazione di tale primo criterio deve però necessariamente seguire l'applicazione del criterio soggettivo, che riflette la componente psicologica della colpa, attraverso la valorizzazione degli ulteriori fattori – messi in luce anche dalla giurisprudenza – della prevedibilità ed evitabilità dell'evento, della condizione personale dell'agente, del possesso di qualità personali utili a fronteggiare la situazione pericolosa, della motivazione della condotta⁷⁴.

Ma la non estendibilità al correo di una eventuale aggravante fondata sul grado della colpa⁷⁵ è resa evidente, ancor più agevolmente, dal fatto che lo stesso *standard* di diligenza richiesto è parametrato sulla competenza, abilità ed esperienza dell'agente (differenziazione del precetto *ex ante*), dalle quali dipende poi, insieme con le circostanze del caso concreto (es. situazione anormale, di urgenza o di difficoltà), il *quantum* di esigibilità del rispetto della regola cautelare⁷⁶. Una atecnica “estensione” del grado della colpa potrebbe aversi solo a fronte del mutato *standard* di diligenza richiesto a fronte delle “conoscenze superiori” del figlio, acquisite proprio dalla conversazione con il padre. In questo caso è una propria gravità della colpa e non è estensione di quella altrui.

lizzazione, tenendo conto dei dati situazionali oggettivi (come l'urgenza richiesta dall'intervento, l'imprevedibilità previa di un ostacolo all'esecuzione dell'intervento) e delle loro conseguenze sul piano più soggettivo (la concitazione delle operazioni svolte, la pressione psicologica dovuta anche ai rapporti – di colleganza professionale – tra chirurghi e vittima) (...)» (CASTRONUOVO, *La colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1739 s.). V. anche MICHELETTI, *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, 609 ss.

⁷³ BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 11.

⁷⁴ V. la esauriente ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale sul tema nonché l'elaborazione di una possibile nozione di colpa grave in POLI, voce *Colpa grave*, in *Enc. dir.*, in corso di pubblicazione, 6, 44 ss. (del dattiloscritto).

⁷⁵ Evidenzia tuttavia come elementi certamente soggettivi (quale la stanchezza fisica) vengano dalla giurisprudenza (specie in materia di colpa sportiva) valorizzati sul piano oggettivo dell'antigiuridicità CASTRONUOVO, *La colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 1745 s.

⁷⁶ V. DONINI, *Prassi e cultura del reato colposo*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 5 ss.

4. ... e l'aggravante della colpa specifica. Ci si può chiedere a questo punto cosa accade nel caso in cui il fatto risulti aggravato dalla colpa specifica⁷⁷ attribuibile però a uno solo dei cooperanti. Pare questa l'ipotesi in cui il disvalore soggettivo permea al massimo grado la modalità della condotta.

Si pensi al caso in cui coimputati ex art. 113 c.p. per la morte di un lavoratore - a seguito della caduta dall'alto di un grave in un cantiere - siano il legale rappresentante della ditta appaltante i lavori e l'appaltatore che sia anche esecutore materiale delle opere; il primo potrebbe rispondere di omicidio colposo aggravato dalla violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, per aver ad esempio impropriamente redatto il Piano Operativo di Sicurezza (senza cioè valutare il rischio di caduta di oggetti dall'alto); al secondo invece, l'appaltatore/esecutore, possiamo ipotizzare come contestata la cooperazione nella causazione dell'evento con colpa generica (non essendo egli destinatario di regole cautelari specifiche), per non aver transennato l'area sottostante alla manovra dei carichi. Va premesso che nel t.u. sulla sicurezza sul lavoro (d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81) non è rinvenibile una regola cautelare elastica, che permetta cioè di far ricadere nell'aggravante della violazione delle norme antinfortunistiche anche condotte connotate da colpa generica; non vi è cioè una disposizione assimilabile all'art. 140 del Codice della strada («gli utenti della strada devono comportarsi in modo da non costituire pericolo o intralcio per la circolazione ed in modo che sia in ogni caso salvaguardata la sicurezza stradale») che permette l'ingresso della negligenza sotto il cappello della violazione della disciplina sulla circolazione stradale⁷⁸.

⁷⁷ L'aggravante della colpa specifica ricorre agli artt. 589, co 2 e 590, co 2 c.p. («con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro») e all'art. 593 *bis* c.p. («se il fatto è commesso con la violazione delle norme poste a tutela del lavoro»).

⁷⁸ Va dato tuttavia atto di una tendenza all'ampliamento in via esegetica del riferimento alle norme sulla disciplina per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, fra cui cioè rientrerebbe anche l'obbligo generale di cui all'art. 2087 c.c., il quale prevede che l'imprenditore sia tenuto ad adottare le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, siano necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro. Si è sottolineato però che così facendo «l'ampliamento delle circostanze aggravanti "lavoristiche" previste per i delitti di omicidio e lesioni passa attraverso un'estensione analogica delle norme prevenzionistiche violate, che rende parzialmente fungibile la loro orientazione teleologica. Benché in un senso improprio, quindi, dal momento che l'estensione riguarda la norma cautelare oggetto di violazione, sembra potersi configurare una sorta di colpa analogicamente fondata sul mancato rispetto di norme finalizzate a prevenire anche alcune tipologie malattie professionali. (...) Un ulteriore esito di deformazione - incompatibile con il contenuto più formale del *nullum crimen* - al quale non sembrano estranee le già evocate istanze "ideologiche" derivanti dal substrato assiologico dei beni tutelati: un argomento, quest'ultimo, valido, come noto, solo sul piano delle opzioni

Occorre allora capire se l'aggravante di cui all'art. 589, co. 2 c.p. possa comunicarsi al concorrente negligente.

In effetti, non si tratta di un grado della colpa, quanto piuttosto di una *forma* della colpa dipendente dalla fonte⁷⁹: pertanto non dovrebbe applicarsi esclusivamente alla persona cui si riferisce *ex art.* 118 c.p.

Inoltre, la violazione della normativa antinfortunistica può apparire una modalità della condotta, attenendo senz'altro alla misura normativa della colpa (che è il primo indizio di colpa come elemento soggettivo), ossia all'oggettiva violazione, all'oggettivo discostamento della condotta rispetto a quanto prescritto da leggi, regolamenti, ordini o discipline. Se voglio descrivere una violazione di una regola cautelare (che è qui indizio dell'elemento soggettivo colposo, da accertarsi poi valutando «il “potere” del soggetto di adeguarsi alle aspettative dell'ordinamento rimaste deluse»⁸⁰), descrivo essenzialmente una condotta, considerato che la regola anzidetta è «regola modale»⁸¹. La colpa specifica (*rectius*, il suo primo *step* fondato sul momento normativo) attiene dunque certamente al disvalore soggettivo ma permea la condotta ad una profondità forse maggiore rispetto a quella segnalata in relazione al grado della colpa (ossia al *quantum* di divergenza rispetto alla condotta doverosa).

Se davvero attiene alla modalità della condotta⁸² dovrebbe ammettersi l'estensione dell'aggravante al correo non destinatario di regole cautelari, come l'appaltatore del nostro caso (con la conclusione che, fra i vari effetti, anche il secondo imputato sarebbe soggetto a un più lungo termine prescrizionale). Tutti dovrebbero rispondere di omicidio aggravato dalla violazione delle norme per la prevenzione di infortuni.

di criminalizzazione del legislatore, ma inidoneo a supportare, sul versante del giudice, attività interpretative o creative *in malam partem*» (CASTRONUOVO, *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo. Un catalogo ragionato*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3, 2016, 246).

⁷⁹ A titolo esemplificativo v. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 385; FIANDACA, MUSCO, *Il diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 574 ss.; CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2017, 466 s., 473 ss.

⁸⁰ CASTRONUOVO, *La colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 1730.

⁸¹ CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa*, cit., 1617.

⁸² L'esigenza di rispettare i principi costituzionali in materia penale, e in particolare il principio della riserva di legge, fa sì che «il “dovere” di apprestare delle cautele, di mantenere cioè la propria attività nell'area del rischio consentito, quando si tratti di un dovere penalmente rilevante, non può che avere una fonte legale, almeno indiretta, che valga a specificare e quindi a rendere “tipico” quel dovere in relazione ad una fattispecie incriminatrice» (CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa*, cit., 1627).

Ma, anzitutto, è riconoscibile dall'esterno la colpa specifica.⁹ La colpa si connota sempre per una componente omissiva, cioè l'omessa adozione della precauzione imposta (anche se la condotta serbata in concreto è attiva) e dunque è difficile sostenerne l'incondizionata riconoscibilità dall'esterno. Può riconoscere l'omissione solo chi è a conoscenza del dovere di adottare la condotta alternativa lecita e si dubita che tale dovere ricada in capo a quel soggetto che non è destinatario di quell'obbligo anti-infortunistico.

Si tratta, in sostanza, del principio dell'affidamento⁸³ (che è lecito riporre nel corretto comportamento altrui) e del principio di autoresponsabilità, a mente del quale ognuno risponde dell'inosservanza delle *proprie* regole cautelari⁸⁴. La cooperazione, poi, richiede conoscenza e volontà di concorrere nella condotta violatrice delle regole cautelari; è possibile un concorso nell'inosservanza altrui, la quale però deve essere causata (o anche solo agevolata) e *voluta* dal concorrente: ad esempio ciò accadrebbe se l'appaltatore/esecutore imprudente convince l'appaltante e il coordinatore per la sicurezza circa la superfluità dell'osservanza di una particolare norma antinfortunistica.

Il principio di affidamento d'altra parte ha dei precisi limiti applicativi: è noto come la sua operatività venga meno in presenza di un dovere di sorveglianza o controllo⁸⁵, oltre che nel caso in cui l'altrui condotta irrispettosa delle regole precauzionali si innesti sull'inosservanza di una cautela da parte di chi vorrebbe invocare detto principio⁸⁶, e infine nell'ipotesi in cui l'altrui comportamento scorretto sia ben rappresentabile⁸⁷.

⁸³ MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 536 ss. La derivazione del principio in esame da un "basico" principio di personalità della responsabilità penale è evidenziata da MASSARO, *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza: principio di affidamento, cooperazione colposa e concorso colposo nel delitto doloso*, in *Leg. pen.*, 2020, 3 ss.

⁸⁴ Sull'atteggiamento di certa giurisprudenza che tende a reputare non invocabile il principio dell'affidamento da parte del datore di lavoro v. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011, 125 ss.

⁸⁵ Cfr. M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, 447; MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, 2013, 254 ss. e *passim*.

⁸⁶ Ciò è sostenuto da svariate pronunce di legittimità, fra cui Cass., Sez. IV, 27 giugno 2013, Zanon *et al.*, in *Mass. Uff.*, n. 258124, in cui si legge che «non è invocabile il principio di affidamento nel comportamento altrui, con conseguente esclusione di responsabilità, da parte di chi sia già in colpa per avere violato norme precauzionali o avere omesso determinate condotte e, ciononostante, confidi che colui che gli succede nella posizione di garanzia elimini la violazione o ponga rimedio alla omissione, in

Per cui, riprendendo l'esempio prospettato, solo se ricorrono circostanze tali da rivelare l'inosservanza altrui degli *standard* di comportamento, l'appaltatore/esecutore ha l'obbligo di non restare incurante rispetto alle inerzie dell'altro soggetto. Ovviamente ciò dipende anche dalla soggettiva riconoscibilità: non devono cioè essere richieste conoscenze specialistiche (o comunque superiori a quello dell'*homo eiusdem*) per avvedersene. Ma questo significa solo che lui è in colpa, come lo è se imprudentemente omette di far recintare l'area sottostante alla zona di manovra di carichi, ma è sempre colpa generica.

La riconoscibilità del rischio da parte del soggetto non destinatario di quegli obblighi di cui al t.u. sulla sicurezza del lavoro non crea l'obbligo di provvedervi in prima persona, ma fonda un obbligo di diligenza e prudenza (non pre-positivizzato) che porta sino al dovere di astenersi dall'agire in assenza delle condizioni necessarie per la neutralizzazione del rischio considerato proprio dalla regola cautelare da altri violata. La concretizzazione del rischio comporterà una responsabilità collettiva ma senza la possibilità di contestare all'esecutore negligente e/o imprudente la violazione di *regole scritte di cui mai è stato destinatario*, con la ovvia conseguenza che mai gli potrà essere applicata l'aggravante della colpa specifica di cui al secondo comma dell'art. 589 c.p.

LAVINIA MESSORI

quanto la seconda condotta non si configura come fatto eccezionale sopravvenuto, da solo sufficiente a produrre l'evento. (In applicazione del principio, è stata ritenuta corretta la condanna per omicidio colposo, in relazione ad un infortunio sul lavoro, del coordinatore per la progettazione che aveva predisposto un piano di sicurezza assolutamente generico, e che aveva invocato come esimente la mancanza, di fatto, del coordinatore per l'esecuzione dei lavori)».

⁸⁷ Cfr. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 285 ss.; CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004, 489. Sottolinea MASSARO, *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza*, cit., 7 s. come la riconoscibilità «dovrebbe essere limitata ai soli casi di errori macroscopici e quindi agevolmente riconoscibili, risolvendosi in un giudizio più restrittivo della generica prevedibilità dell'inosservanza altrui: quest'ultima, in effetti, rischierebbe di risultare *in re ipsa* vista la predeterminazione che, in maniera strutturale, caratterizza le organizzazioni complesse come quelle in cui si inseriscono anche le condotte degli esercenti una professione sanitaria. Il limite della riconoscibilità dell'altrui comportamento inosservante, poi, potrebbe (il condizionale è d'obbligo) immaginarsi come realisticamente operativo nelle sole ipotesi di condotte concomitanti e, dunque, di plurisoggettività sincronica».