UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "ROMA TRE"
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE "TULLIO ASCARELLI"
SEZIONE "SISTEMI PUNITIVI E GARANZIE COSTITUZIONALI"
AREA "DIRITTO PENALE" (XXVII CICLO)

Tesi di Dottorato

IL "CONCORSO ESTERNO" NEI REATI ASSOCIATIVI

Coordinatore e Tutor:
Chiar.mo Prof. Mario Trapani

Dottoranda:
Dott.ssa Annaelena Mencarelli

ANNO ACCADEMICO 2015/2016

INDICE

Introduzione..... 5

CAPITOLO I
L'EVOLUZIONE DEL "CONCORSO ESTERNO" NEL REATO ASSOCIATIVO. DALLE ORIGINI DELL'ISTITUTO ALLA RICOSTRUZIONE AUTONOMA NELLE ULTIME PRONUNCE A SEZIONI UNITE DELLA CORTE DI CASSAZIONE

1. *Una premessa di carattere generale. Il "concorso esterno" e le nuove esigenze di tutela.*. 15
2. *Il reato associativo, quale termine di riferimento di un concorso eventuale di persone nel reato.*.....23
   2.1. *Aspetti problematici dei reati associativi. Il rispetto dei principi di offensività e determinatezza del reato.*.....23
   2.2. *L'associazione per delinquere e l'associazione di tipo mafioso. Interesse giuridico tutelato…*.....30
   2.3. *Il concetto di associazione.*.....36
   2.4. *Le condotte associative. Cenni.* 42
3. *Il lungo cammino del "concorso esterno" nel dibattito giurisprudenziale.* 44
   3.1. *Una visione allargata della nozione di partecipazione all'associazione.* 44
   3.2. *L'apporto della dottrina alla configurabilità del "concorso esterno" nei reati associativi.* 49
   3.3. *Da una nozione allargata a una nozione di condotta associativa maggiormente rispettosa dei principi di determinatezza e offensività del reato.*.....52
   3.4. *La svolta operata dalle Sezioni Unite Demitry e il definitivo ingresso nel sistema del concorso eventuale nel reato associativo.*.....55
   3.5. *Le Sezioni Unite Carnevale e il superamento dello stato di fibrillazione quale momento decisivo per l'apporto del contributo esterno.*.....59
   3.5. *L'arresto finale delle Sezioni Unite Mannino.* 62
4. *Lo scambio elettorale politico – mafioso.* 64

CAPITOLO II

LA REAZIONE DELLA GIURISPRUDENZA ALLA PRONUNCIA MANNINO. PROFILI DI CRITICITÀ E RICOSTRUZIONE DEL SISTEMA NEL RISPETTO DEI PRINCIPI CARDINE DEL DIRITTO PENALE

1. *Una premessa sul concorso eventuale nel reato associativo.* 68
2. *La c.d. "contiguità imprenditoriale".* 79
   2.1. *La condotta dell'imprenditore tra contiguità "compiacente" e contiguità "soggiacente".* 79
   2.2. *Il contributo dell'imprenditore valutato alla luce dei canoni enunciati dalle Sezioni Unite Mannino.* 85
3. *Il c.d. "aggiustamento" dei processi di mafia. La sentenza Prinzivalli.* 93
4. *Il patto elettorale politico-mafioso.* 96
   4.1. *Le sentenze Tursi Prato e Patriarca.* 96
   4.2. *I rapporti tra il concorso eventuale nell'associazione di tipo mafioso e l'art. 416ter c.p.* 102
5. *Altre pronunce sulle condotte dei professionisti appartenenti alla c.d. borghesia mafiosa.* 108
   5.1. *Un'interessante pronuncia della Cassazione (n. 18797/2012) sul ruolo del professionista che entra in contatto con le associazioni di tipo mafioso.* 108
   5.2. *La condotta dell'avvocato.* 111

CAPITOLO III

LA STRUTTURA DEL CONCORSO EVENTUALE NEL REATO ASSOCIATIVO

1. *L'elemento oggettivo del concorso eventuale nel reato associativo e il nesso di causalità in funzione di tipizzazione delle condotte punibili.* 113
   1.1. *Le criticità dell'accertamento causale nel concorso di persone nel reato.* 113
   1.2. *Dalla teoria della causalità agevolatrice alle c.d. teorie "soggettive". Critica…* 122
   1.3. *La teoria della* condicio sine qua non. 126

1.4. *Il criterio della* condicio sine qua non *e la rilevanza penale del concorso eventuale nel reato associativo*.....131
1.5. *Il* tempus commissi delicti *del concorso eventuale nel reato associativo*.....137
2. *Il dolo del concorrente eventuale, tra consapevolezza e volontà di contribuire al raggiungimento degli scopi della* societas sceleris.....143
3. *I rapporti tra concorso eventuale nel reato associativo e favoreggiamento personale*.....147
4. *Confutazione delle teorie elaborate dalla dottrina per individuare i tratti essenziali del concorso eventuale nel reato associativo*.....151
4.1. *L'affiliazione tra concorso e partecipazione al reato.* 151
4.2. "*Chiunque concorra è partecipe*". 155
4.3. *La tesi di Muscatiello e il concorso nella singola condotta associativa*.....160
5. *Il caso Dell'Utri. Un'occasione per cogliere l'autentico* punctum dolens *dei processi sulla mafia*. 164
6. *Il "concorso esterno" nell'associazione di tipo mafioso innanzi alla Corte europea di diritti dell'uomo. Riflessioni a margine della sentenza Contrada e prime reazioni della giurisprudenza*. 168
6.1. *Introduzione. Il caso Contrada*. 168
6.2. *Due interpretazioni antitetiche fornite dalla giurisprudenza in risposta alle statuizioni della Corte Edu*. 171
6.2.1. *La sentenza "Infinito"*..... 171
6.2.2. *Tribunale di Catania del 21 dicembre 2015*..... 177
6.3. *Osservazioni conclusive.*.....180

Bibliografia..... 191

INTRODUZIONE

« *Capisco benissimo che in termini generali si possa affermare: "I rapporti tra imprenditori e dirigenti di azienda con i mafiosi sono di difficile comprensione data la difficoltà di stabilire chi sia la vittima e chi il carnefice….". Può essere. Ma in ogni caso non è ammissibile sostenere che versare una percentuale sia un atto innocente: implica, nella migliore delle ipotesi, il riconoscimento dell'autorità mafiosa.* […] *La mafia, lo ripeto ancora una volta, non è un cancro proliferato per caso su un tessuto sano. Vive in perfetta simbiosi con la miriade di protettori, complici, informatori, debitori di ogni tipo, grandi e piccoli maestri cantori, gente intimidita o ricattata che appartiene a tutti gli strati della società. Questo è il terreno di coltura di Cosa Nostra con tutto quello che comporta di implicazioni dirette o indirette, consapevoli o no, volontarie o obbligate, che spesso godono del consenso della popolazione* »[1].

Le parole di Giovanni Falcone, considerato da più parti "l'ideatore" del "concorso esterno" nel reato associativo, rendono chiaramente il fondamento politico – criminale alla base della rilevanza penale di condotte che non si traducono in una vera e propria partecipazione all'associazione criminosa.

La peculiarità della criminalità organizzata di stampo mafioso risiede nella sua capacità di integrarsi all'interno della società in maniera talmente capillare da trovare la sua vera forza nella solidità delle relazioni esterne che la stessa è in grado di intrattenere, relazioni che ne assicurano una stabilità e un radicamento che altrimenti non avrebbe[2]. È la fitta rete sociale di rapporti intrattenuti dall'associazione mafiosa che permette di distinguerla rispetto alle altre forme di criminalità organizzata.

---

[1] G. FALCONE, *Cose di Cosa Nostra,* Fabbri Editore, Corriere della sera, 1995, p. 93.

[2] Vedi la tesi di R. SCIARRONE, *Mafie vecchie, mafie nuove. Radicamento ed espansione,* Donzelli Editore, 1998, p. 293: « […] *la forza della mafia è all'esterno della mafia… sono le relazioni esterne dei mafiosi che costituiscono in definitiva la loro forza, la loro capacità di adattamento, di radicamento e di diffusione* ». L'Autore estende alla mafia il concetto di "capitale sociale", inteso quale insieme di risorse di cui dispone l'individuo in ragione delle relazioni sociali che lo stesso intrattiene. Si tratta di una sorta di *know how,* che consente di reperire le risorse necessarie al perseguimento dei fini criminosi tramite rapporti di cooperazione e scambio con soggetti esterni all'organizzazione criminale.

Che il dibattito sul "concorso esterno" si sia sviluppato parallelamente all'introduzione del delitto di associazione di tipo mafioso è un dato fondamentale dal quale non si può prescindere: non è un caso che i dubbi sulla sua configurabilità abbiano iniziato ad affacciarsi prepotentemente a partire da quegli anni in cui nella società cresceva la consapevolezza della pericolosità del fenomeno mafioso.

L'evoluzione storica si rivela, in questa prospettiva, particolarmente utile per comprendere le radici del fenomeno giuridico, poiché consente di rilevare come sino all'introduzione dell'art. 416*bis* c.p. la giurisprudenza non avesse esitato a incriminare condotte di soggetti che occasionalmente fornissero un sostegno alle associazioni criminose, richiamando quella funzione incriminatrice *ex novo* svolta dalle disposizioni sul concorso di persone nel reato. La stessa dottrina, finanche gli Autori che si sono occupati più specificamente di quei reati dei quali la pluralità di persone costituisce elemento strutturale essenziale, non hanno mai avuto dubbi sull'applicabilità degli artt. 110 e ss. c.p. ai reati associativi.

Le prime incertezze sulla configurabilità del concorso eventuale nel reato associativo sono emerse quando dalla punibilità di soggetti comunque riconducibili al "mondo criminale" si è passati a ipotizzare la responsabilità penale di personaggi appartenenti ai più disparati ambiti della vita sociale, da giudici a politici e a imprenditori che, pur non perseguendo le finalità associative, apportassero all'ente criminoso un contributo anche occasionale, ma idoneo ad accrescere le potenzialità operative dell'associazione criminosa.

È la punibilità dei c.d. colletti bianchi, considerati fino a quel momento estranei alla figura "tradizionale" del delinquente, ad aver innescato quell'intenso dibattito che continua oggi, anche in ragione di quanto proviene dall'ambiente sovranazionale, a porre in dubbio la validità di un'incriminazione considerata da più parti priva di una solida base legale.

La grande intuizione di Giovanni Falcone non è stata tuttavia quella di "creare" a tal fine un'apposita fattispecie incriminatrice in palese violazione dei principi cardine del diritto penale, quanto piuttosto di svelare come la vera forza

dell'organizzazione mafiosa riposi in quel profondo legame con la società civile, talmente radicato da rendere quasi "fumosa" la soglia della rilevanza penale.

L'ipotesi delittuosa, nel colpire le relazioni tra associazioni criminali e i colletti bianchi, coinvolge classi dirigenziali e non solo, poiché una casistica particolarmente diffusa riguarda altresì il patto di scambio politico – mafioso, soggetti che quindi rischiano di subire per il loro coinvolgimento con organizzazioni criminali un notevole discredito nell'opinione pubblica. Nondimeno, come si sostiene nella sentenza – ordinanza conclusiva del processo "maxi-ter", « manifestazioni di connivenza e di collusione da parte di persone inserite nelle pubbliche istituzioni possono – eventualmente – realizzare condotte di fiancheggiamento del potere mafioso, tanto più pericolose quanto più subdole e striscianti, sussumibili – a titolo concorsuale – nel delitto di associazione mafiosa. Ed è proprio questa "convergenza di interessi" col potere mafioso […] che costituisce una delle cause maggiormente rilevanti della crescita di Cosa Nostra e della sua natura di contropotere, nonché, correlativamente, delle difficoltà incontrate nel reprimerne le manifestazioni criminali ».

Con la presa di coscienza della peculiarità del fenomeno mafioso si è dunque iniziato a vedere nel "concorso esterno" uno strumento di controllo penale inevitabilmente influenzato da motivazioni di carattere politico, tanto da considerarlo lo strumento portante della lotta giudiziaria contro la mafia.

L'analisi del "concorso esterno" deve dunque ripercorrere prima di tutto l'evoluzione giurisprudenziale sviluppatasi nel corso degli anni nel tentativo di ricostruire gli elementi strutturali del concorso nel reato associativo, muovendo da alcune considerazioni fondamentali sui reati associativi, i cui profili di indeterminatezza sono stati anch'essi oggetto di vivace dibattito. Se la funzione delle disposizioni sul concorso di persone nel reato si sostanzia in un'espansione del sistema, bisogna aver ben presenti le fattispecie incriminatrici sulle quali vanno a innestarsi.

Da tale punto di vista, la genericità delle formule utilizzate dal legislatore nel descrivere le condotte punibili a titolo di partecipazione all'associazione, nonché gli elementi caratterizzanti la struttura associativa, insieme alla stessa inafferrabilità dell'interesse giuridicamente tutelato, hanno senza alcun dubbio

fornito un supporto a chi dubita della configurabilità del concorso nel reato associativo. L'affermazione ricorrente è che all'indeterminatezza del reato associativo andrebbe ad aggiungersi l'indeterminatezza di una clausola generale, aprendosi così a un'espansione incontrollata del sistema in cui la decisione su quanto costituisce reato non spetterebbe più alla volontà democratica in un ordinamento improntato sul principio di riserva di legge assoluta in materia penale, ma sarebbe in ultima analisi rimessa alla decisione del singolo giudice.

Si cercherà di chiarire come siffatta indeterminatezza della fattispecie penale costituisca nondimeno un effetto naturale di tutte quelle clausole generali che determinano un ampliamento del sistema, *in primis* l'art. 40, comma 2, c.p., una disposizione che, in via del tutto simile all'art. 110 c.p., non fornisce apparentemente alcun criterio preciso per estrapolare da un reato costruito in termini di azione una corrispondente condotta omissiva. Ciò che avviene per effetto dell'innesto dell'art. 110 c.p. sui singoli reati associativi non è poi fenomeno così diverso rispetto a quanto si verifica nella costruzione di reati commissivi mediante omissione, o nello stesso delitto tentato[3].

L'ampliamento del sistema che sta alla base del concorso nel reato associativo non si discosta neppure dalla normale funzione incriminatrice *ex novo* svolta dall'art. 110 c.p., quando grazie all'incontro con una fattispecie incriminatrice di parte speciale a esecuzione monosoggettiva consente di punire condotte che sarebbero atipiche se valutate alla stregua della sola fattispecie descritta dal legislatore. Il vero *punctum dolens* del concorso eventuale nel reato associativo è pertanto lo stesso che tormenta ormai da tempo dottrina e giurisprudenza nell'individuazione della condotta atipica punibile a titolo di concorso nel reato: è il problema della causalità nel concorso di persone nel reato.

A fronte di una formula legislativa che non dispone altro, se non che quando più persone commettono un reato ciascuna di esse soggiace alla disciplina prevista per il reato medesimo, l'istituto del concorso di persone nel

[3] Sul principio di tassatività e determinatezza della fattispecie penale, quale esempio più evidente delle "promesse non mantenute" del diritto penale della modernità, vedi S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta: ruolo e prospettive del principio di determinatezza / tassatività nel sistema penale italiano*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

reato ha sollecitato, sin dalla promulgazione del codice Rocco, quel vivace dibattito intento a rinvenire un criterio unico per l'accertamento causale. Un compito, questo, reso ancor più complesso dalle difficoltà derivanti dall'individuazione del secondo termine della relazione causale.

La questione si fa evidentemente più complicata quando si tratti di confermare la rilevanza causale di contributi provenienti da soggetti esterni rispetto a sodalizi criminosi di vaste dimensioni e di difficile afferrabilità, quali possono essere le associazioni di tipo mafioso riconducibili all'art. 416*bis* c.p.. Quella formula, che nelle fattispecie a esecuzione monosoggettiva sembrerebbe portare a un'espansione incontrollata dell'area del penalmente rilevante, nel concorso di persone produrrebbe l'effetto opposto di ridurre eccessivamente l'ambito della punibilità. Il timore si farebbe ancora più fondato a fronte di condotte di sostegno all'organizzazione criminosa che mai potrebbero costituire, se singolarmente considerate, *condiciones sine quibus non* dell'evento.

Il lavoro si propone di dimostrare come il criterio della *condicio sine qua non*, se utilizzato correttamente assumendo quale punto di riferimento l'evento concretamente realizzatosi nelle sue effettive e concrete modalità, sia utilizzabile anche nell'ipotesi in cui più persone concorrano alla produzione di un evento lesivo, e dunque anche quando si tratti di punire condotte di concorso nel reato associativo. Dove, peraltro, l'efficienza causale della condotta dovrà essere valutata assumendo quale termine finale del giudizio la struttura organizzativa dell'associazione criminosa.

Al termine di un lungo percorso tracciato da ben tre pronunce, come poche volte è accaduto, sullo stesso argomento, le Sezioni Unite Mannino hanno avuto modo di affermare che assume il ruolo di "concorrente esterno" nel delitto di associazione mafiosa colui che, pur privo dell'*affectio societatis*, fornisce un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo quale condizione necessaria per il rafforzamento delle capacità operative dell'associazione, anche in relazione a un suo particolare settore e ramo di attività o articolazione territoriale, e diretto alla realizzazione anche parziale del programma criminoso.

Soprattutto, e qui sta l'importante punto d'arrivo della pronuncia del 2005, l'efficienza causale del contributo è verificabile solamente in virtù

dell'accertamento postumo di ogni inferenza o incidenza dello stesso nella vita e nell'operatività del sodalizio criminoso.

Seppure sia difficile delineare i limiti della punibilità di quei soggetti "collusi", che pur non facendo parte del sodalizio criminoso, instaurano con esso una serie di rapporti idonei a determinare il rafforzamento dell'associazione, questo non esime dal tentare di fornire una risposta adeguata alla complessa tematica oggetto di analisi. Il compito dell'interprete deve essere quello di fornire solide basi giuridiche alla figura del "concorrente esterno", particolarmente nell'ambito imprenditoriale, laddove fare riferimento a criteri "extragiuridici", come la comprovata esistenza di un rapporto di reciproci vantaggi, o richiamare categorie tanto sfumate quali possono essere quelle di "contiguità compiacente" e "contiguità soggiacente", non risulta sufficiente a fondare la responsabilità penale.

La complessità dell'accertamento probatorio volto a rinvenire una modificazione oggettivamente tangibile della struttura organizzativa, nonché l'impossibilità di utilizzare leggi scientifiche di coperture, non sono motivazioni di per sé sufficienti e idonee a escludere la configurabilità di un concorso nel reato associativo, poiché quest'ultimo non costituisce altro se non una normale e naturale applicazione delle regole del concorso di persone nel reato al settore specifico della criminalità organizzata.

Se di questo si tratta, è allora conseguentemente fuorviante parlare di "concorso esterno", con un'etichetta che sembra oltretutto evocare un qualcosa di diverso rispetto a quanto solitamente accade nel concorso di persone nel reato. Meglio, allora, abbandonare formule vaghe che inducono surrettiziamente a ritenere applicabile una distinta disciplina, per restituire infine al concorso eventuale nel reato associativo la sua giusta collocazione dogmatica.

Nonostante i recenti approdi giurisprudenziali volti a contenere i profili di indeterminatezza insiti nella figura in questione, il "concorso esterno" continua tuttavia a essere oggetto di discussione, sollecitando vivaci polemiche non solo nell'ambito giudiziario ma anche nei dibattiti politici e mediatici. Proprio la rigidità del criterio richiesto ha del resto condotto a pronunce che, per evitare

un'eccessiva restrizione dell'area della responsabilità penale, hanno finito con l'accontentarsi di un accertamento di idoneità *ex ante*.

L'interprete, dunque, non sempre si attiene pienamente ai criteri individuati per la punibilità del concorrente eventuale nel reato associativo, limitandosi piuttosto a meri richiami di principio. Non solo. Un fenomeno decisamente preoccupante involge anche quella tendenza, recentemente stigmatizzata dal sostituto procuratore Iacoviello nel caso Dell'Utri, alla formulazione di imputazioni vaghe e generiche cui corrispondono sentenze di condanna per fatti non ricompresi puntualmente all'interno del capo di imputazione.

Se questi sono i problemi sollevati dall'istituto del "concorso esterno", le soluzioni che si impongono per risolvere la complessa questione della punibilità di quei contributi forniti da soggetti estranei all'associazione criminosa diventano due.

Si può anzitutto tentare di proseguire lungo la strada tracciata dalla giurisprudenza e segnata in ultimo dall'importante pronuncia Mannino delle Sezioni Unite, la quale ha avuto il merito di adottare un'impostazione estremamente rigorosa, riportando l'attenzione sull'esigenza di rinvenire un legame di condizionamento necessario del contributo esterno alla conservazione o al rafforzamento dell'associazione criminosa, secondo un criterio di accertamento *ex post.*

Nel momento in cui la giurisprudenza continua invece ad allontanarsi dai canoni richiesti per l'accertamento causale delle condotte di sostegno all'organizzazione, in qualche modo approfittando dell'indeterminatezza del "concorso esterno", divengono comprensibili i timori di quella dottrina che auspica un intervento del legislatore, il quale possa tipizzare quelle condotte che emergono con maggiore frequenza nella prassi, sì da rendere più agevole il quadro probatorio in ordine al contributo al rafforzamento dell'associazione criminosa.

A tal proposito sono stati diversi i tentativi di riforma volti a tipizzare le forme di sostegno alle associazioni criminose. La Commissione Fiandaca ha, ad esempio, proposto una formulazione basata sul modello del reato di pericolo per

rimediare agli inconvenienti cui ha dato e continua a dare luogo l'accertamento di un nesso causale rispetto a una fattispecie quale l'art. 416*bis* c.p. priva di un evento in senso naturalistico, inteso come modificazione tangibile del mondo esterno e dotata di leggi scientifiche di copertura. Si prevedeva infatti che è punibile a titolo di concorso esterno « Chiunque, fuori dei casi previsti dall'art. 416*bis* c.p. e salvo che il fatto non costituisca più grave reato, eccedendo i limiti del legittimo esercizio di un'attività politica, economica, professionale o di altra natura, ovvero abusando dei poteri o violando i doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio (o alla qualità di ministro di culto), protegge o comunque agevola un'associazione di tipo mafioso al fine di trarne in cambio vantaggi ».

Chi si appella all'introduzione di fattispecie volte a incriminare forme di "concorso esterno" nei reati associativi, oltre a essere mosso da pregiudizi inerenti alle prese di posizione della più recente giurisprudenza, ritiene che in un simile campo di materia la scelta di delineare i contorni della rilevanza penale debba essere rimessa alla volontà democratica, che costituisce il fulcro del principio di riserva di legge in materia penale. Una riserva di legge che, come si vedrà, risulta minata continuamente dall'opera di giudici che troppo spesso si fanno "supplente" di un ruolo che dovrebbe spettare al legislatore.

È sotto quest'ultimo aspetto che dovrebbe apprezzarsi la recente pronuncia della Corte di Strasburgo, che ha recentemente censurato la condanna per concorso esterno in associazione mafiosa del ricorrente Contrada. Nelle motivazioni della sentenza si legge in particolare che il reato, all'epoca dei fatti contestati, non era sufficientemente chiaro e quindi prevedibile dall'imputato, con conseguente violazione dell'art. 7 Cedu[4].

Seppure i tempi non siano ancora maturi per conoscere gli effetti di simili statuizioni nel nostro ordinamento, la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo potrebbe fornire uno stimolo per tornare a riflettere non solo sulla complessa questione del "concorso esterno" nel reato associativo, ma anche sulla deviazione di un sistema in cui sembra che la giurisprudenza stia

[4]Corte EDU, Sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, n. ric. 66655/13, in www.echr.coe.int

assumendo un ruolo sempre più travalicante i confini che legittimamente le spettano.

Se la punibilità di condotte di sostegno alle associazioni criminose trova una base legale nel codice penale tanto da ritenere sicuramente configurabile un concorso eventuale nel reato associativo, è importante che le singole decisioni rispettino quanto il sistema positivo prevede. Il nuovo principio di legalità di origine sovranazionale con i suoi corollari della prevedibilità e calcolabilità del rischio penale può contribuire a indirizzare il sistema verso una "cultura" maggiormente attenta alla tutela del singolo individuo, colmando quegli ampi spazi di discrezionalità nei quali sembra ormai spesso muoversi l'opera ermeneutica dei giudici.

CAPITOLO I
L'EVOLUZIONE DEL "CONCORSO ESTERNO" NEL REATO ASSOCIATIVO.
DALLE ORIGINI DELL'ISTITUTO ALLA RICOSTRUZIONE AUTONOMA NELLE ULTIME PRONUNCE A SEZIONI UNITE DELLA CORTE DI CASSAZIONE

SOMMARIO: 1. Una premessa di carattere generale. Il "concorso esterno" e le nuove esigenze di tutela. – 2. Il reato associativo quale termine di riferimento di un concorso eventuale di persone nel reato. – 2.1. Aspetti problematici dei reati associativi. Il rispetto dei principi di offensività e determinatezza del reato. – 2.2. L'associazione per delinquere e l'associazione di tipo mafioso. Interesse giuridico tutelato. – 2.3. Il concetto di associazione. – 2.4. Le condotte associative. Cenni. – 3. Il lungo cammino del "concorso esterno" nel dibattito giurisprudenziale. – 3.1. Una nozione allargata della condotta di partecipazione all'associazione. – 3.2. L'apporto della dottrina alla configurabilità del "concorso esterno" nei reati associativi. – 3.3. Da una nozione allargata a una nozione di condotta associativa maggiormente rispettosa dei principi di determinatezza e offensività del reato. – 3.4. La svolta operata dalle Sezioni Unite Demitry e il definitivo ingresso nel sistema del concorso eventuale nel reato associativo. – 3.5. Le Sezioni Unite Carnevale e il superamento dello stato di fibrillazione quale momento decisivo per l'apporto del contributo esterno. – 3.6. L'arresto finale delle Sezioni Unite Mannino. – 4. Lo scambio elettorale politico – mafioso.

1. Una premessa di carattere generale. Il "concorso esterno" e le nuove esigenze di tutela.

Il dilagare di organizzazioni terroristiche di stampo squisitamente politico, seguito dal mutamento della criminalità organizzata comune in vere e proprie potenze economiche capaci di influenzare il libero mercato, ha posto gradualmente l'ordinamento penale di fronte a fenomeni sotto molteplici aspetti

nuovi, il cui effetto ultimo e dirompente si traduce in una grave destabilizzazione dei valori fondamentali dell'organizzazione statuale[5].

Nel momento in cui un'organizzazione criminale riesce a espandersi oltre lo svolgimento di traffici illeciti comuni e a inserirsi in frammenti della vita economica, finanziaria, politica, e persino amministrativa del Paese, viene a formarsi un nuovo centro di potere che pone a repentaglio il ruolo dello Stato nell'ordinamento democratico, minando la fiducia nelle istituzioni pubbliche garanti dell'ordine sociale[6].

Lo sviluppo dell'odierna criminalità organizzata ha sin da subito messo in risalto l'incapacità del solo diritto penale a fronteggiare un fenomeno di simili dimensioni, e con esso le nuove esigenze di tutela, sia per i numerosi profili

[5] L'espressione "criminalità organizzata" trova in Italia le sue prime manifestazioni intorno alla metà degli anni settanta, nel periodo dei sequestri di persona, della diffusione degli stupefacenti e della comparsa dei primi gruppi terroristici. Sulla nozione di criminalità organizzata non vi è però totale unanimità di vedute, specie per quella dimensione imprenditoriale che ormai sembra riguardare ogni forma di illegalità per finalità di profitto, tanto da rendere difficile la stessa distinzione tra criminalità organizzata e criminalità economica. Per un approfondimento sui contenuti della nozione di criminalità organizzata, vedi G. FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. Pen.*, 1991, 5 e ss.. Sul particolare disvalore dell'illecito collettivo, espressione di una realtà criminale diversa e più pericolosa per l'ordinamento rispetto al crimine realizzato individualmente, vedi M. ZANOTTI, *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, Giuffré, 1985, pp. 16 e ss.. La consapevolezza della pericolosità del fenomeno è avvertita particolarmente anche in ambito sovranazionale, dove pure ci si trova a fare i conti con forme di terrorismo internazionale difficilmente fronteggiabili con gli strumenti tradizionali che il diritto offre: « Sempre più la criminalità organizzata rappresenta una minaccia per la società quale noi la conosciamo e vogliamo conservarla. Il comportamento criminale non è più dominio esclusivo dei singoli, bensì anche di organizzazioni che pervadono le diverse strutture della società civile, per non dire dell'intera società. La criminalità si organizza sempre più oltre e attraverso le frontiere nazionali, approfittando anche della libera circolazione delle merci, dei capitali, dei servizi e delle persone. Le innovazioni tecnologiche come Internet ed i servizi di banca elettronica si rivelano strumenti estremamente utili per commettere reati o per trasferire i proventi in attività apparentemente lecite. La frode e la corruzione assumono proporzioni molto ampie, a danno tanto dei cittadini come delle istituzioni. […] A fronte dell'evoluzione di queste attività criminose, lo sviluppo di mezzi efficaci di prevenzione e repressione segue un ritmo lento, rimanendo quasi sempre indietro. Se vorrà evolvere in un'area di libertà, sicurezza e giustizia, l'Europa dovrà organizzarsi meglio e fornire risposte strategiche e tattiche alla sfida cui è confrontata. A tal fine s'impone un impegno politico al massimo livello » (*Piano d'azione contro la criminalità organizzata*, Consiglio dell'Unione Europea, 28 aprile 1997, in *Gazz. uff. delle Comunità europee*, C 251, 15 agosto 1997; per i punti salienti previsti nel Piano d'azione vedi S. ALEO, *Sistema penale e criminalità organizzata, Le figure delittuose associative*, 3ª ed., Giuffrè, 2009, pp. 13-15). Del resto, la criminalità organizzata è citata nell'ambito di quella criminalità grave di dimensioni transnazionali sulla quale non solo l'Unione europea potrà adottare norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni, ma potrà anche essere chiamata a intervenire, una volta istituita, la Procura europea (artt. 83 e 86 TFUE).

[6] G. NEPPI MODONA, *Criminalità organizzata e reati associativi,* in AA.VV. *Beni e tecniche della tutela penale*, a cura del C.R.S., Franco Angeli Libri, 1987, pp. 107 e ss..

critici sottesi a quelle fattispecie dirette a punire fatti associativi, sia per il progressivo avvicendarsi di normative spesso frutto di un legislatore mosso da situazioni emergenziali e poco incline a quella coerenza sistematica che dovrebbe sostenere ogni sistema giuridico[7].

Nella complessiva strategia di lotta contro la criminalità organizzata sembra che il legislatore abbia trascurato il fatto che certe forme di criminalità debbano essere combattute con strumenti che si spingano oltre la materia penale, coinvolgendo dinamiche economiche, istituzionali e, ancor prima, sociali e culturali, idonee a restituire la dovuta fiducia nell'autorità statuale.

La risposta dell'ordinamento alla crescente emergenza dell'associazionismo criminale si è invece tradotta in una serie di interventi normativi decisamente frastagliati, come del resto avviene sempre con maggiore frequenza in scelte politico-criminali che ritengono di poter contrastare le più gravi e diffuse forme di criminalità affidandosi ai soli strumenti del diritto penale in un'ottica rigoristica di mera repressione, che non può di certo influire sulle cause che danno vita al crimine organizzato. Espressione lampante di siffatto modo di procedere è la legislazione antimafia, che non si esaurisce nell'incriminazione dell'associazione di stampo mafioso ad opera della l. n. 646 del 1982, così come modificata dal d.l. n. 306/1992, ma comprende tra l'altro l'intera normativa sulle misure di sicurezza patrimoniali, sulle misure di prevenzione e sulle misure antiriciclaggio, l'aggravante mafiosa di cui all'art. 7 d.l. n. 152 del 1991, e l'art. 416*ter* c.p., anch'esso oggetto della recente riforma introdotta dalla legge n. 62 del 2014[8].

---

[7] In questo senso, vedi S. MOCCIA, *La perenne emergenza,* 2ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, pp. 53 e ss.. L'Autore avvia un'approfondita riflessione su quel fenomeno incontrollabile della proliferazione normativa in campo penale, un "panpenalismo" frutto della crisi delle istituzioni, dell'incapacità degli organi politici e amministrativi nel prevenire le «degenerazioni criminali della cosa pubblica» e rinviene nella legislazione penale contro la criminalità organizzata la tipica espressione di normativa emergenziale, osservando come dal 1982 in poi si siano alternati più di cinquanta provvedimenti normativi, la maggior parte dei quali sotto la forma del decreto legge. Gli interventi spaziano dall'aumento delle risposte sanzionatorie all'introduzione di nuove fattispecie associative, dalle misure di prevenzione agli automatismi sanzionatori e alla previsione di forme di carcere duro.

[8] Per una completa indicazione del groviglio normativo diretto a colpire il fenomeno mafioso, vedi S. MOCCIA, *ibidem*, pp. 61 e ss..

La crisi della legalità si è in tal modo riversata gradualmente sul ruolo "supplente" magistratura, che a fronte di normative oscure e imprecise si è spesso fatta interprete di quelle nuove esigenze cui i poteri a ciò preposti non riuscivano a porre rimedio[9].

Anche l'analisi di tutte quelle opinioni giurisprudenziali che in un modo o in un altro si sono alternate cercando di fare chiarezza sulla rilevanza penale delle forme di sostegno fornite all'associazione criminosa da parte di soggetti che di essa non facciano parte, mostra come il dibattito sia sempre andato di pari passo rispetto a esigenze politico criminali che superano i canoni dello stretto diritto positivo, tanto che nel "concorso esterno" si è individuato il simbolo della lotta giudiziaria contro la mafia[10].

Se si volge tuttavia lo sguardo al profilo strettamente giuridico, un punto deve essere chiaro: non esiste alcun ostacolo all'applicabilità delle norme sul concorso di persone nel reato ai reati associativi.

Punire forme di sostegno esterno all'associazione criminosa non comporta alcun *vulnus* al principio di legalità che governa il diritto penale, poiché l'art. 110 c.p. si limita anche in questa sede a svolgere la sua ordinaria funzione incriminatrice *ex novo*. Combinandosi con la fattispecie di parte speciale, dà luogo alla c.d. "fattispecie plurisoggettiva eventuale", che consente di punire quelle condotte prive di tipicità originaria alla stregua del reato

[9] S. MOCCIA, *ibidem*. La crisi della legalità coinvolge tutti i poteri dello stato, compresa la magistratura che si trova a fare i conti con un'inflazione normativa che non solo pone problemi di compatibilità con la Costituzione, ma che presenta spesso contenuti oscuri e contraddittori che rischiano di sottoporre giudici e pubblici ministeri a un assoggettamento politico.

[10] Come scrive G. LATTANZI, *Partecipazione all'associazione criminosa e concorso esterno*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3137, il concorso esterno « […] è divenuto uno dei terreni di scontro tra 'garantisti' e 'giustizialisti', con interventi massmediatici in cui le ragioni della ragione si perdono in un accavallarsi di accuse e di riserve mentali ». La problematicità della figura del "concorso esterno" emerge in tutta la sua pienezza anche nelle parole di G. FIANDACA, *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2012, 251, quando nel commento alla requisitoria del p.g. Francesco Iacoviello nel processo Dell'Utri afferma che: « Il concorso esterno nel reato associativo continua ad apparire un istituto giuridico 'liquido', fluido, controverso, tormentato, divisivo: insomma, polemogico. Fonte persistente non solo di complesse dispute tecnico-giuridiche, ma persino di guerre di religione combattute a colpi di contrapposti *slogans* sparati nel circuito politico-mediatico dagli appartenenti ai due partiti avversi dei credenti e dei demolitori. Ciò sino al punto che la discussione pubblica finisce col trasformarsi in una sorta di scena surreale o di teatro dell'assurdo, in cui financo noti e qualificati magistrati finiscono col lasciarsi scappare banalità e sciocchezze ».

plurisoggettivo, ma che forniscono un apporto causale alla condotta tipica descritta dalla fattispecie incriminatrice[11].

Del resto, come si cercherà di chiarire meglio in seguito, la dottrina dominante, poco incline a farsi condizionare da questioni emergenziali, non ha mai avuto dubbi sulla configurabilità del concorso eventuale nei reati associativi[12].

Ciononostante, la prima pronuncia a Sezioni Unite con cui si sancisce in via definitiva l'ingresso nel nostro ordinamento della figura del "concorso esterno" è intervenuta solo in quegli anni in cui la società civile aveva finalmente preso coscienza della complessità del fenomeno mafioso. I maxi processi che hanno segnato la storia italiana a partire dagli anni Ottanta hanno messo in luce come la vera forza delle mafie stia proprio nella capacità dell'ideologia mafiosa di inserirsi all'interno della società, nella solidità delle relazioni esterne intrattenute che ne assicurano una stabilità e un radicamento che altrimenti non avrebbe[13].

---

[11] Le disposizioni sul concorso non sono estensive della tipicità originaria della fattispecie penale, poiché questa « resta immutata anche quando essa viene posta in contatto con la disposizione che delinea l'ipotesi di concorso. Dall'incontro tra le due formulazioni legislative sorge, in realtà, una nuova fattispecie, idonea a qualificare condotte che sfuggono all'ambito di previsione della prima. […] Nessun dubbio che di tipicità occorre parlare, purché sia ben chiaro che si tratta di una tipicità che discende da una nuova figura criminosa, risultante da elementi apportati da disposizioni sul concorso e da elementi forniti dalla norma incriminatrice di parte speciale. Sul piano della fattispecie, quindi, se si vuol conservare l'espressione "efficacia estensiva", bisogna riferirla non alle singole norme incriminatrici, bensì all'intero ordinamento, che appare appunto ampliato da tutte le fattispecie ottenute attraverso l'accostamento compiuto, di volta in volta, della disposizione su concorso a una disposizione della parte speciale » (M. GALLO, *Diritto penale italiano,* Vol. II, Giappichelli, 2015, p. 99).

[12] È indicativa, al riguardo, la circostanza che tutti quegli autori che si sono occupati dei diversi profili problematici sottesi ai reati plurisoggettivi abbiano sempre dato per scontata l'applicabilità degli artt. 110 e ss. c.p.. Vedi, ad esempio, le opere del F. GRISPIGNI, *Il reato plurisoggettivo,* in *Diritto penale italiano,* Vol. II*, La struttura della fattispecie legale oggettiva,* Giuffrè, 1950, pp. 220 e ss.; A. DI MARTINO, *La pluralità soggettiva tipica*, in *Ind. pen.*, 2001, 101, M. ZANOTTI, *Profili dogmatici*, *cit.*. E. DELLA TERZA, nella sua opera *Struttura del reato a concorso necessario*, Giuffrè, 1971, pp. 44-45, afferma peraltro esplicitamente che in dottrina non insorge nessuna questione particolare in ordine alla possibilità del concorso eventuale nel reato a concorso necessario, poiché il concorso criminoso si traduce in una manifestazione eventuale di ogni specie di reato.

[13] Vedi la tesi di R. SCIARRONE, *Mafie vecchie, mafie nuove. Radicamento ed espansione,* Donzelli Editore, 1998, p. 293: « […] la forza della mafia è all'esterno della mafia […] sono le relazioni esterne dei mafiosi che costituiscono in definitiva la loro forza, la loro capacità di adattamento, di radicamento e di diffusione ». L'Autore estende alla mafia il concetto di "capitale sociale", inteso quale insieme di risorse di cui dispone l'individuo in ragione delle relazioni sociali che lo stesso intrattiene. Si tratta di una sorta di *know how,* che consente di

Quando si è iniziata ad avvertire in tutta la sua pienezza l'incapacità delle sole fattispecie associative a fronteggiare un fenomeno tanto idoneo a porre in pericolo l'ordine pubblico interno, quali sono le organizzazioni criminali, la riflessione si è concentrata sulla possibilità di estendere l'ambito di rilevanza penale al di là della struttura associativa, per punire quelle condotte di chi vi risulti esterno, ma arrechi un contributo idoneo a porre in pericolo l'interesse giuridicamente tutelato dal reato associativo.

È proprio quella proiezione verso l'esterno delle organizzazioni criminali che rende più semplice comprendere il motivo per cui si debba attribuire rilevanza penale a simili forme di sostegno fornite all'associazione criminosa. Ma le difficoltà sorgono quando si tratti di abbandonare concetti di dubbia rilevanza giuridica come quello di "contiguità", per riappropriarsi degli strumenti che il sistema giuridico offre e tracciare la linea di confine oltre la quale una vicinanza all'organizzazione criminale, da condotta riprovevole solamente da un punto di vista etico, diviene penalmente rilevante.

Sotto questo aspetto, se il dato normativo già presenta in sé un istituto che consente di punire le condotte di cui si discute, il problema si sposta sul piano processuale, e quindi sul ruolo di accertamento probatorio svolto dal giudice, cui spetta il compito di attenersi saldamente ai requisiti strutturali del concorso di persone nel reato. Tutto ciò non esclude che l'accertamento sia operazione particolarmente complessa e difficoltosa, specie laddove si capovolgano i termini della questione e ci si chieda quando il contributo di un soggetto alla conservazione o al rafforzamento dell'associazione si traduca in una vera e propria partecipazione al sodalizio criminoso.

Insomma, quando è possibile stabilire che i rapporti tra imprenditore e organizzazione mafiosa sono necessitati da gravi rischi che vanno dall'esclusione dal segmento di mercato alla sottoposizione a intimidazioni personali, e quando invece sono espressione di una collusione in un rapporto sinallagmatico di reciproci vantaggi, valutabile a titolo di concorso eventuale nel reato di cui

---

reperire le risorse necessarie al perseguimento dei fini criminosi tramite rapporti di cooperazione e scambio con soggetti esterni all'organizzazione criminale.

all'art. 416*bis* c.p.? Quando, ancora, può giungersi ad affermare la piena responsabilità a titolo di partecipazione nel reato di associazione di tipo mafioso?

Si ripropongono in questa sede le stesse problematiche attinenti all'individuazione del nesso di causalità nel concorso di persone nel reato, in quei casi in cui diviene requisito di tipizzazione di condotte che sarebbero atipiche alla stregua della sola fattispecie incriminatrice di parte speciale. E in un clima di indeterminatezza sul quale poggia la stessa delimitazione dei contorni delle fattispecie associative, il "concorso esterno" è inevitabilmente destinato a sollevare ulteriori interrogativi.

Ebbene, ancor prima di affrontare nello specifico i rapporti tra concorso di persone nel reato e associazione di stampo mafioso, sui quali si è sviluppato l'odierno dibattito, è opportuno ripercorrere l'evoluzione che ha vissuto la figura del "concorso esterno" nei reati associativi, dalle sue prime manifestazioni sino a oggi, per poter infine restituire la giusta collocazione dogmatica che spetta all'istituto entro i parametri forniti dal diritto positivo.

Pare opportuno evidenziare un dato preliminare, che sembra aver particolarmente influenzato la ricostruzione dell'istituto: mentre sono diverse le fattispecie dirette a punire condotte di assistenza ai singoli associati, *in primis* i reati di assistenza agli associati e di assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata di cui rispettivamente agli artt. 307 e 418 c.p., il codice Rocco non incrimina espressamente forme di sostegno all'associazione criminosa in quanto tale da parte di chi di essa non faccia parte[14]. A tal fine non aiutano neanche gli artt. 378 e 379 c.p., che incriminano eventualmente condotte di favoreggiamento rispetto ai singoli associati, e non all'associazione nel suo complesso.

La mancanza di una previsione incriminatrice autonoma ha portato allora a chiedersi se il legislatore avesse optato per una specifica soluzione, nel senso di ritenere penalmente irrilevanti quei contributi esterni forniti all'associazione al di fuori dei casi espressamente stabiliti, oppure se più semplicemente la responsabilità penale derivasse da un'applicazione delle norme sul concorso di persone nel reato alle fattispecie associative.

[14] Il modello descritto dagli artt. 307 e 418 c.p. è stato riprodotto di recente nel nuovo art. 270*ter* c.p., emanato contestualmente al nuovo reato associativo di cui all'art. 270*bis* c.p..

Nell'intento di trovare una risposta alle istanze di repressione delle forme di sostegno all'associazione, l'elaborazione iniziale sembra aver percorso un'altra strada, che passava per un'interpretazione ampia della nozione di partecipazione associativa. Oltre a evitare un confronto diretto con gli artt. 110 e ss. c.p., simile impostazione ha avuto anche l'effetto di accentuare i dubbi di compatibilità delle fattispecie associative con i principi di tassatività e determinatezza della fattispecie.

Poiché l'istituto del "concorso esterno" nel reato associativo nella prima fase della sua evoluzione è stato ricostruito "in negativo" rispetto alla definizione della condotta di partecipazione all'associazione, quando ci si accinge ad affrontare una tematica particolarmente complessa, qual è la configurabilità del concorso "esterno" nel reato associativo, non possono tralasciarsi gli aspetti problematici che involgono questa categoria di reati e i profili di indeterminatezza sui quali poggiano, pur sempre nella consapevolezza dell'insufficienza dello strumento associativo nella complessiva politica volta a reprimere la criminalità organizzata.

I nodi problematici attinenti all'esatta individuazione della struttura che deve presentare un'associazione criminosa per potersi definire tale, nonché dei requisiti costitutivi della condotta di partecipazione hanno finito con l'influenzare la ricostruzione dell'istituto del "concorso esterno". Non è difficile intuire come una nozione allargata di condotta partecipativa lasci pochi spazi per la punibilità di quelle condotte di sostegno all'associazione fornite da chi dell'associazione non faccia parte, mentre una maggiore attenzione alla delimitazione della condotta associativa apra inevitabilmente scenari più ampi per la figura del "concorrente esterno". La tipicità del "concorso esterno", come pure è stato affermato, è divenuta una tipicità "riflessa"[15].

Anche allontanandosi da quell'impostazione che ha visto la figura del "concorrente esterno" ricostruita sulla base di un continuo raffronto non la condotta partecipativa, tuttavia, le conclusioni non cambiano. Nel momento in cui si conferisce alla condotta di sostegno all'associazione criminale

[15] È quanto scrive A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso,* Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, p. 35.

un'autonoma validità dogmatica con l'applicazione delle regole generali del concorso di persone nel reato, e quindi si afferma che concorrere in un reato significa concorrere alla realizzazione di un'offesa ingiusta, occorre necessariamente avere a mente il fatto al quale si concorre, e quindi il significato delle fattispecie associative nella loro struttura ed elementi costitutivi.

2. Il reato associativo, quale termine di riferimento di un concorso eventuale di persone nel reato.

2.1. Aspetti problematici dei reati associativi. Il rispetto dei principi di offensività e determinatezza del reato.

Il sistema penale italiano conosce delle peculiari ipotesi delittuose, la cui struttura tipica richiede la necessaria convergenza di condotte di più soggetti e che sono riconducibili alla categoria dei c.d. reati plurisoggettivi necessari[16].

[16] La distinzione tra reati plurisoggettivi propri, che vedono una risposta sanzionatoria per tutti i coagenti, e reati plurisoggettivi impropri, dove solo uno o taluno dei coagenti sono punibili, rappresenta un'indispensabile premessa per affrontare il problema dei rapporti con il concorso eventuale di persone. Sulla figura del reato plurisoggettivo necessario vedi l'importante studio di F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano, La struttura della fattispecie legale oggettiva, cit.,* pp. 220 e ss.. L'Autore si preoccupa anzitutto di fare chiarezza sulla terminologia utilizzata, rilevando che parlare di concorso necessario sarebbe fuorviante, poiché induce a ritenere che l'istituto sia analogo al concorso eventuale di più persone nel reato, che costituisce invece una forma di manifestazione che uno stesso reato può assumere. Meglio parlare di reati plurisoggettivi, in cui la pluralità di agenti è costitutiva della fattispecie legale, e che per la rilevanza giuridica delle condotte sono suddivisibili in reati plurisoggettivi in senso stretto, dove tutte le condotte sono punite, reati plurisoggettivi in senso ampio, in cui non sono tutte punite, e reati plurisoggettivi in forma anomala. I reati associativi rientrano nella categoria dei reati plurisoggettivi bilaterali di accordo, che implicano una manifestazione di volontà identica e concorde, avente per oggetto l'impegno a cooperare insieme.

Contra, vedi l'opinione di A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, 8ª ed., Giuffré, 2003, pp. 562 e ss., il quale sminuisce l'utilità pratica della categoria del reato plurisoggettivo, evidenziando come l'istituto si ricostruisca pur sempre mediante l'applicazione delle disposizioni sul concorso di persone nel reato. E la dottrina maggioritaria ritiene applicabili ai reati plurisoggettivi le disposizioni di cui agli artt. 110 e ss. c.p., a meno che le singole disposizioni non regolino la materia autonomamente. Così vale per l'art. 119, comma 2, c.p. e l'art. 112, comma 4, c.p. (per tutti, vedi F. MANTOVANI, *Diritto penale*, *Parte generale,* 9ª ed., Cedam, 2015, pp. 547-548). In ordine invece all'aggravante del numero di persone, la si ritiene generalmente applicabile quando la fattispecie di parte speciale non preveda come elemento costitutivo o circostanza aggravante un numero minimo di concorrenti. Per la giurisprudenza, vedi Cass. pen., Sez. I, 5 marzo 1980, in *Riv. it.*, 1983, p. 737 e Cass., Sez. Un., 7 luglio 1984, in *Giust. pen*., 1985, I, p. 1. Sull'attenuante della minima importanza di cui all'art. 114, comma 1,

Nell'ambito di questi, diverse disposizioni incriminano la realizzazione di fatti associativi aventi come scopo il perseguimento di fini illeciti, ed estendono la punibilità alle sole condotte consistenti nel promuovere, costituire o partecipare a un'associazione, in nome di interessi giuridicamente protetti tanto evanescenti quali l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato, che possono essere messi in pericolo dall'accordo tra più persone, a prescindere dall'effettiva commissione dei reati oggetto del programma criminoso.

La sola collocazione sistematica dei reati associativi è già sufficiente a suscitare alcune perplessità, solo che si consideri come la maggior parte delle fattispecie sia ricompresa nell'ambito del Libro II del codice penale tra i delitti contro la personalità dello Stato. Il dato quantitativo, che trova chiaramente le sue origini nell'ideologia repressiva di forme di ribellione al regime fascista cui risulta ispirato il codice Rocco, non tiene conto della realtà attuale, in cui le più gravi aggressioni al sistema democratico non derivano tanto da delitti di natura politica, quanto piuttosto da forme di criminalità organizzata comune. L'unica fattispecie volta alla repressione delle forme di criminalità organizzata comune era invece l'associazione per delinquere.

Per colmare le lacune lasciate dal codice del 1930 e adeguare la normativa alle nuove esigenze di tutela, il legislatore non è intervenuto sulla collocazione sistematica dei reati associativi, ma ha introdotto via via e in maniera disorganica nuove fattispecie idonee a colpire le più recenti e disparate forme di manifestazione della criminalità organizzata, creando un sistema in cui convivono fattispecie e tecniche di tutela diverse[17].

Ciò che accomuna i reati associativi riguarda la loro struttura essenziale, in quanto si caratterizzano tutti per una significativa anticipazione della tutela, consistente nella rilevanza penale dell'accordo associativo. Si tratta di una tecnica di incriminazione che ha la finalità di neutralizzare il rischio di commissione dei reati fine, alleggerendo l'onere probatorio quando sia difficile

---

c.p., vedi infine F. PALAZZO, *Se l'attenuante della «minima importanza» sia applicabile anche alle ipotesi di fattispecie concorsuali plurisoggettive*, in *Studium iuris*, 1995, 227.

[17] Tra le fattispecie più rilevanti introdotte assumono particolare importanza l'associazione contrabbandiera di cui alla l. n. 1424/1940, l'associazione volta la traffico di stupefacenti, introdotta dall'art. 75, l. n. 685/1975, e, infine, l'associazione di tipo mafioso di cui all'art. 416*bis* c.p..

rinvenire la prova dei singoli reati commessi dagli associati[18]. La finalità repressiva perseguita dal legislatore, tuttavia, spesso non trova realizzazione, per le difficoltà che derivano dalla stessa ricerca di una prova della partecipazione all'associazione senza che vi sia traccia della commissione di un reato scopo[19].

---

[18] Si parla al riguardo anche di reati ostativi. Le posizioni dottrinali sulla razionalità politico – criminale dei reati associativi sono però articolate, come traspare anche da quelle opinioni che, partendo da una accezione ideale del concetto di ordine pubblico, hanno visto nei reati associativi reati di danno e non di pericolo nei confronti dei beni tutelati dai delitti scopo. Si assume che la struttura del reato di pericolo poteva trovare un *ratio* se diretta a colpire associazioni di piccole dimensioni, mentre incontra delle difficoltà se applicata all'odierna criminalità organizzata. Cfr. V. PATALANO, *L'associazione per delinquere,* Jovene, 1971, il quale afferma che la struttura del reato di danno sia più idonea a definire l'oggettività giuridica dei reati associativi, poiché l'associazione mette in crisi il monopolio statale della normazione penale garantito dall'art. 25, comma 2, Cost.. Muovendo dalla teoria istituzionale dell'associazione criminale di Santi Romano, l'Autore rileva come l'associazione per delinquere abbia il carattere di un'istituzione, per la centralità del momento della organizzazione e dello scopo. In quanto istituzione, l'associazione per delinquere contraddice direttamente l'ordinamento statuale nelle sue strutture essenziali e, lungi dal mettere in pericolo l'oggetto di tutela dell'ordine pubblico, lo distrugge nel momento stesso in cui si contrappone all'istituzione statuale.

I reati associativi avrebbero dunque una comune base, consistente nella lesione diretta della funzione normativa penale dello Stato, che si specializza negli altri valori di rango costituzionale che vengono di volta in volta in rilievo, come l'uso statale della forza, la libertà di iniziativa economica e l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione. In questo senso, vedi G. NEPPI MODONA, *Criminalità organizzata, cit.*, pp. 116-119, 1971. Per la teoria di Santi Romano e i criteri di identificazione della istituzione, vedi SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, 1977, pp. 35 e ss.: «1) L'ente di cui parliamo deve avere un'esistenza obiettiva e concreta, e, per quanto immateriale, la sua individualità deve essere esteriore e visibile […] 2) L'istituzione è un ente o un corpo sociale nel senso che essa è manifestazione della natura sociale e non puramente individuale della norma […] 3) L'istituzione è un ente chiuso, che può venire in considerazione in sé e per sé, appunto perché ha una propria individualità […] 4) L'istituzione è una entità ferma e permanente, che cioè non perde la sua identità, almeno sempre e necessariamente, per mutarsi dei singoli suoi elementi, delle persone che ne fanno parte, del suo patrimonio, dei suoi mezzi, dei suoi interessi, dei suoi destinatari, delle sue norme e così via».

[19] Sulla difficoltà della prova del reato associativo, quando manchi la prova di alti concreti fatti di reato, vedi C. FIORE, *Il reato di associazione mafiosa e le ragioni della legalità*, in AA. VV. *Camorra e criminalità organizzata in Campania*, Liguori Editore, 1988, pp. 80 e ss..

I reati associativi pongono anche il problema di stabilire i criteri in base ai quali attribuire ai singoli consociati i reati commessi dagli altri affiliati per la realizzazione degli scopi fissati dall'associazione, poiché gli associati non possono ritenersi responsabili, per ciò solo, dei reati commessi in esecuzione del comune programma criminoso. Occorre invece verificare la riferibilità del reato fine all'associato mediante la prova di una partecipazione materiale ovvero morale al fatto. Questo assume particolare importanza per gli appartenenti al vertice dell'organizzazione criminale, rispetto ai quali la giurisprudenza è costante nell'affermare che l'agente debba partecipare in termini sostanziali e attuali. Ad esempio, l'organismo di vertice non risponde dei c.d. omicidi eccellenti solamente sulla base di un "consenso tacito" prestato, mentre bisogna accertare l'esistenza di comportamenti dai quali sia desumibile con certezza tale consenso (Cass. pen., Sez. I, 2 dicembre 2003, n. 13349, in *C.E.D. Cass.*, n. 228379). Nello stesso senso, Cass. pen., Sez. V, 31 gennaio 2007, n. 7660, in *C.E.D. Cass.*, n. 236523 e Cass. pen., 9 febbraio 2006, n. 5075, in *C.E.D. Cass.*, n. 233156, afferma che: « Se non sussiste la prova che i reati fine siano stati progettati dall'intera organizzazione con la piena consapevolazza da parte dei singoli associati delle manifestazini del progetto delittuoso e delle connesse modalità

D'altra parte la previsione di fattispecie associative non è solo il frutto di una scelta largamente condivisa dall'esperienza giuridica occidentale, ma incontra anche un fondamento nell'art. 18, comma 1, Cost., il quale per un verso garantisce la libertà di associazione, ma per altro verso vieta la costituzione di associazioni illecite in virtù dei loro fini, nonché di associazioni segrete o che perseguono scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare.

Se dunque da un punto di vista politico criminale simile tecnica legislativa può trovare la sua *ratio* giustificativa nella connotazione preventiva assolta dalle fattispecie in questione e nella rilevanza degli interessi giuridicamente tutelati, questo non esclude che il principio di offensività del reato risulti continuamente in bilico, prospettando problematiche analoghe a quelle sollevate dai reati di pericolo[20].

Quando l'interprete si trova a dover stabilire se l'incontro tra volontà di più soggetti configura un'associazione che pone a repentaglio interessi giuridicamente tutelati dall'ordinamento, deve necessariamente fare i conti con il fatto che il codice penale esclude la punibilità del mero accordo criminoso quando non sia seguito dall'effettiva commissione del fatto di reato, facendo

---

esecutive, dalla commissione dei singoli reati non può essere fatta discendere la responsabilità per l'appartenenza all'associazione criminosa». Nonostante la giurisprudenza abbia assunto la consapevolezza della necessità di riportare la materia *de quo* al rispetto del principio di personalità della responsabilità penale, continuano tuttavia a rinvenirsi decisioni in cui si afferma che: « Qualora un'associazione di tipo mafioso sia caratterizzata dall'esistenza di un organismo di vertice, ogni deliberazione di azioni delittuose di natura strategica è di regola ascrivibile a coloro che ne fanno parte, a meno che non siano acquisiti elementi per ritenere che il soggetto non sia stato consulato o abbia espresso il suo dissenso » (Cass. pen., Sez. I, 6 aprile 2006, n. 12393, in *C.E.D. Cass.*, n. 234080). Sul problema, vedi G. FIANDACA, *Sulla responsabilità concorsuale dei componenti della cupola di Cosa Nostra*, in *Foro it.*, 1993, II, c. 15 e ss., e T. PADOVANI, *Il concorso dell'associato nei delitti – scopo,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 761.

[20] Sulla rilevanza costituzionale del principio di offensività non vi sono oramai più dubbi. In particolare, il principio del *nullum crimen sine iniuria* può ricavarsi: dalle radici storico-politiche della Costituzione; dall'art. 25, comma 2, Cost., che, con il termine fatto, ridurrebbe l'aerea della rilevanza penale a q quei soli comportamenti dotati del carattere di offensività; dagli artt. 25 e 27 Cost., che consacrando il sistema sanzionatorio del doppio binario, attribuiscono unicamente alle misure di sicurezza il compito di fronteggiare la mera pericolosità sociale dell'autore del fatto di reato; dall'art. 13 Cost., ai sensi del quale la libertà personale di ciascun individuo può essere limitata solamente quando si tratti di tutelare un altro interesse dotato di rilevanza costituzionale, e dal principio di personalità della responsabilità penale, che vieterebbe di sacrificare l'individuo per fini di politica criminale, pervenendosi altrimenti a concepire l'illecito penale come illecito di mera disobbedienza (F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov.mo dig. it.*, Vol. XIX, 1973, 83). Per una trattazione esaustiva sui reati di pericolo e i delitti di attentato, vedi invece il contributo di G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1986, fasc. 3, 689 ss..

residuare solamente l'applicazione di una misura di sicurezza come eventuale risposta sanzionatoria al soggetto che abbia comunque manifestato una pericolosità sociale[21]. Questo significa che l'associazione, per assumere rilevanza penale, dovrà presentare qualcosa in più rispetto al mero accordo criminoso non punibile, ossia un coefficiente di adeguatezza a perseguire lo scopo, che si realizza in una struttura organizzativa caratterizzata dalla stabilità e dalla idoneità a perseguire il programma criminoso prefissato. Altrimenti, il rischio in cui si incorre è di punire un mero accordo criminoso, che in nessun modo rappresenta un fattore di pericolo per l'interesse giuridicamente tutelato dalla fattispecie incriminatrice.

---

[21] È l'ipotesi del "quasi reato" descritta dall'art. 115 c.p., che costituisce un importante nodo interpretativo in relazione agli istituti del delitto tentato e del concorso di persone nel reato.

Parte della dottrina (B. PETROCELLI, *Il delitto tentato,* Cedam, 1966, p. 55 e ss.) ha ritenuto che la disposizione non si limiti a sancire il fondamentale principio *nemo cogitationis poenam patitur,* ma abbia una forza di espansione logica, tale da completare l'istituto del tentativo, cui ontologicamente si riannoda. Le due tipologie di comportamento ivi previste costituiscono ben più di un mero incontro di volontà, ma ricomprendono i c.d. atti preparatori, penalmente irrilevanti se commessi da più individui e quindi, a maggior ragione, se posti in essere da un solo individuo. La funzione dell'art. 115 c.p. ai fini dell'esclusione della rilevanza degli atti preparatori è stata riproposta da Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2010, n. 27629, in *C.E.D. Cass.*, n. 248318 e Cass. pen., Sez. I, 24 settembre 2008, n. 40058, in *C.E.D. Cass.*, n. 241649. Per la dottrina si vedano invece C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Utet, 2008, p. 466 e ss. e G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale,* 5ª ed., Giuffré, 2015, p. 402, i quali ultimi osservano come la conferma del reale significato assunto dall'art. 115 c.p. possa rinvenirsi nei lavori preparatori del codice penale e nella Relazione al Re, ove si sottolinea che le espressioni "reato commesso" e "commettere" un reato si riferiscono a tutto il processo esecutivo, e quindi anche al tentativo.

L'art. 115 c.p., come rileva M. GALLO, *Diritto penale italiano,* Vol. II*, cit.*, pp. 111-120, potrebbe funzionare quale limite esterno del delitto tentato solo nel caso in cui si dimostrasse che, senza di esso, gli atti preliminari ricadrebbero sotto la disciplina del delitto tentato, non essendo più prevista la formula dell'inizio di esecuzione. Gli atti di cui l'art. 56 c.p. sancisce la punibilità devono infatti essere idonei e diretti in modo non equivoco a commettere un delitto da parte di un soggetto quale autore immediato, mentre «eventualmente l'accordo e sempre l'istigazione sono indirizzati a far commettere da taluno un delitto – non a commetterlo di mano propria». Lungi dunque dal sancire la non punibilità degli atti preparatori, la disposizione non avrebbe solo la funzione di ribadire il principio oramai pacifico dell'irrilevanza penale dei puri pensieri, non estrinsecatesi in atti esterni o materiali, ma andrebbe a ricordare come anche comportamenti materiali o esteriori diretti a uno scopo siano penalmente irrilevanti se non dotati dei requisiti minimi richiesti dall'art. 56 c.p. ai fini della punibilità del delitto tentato. E questo a riconferma di un sistema che fonda la punibilità dei consociati sulla necessaria offesa dei beni giuridicamente tutelati, quantomeno nei limiti della loro concreta messa in pericolo.

Infine, secondo un'altra impostazione minoritaria, l'espressa previsione della non punibilità dell'accordo e dell'istigazione, comportamenti che già sarebbero non punibili alla stregua dei principi generali, sarebbe stata inserita al fine di permettere comunque l'applicazione di una misura di sicurezza a coloro che li pongono in essere (A. R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Morano, 1964, p. 21 e ss.).

Cionondimeno, oltre alle problematiche che involgono, più in generale, tutte quelle forme di anticipazione della tutela penale[22], la nozione di associazione è stata oggetto sin dagli inizi delle più disparate interpretazioni, mostrandosi in tensione continua anche rispetto al principio di sufficiente determinatezza della fattispecie[23].

In linea di principio può dirsi che il reato associativo presenta due peculiarità rispetto al concorso di persone nel reato: la presenza di un vincolo associativo tendenzialmente stabile e l'indeterminatezza del programma criminoso[24]. I problemi iniziano però quando si tenti di tratteggiare nello specifico i caratteri che deve possedere un'associazione criminale per potersi definire tale.

Nella definizione dei vari reati associativi l'ordinamento giuridico non si avvale peraltro sempre della stessa tecnica descrittiva, ma utilizza diversi criteri. Mentre alcune fattispecie descrivono puntualmente le caratteristiche che deve presentare l'associazione criminosa, come accade ad esempio per l'art. 416*bis*

[22] Infine le fattispecie associative spesso rischiano di porsi in un insanabile contrasto con un altro principio fondamentale del diritto penale, ossia il principio di personalità della responsabilità penale. Occorre invero garantire che ciascun associato risponda nei limiti del contributo arrecato dall'associazione, come emerge anche dall'analisi dello stesso dibattito sviluppatosi intorno ai presupposti della condotta di partecipazione.

[23] Il principio di legalità sarebbe rispettato nella forma, ma non nella sostanza, se i fatti costituenti reato, pur previsti da una fonte normativa preesistente, non fossero descritti dal legislatore con una maggiore precisione. In base al principio della divisione dei poteri, il giudice interpreta la norma e applica l'illecito così come già delineato dal legislatore, senza poter contribuire in maniera rilevante a determinare la fisionomia di un determinato reato. Mentre prima si parlava di tassatività e sufficiente determinatezza come sinonimi, la dottrina dominante distingue tra principio di sufficiente determinatezza, con riferimento alla tipizzazione normativa da parte del legislatore, con termini che consentono di definire il reato nella maniera più precisa possibile, e principio di tassatività, che fa più specifico riferimento al momento interpretativo, e non al momento di creazione della norma. Una parte della dottrina (per tutti, vedi G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale, cit.*) distingue invece tra principio di precisione, indirizzato al legislatore, e sufficiente determinatezza, che atterrebbe alla dimensione empirica del fatto di reato, e all'esigenza che il legislatore indichi come fatto di reato un fatto verificabile effettivamente sul piano dell'accertamento probatorio. Sulla pluridimensionalità del principio di determinatezza, vedi G. LICCI, *Modelli nel diritto penale, Filogenesi del linguaggio penalistico*, 2ª ed., Giappichelli, 2014, pp. 248-253.

[24] Il problema dei requisiti dell'associazione è spesso trattato dalla giurisprudenza attraverso un confronto con la disciplina del concorso di persone nel reato, più specificamente con il concorso di persone nel reato continuato. Cfr. Cass. pen., Sez. V, 20 gennaio 1999, Stolder, in *Cass. pen.*, 2000, 38; Cass. pen., Sez. V, 22 febbraio 1999, Boldrini, in *Cass. pen.*, 2000, 362; Cass. pen., Sez. VI, 5 dicembre 2003, n. 7957, in *C.E.D. Cass.*, n. 228482.

c.p. che tipicizza il c.d. metodo mafioso[25], altre fattispecie ruotano solamente intorno all'esistenza di un accordo associativo e dunque si prestano maggiormente al ruolo supplente della giurisprudenza, cui viene affidato il delicato compito di delineare con maggiore precisione gli elementi strutturali dell'apparato organizzativo[26].

Una conferma dell'estrema indeterminatezza delle formulazioni adottate si rinviene anche nei problemi interpretativi sollevati da alcuni reati associativi egualmente idonei ad attrarre sotto il proprio schema descrittivo la medesima condotta, con tutto quanto ne consegue in termini di rischio di violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale[27].

Sono questi ultimi i reati che pongono i maggiori dubbi di compatibilità con i principi costituzionali di determinatezza e offensività del reato, come traspare nei numerosi orientamenti sviluppatisi intorno alla nozione di associazione per delinquere, dietro ai quali si intravede una continua

---

[25] Nell'associazione di stampo mafioso il criterio definitorio dell'avvalersi della forza di intimidazione derivante dal vincolo associativo e dalla condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva, finisce addirittura, come osservano alcuni, con il sostituirsi alla tradizionale struttura organizzativa dell'associazione. In senso critico, vedi V. B. MUSCATIELLO, *Per una caratterizzazione semantica del concorso esterno,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1999, 184. L'Autore considera "*assolutamente evanescente ed eterea"* la nozione associativa in relazione alle fattispecie associative di tipo mafioso o finalizzate al traffico di stupefacenti, evidentemente in ragione della necessità di una più efficace e celere repressione penale. Nello stesso senso, vedi S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta, cit.*, pp. 42-43.

[26] Vedi quanto rilevato da G. NEPPI MODONA, *Criminalità organizzata, cit.,* p. 111, il quale richiama altre distinzioni all'interno dei reati associativi, fondate sulla genericità o specificità dei fini perseguiti, sull'individuazione dello scopo nel perseguimento di delitti o di comportamenti non necessariamente costituenti illecito penale, e sul ruolo delle armi quale elemento costitutivo del reato o come circostanza aggravante.

[27] Ad esempio, il medesimo fatto associativo può essere qualificato come associazione sovversiva (art. 270 c.p.), associazione per finalità di terrorismo e di eversione dell'ordinamento costituzionale (art. 270*bis* c.p.), cospirazione politica mediante associazione (art. 305 c.p.) e banda armata (art. 306 c.p.). Sui rapporti tra banda armata e i delitti di cui agli artt. 270 e 270*bis* c.p., vedi Cass. pen., Sez. I, 9 dicembre 2009, n. 4086, in *C.E.D. Cass.*, n. 245985, secondo cui tra i delitti di associazione sovversiva e banda armata è configurabile il concorso formale e non già il concorso apparente di norme, giacché esiste un rapporto di mezzo a fine e non di specie a genere. Il delitto di costituzione di banda armata è caratterizzato dalla finalità di commettere uno dei delitti contro la personalità internazionale o interna dello Stato, tra i quali rientrano quelli contemplati dagli artt. 270 e 270*bis* c.p.. Ciò significa che per la configurabilità del primo delitto è sufficiente la predetta finalità, anche se non venga raggiunta. Quando ciò si verifichi, il reato – fine non può che concorrere con quello di cui all'art. 306 c.p., trattandosi infatti di ipotesi che possono rimanere distinte in concreto sul piano dell'organizzazione e della compenetrazione soggettiva.

commistione tra profili sostanziali ed esigenze processuali di semplificazione probatoria.

È dunque dall'associazione per delinquere che occorre partire, non solo per la rilevanza che le è stata assegnata come "archetipo" dei reati associativi e per la copiosa elaborazione cui è stata sottoposta, ma anche in ragione della centralità che ha avuto nell'evoluzione della figura del "concorso esterno", in un dibattito poi sviluppatosi intorno all'associazione di stampo mafioso, che dell'art. 416 c.p. costituisce una continuazione volta ad adattare le risposte dell'ordinamento a quello che ormai costituiva il fenomeno associativo più preoccupante per la tutela dell'ordine pubblico[28].

2.2. L'associazione per delinquere e l'associazione di tipo mafioso. Interesse giuridico tutelato.

Con il delitto di associazione per delinquere, che costituisce l'archetipo dei reati associativi, e l'associazione di tipo mafioso, il legislatore persegue la tutela di un interesse giuridico ricondotto sotto la generica etichetta di "ordine pubblico".

Il concetto di ordine pubblico conosce una portata applicativa in diversi settori dell'ordinamento, ma nel diritto penale trova maggiori profili di criticità per la sua difficile afferrabilità, tanto che se inteso in senso ampio e astratto è un interesse che potrebbe essere leso dalla commissione di un qualsiasi reato.

La ricostruzione dell'interesse giuridicamente tutelato dalla fattispecie incriminatrice diviene nondimeno essenziale per comprendere quali condotte contribuiscano alla realizzazione dell'offesa ingiusta che la norma mira a

[28] La dottrina rileva come l'introduzione dell'art. 416*bis* c.p. avesse lo scopo di superare le difficoltà derivanti dall'applicazione dell'art. 416 c.p. alle associazioni mafiose, che non sempre ricorrono a violenze o minacce, né tantomeno perseguono sempre scopi illeciti. Cfr. invece G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale,* Vol. I, Zanichelli, 2012, p. 470, dove si prospetta che il nuovo art. 416*bis* sia più il frutto di condizionamenti socio – culturali che di motivazioni tecniche, sulla base del rilievo che l'ambito di operatività dell'art. 416*bis* c.p. rientra nello spazio applicativo dell'art. 416 c.p.. Nonostante poi la fattispecie di nuovo conio non preveda più il requisito della necessaria illiceità delle finalità associative, essa ha comunque dato luogo a difficoltà probatorie in ordine all'accertamento del c.d. metodo mafioso.

prevenire. Come pure è stato affermato, «[…] non è possibile interpretare la regola giuridica senza tener presente l'interesse tutelato»[29]. È il significato insito a quella descrizione del diritto penale come "*extrema ratio*" dell'ordinamento a volere che limitazioni così pregnanti alla libertà dei cittadini siano giustificate unicamente se volte a proteggere altri interessi considerati meritevoli di tutela. E la questione assume qui non scarsa rilevanza, solo che si consideri come l'intera legislazione emergenziale sia posta a tutela di un ordine pubblico richiamato genericamente per evocare una situazione di necessità e urgenza tale da richiedere interventi eccezionali, perdendo in tal modo ogni valenza giuridica.

Si ritiene preferibile il riferimento al concetto di "interesse" anziché di "bene" tutelato, perché « l'ordinamento giuridico tutela un bene soltanto in relazione ai bisogni, alle tensioni, alle aspettative di un soggetto: il concetto di interesse implica quello di relazione tra un soggetto ed un oggetto di valutazione»[30].

Orbene, in relazione all'interesse dell'ordine pubblico, da respingersi, essenzialmente per l'inafferrabilità del concetto, è quella interpretazione elaborata dalla giurisprudenza costituzionale che vede nell'ordine pubblico un'entità ideale formata dai principi fondamentali posti alla base dell'ordinamento giuridico[31].

---

[29] M. GALLO, *Diritto penale italiano*, Vol. I, *cit.*, p. 191. L'Autore fa discendere dalla rilevanza che assume l'interesse giuridicamente tutelato nella teoria del reato non solo la sua importanza ai fini della ricostruzione interpretativa delle regole giuridiche, ma anche la conclusione secondo cui perché un fatto concreto sia penalmente rilevante non basta che sia conforme al tipo descrittivo, occorrendo a tal fine anche l'offesa all'interesse protetto dalla norma. Sul principio di offensività, vedi *retro*, nota 15.

[30] M. GALLO, *ibidem*, p. 192.

[31] Alla teoria dell'ordine pubblico materiale si obietta anche che l'art. 416 c.p. punisce anche associazioni segrete, che in quanto tali non potrebbero turbare la pubblica incolumità. In C. FIORE, *Ordine pubblico, cit.*, p. 1095, viene respinta l'idea « che l'ordine pubblico anche inteso come ordine pubblico costituzionale possa configurare un limite generale all'esercizio dei diritti di libertà e, quindi, un idoneo fondamento per l'apposizione di limiti penalistici alla manifestazione del pensiero, alla libertà di riunione, di associazione, in partiti politici, se non altro per l'elementare considerazione che del vigente ordine costituzionale quelle libertà costituiscono parte integrante ed essenziale. Per quanto concerne, in modo particolare, il diritto di riunione e quello di libera manifestazione del pensiero, non sembra accettabile l'idea che essi possano incontrare dei limiti nella tutela dell'ordine pubblico, al di fuori dell'accezione strettamente materiale di questo e delle esigenze che vi si connettono: in quanto si tratti cioè di modalità concrete di tempo e di luogo della riunione, ovvero di tecniche mezzi e modi della manifestazione del pensiero che implichino una diretta e immediata compromissione della sicurezza e incolumità pubblica, o della pubblica quiete ». Per un approfondimento sul concetto

Non solo la Costituzione non tutela l'ordine pubblico, se non nella sua accezione minima di sicurezza e incolumità delle persone come ordine pubblico materiale, ma da una lettura combinata degli artt. 21, 49 e 139 Cost. si ricava che il sistema bandisce le limitazioni dei diritti dell'individuo, se effettuate in nome di principi o ideologie tanto fondamentali quanto generiche. Si perverrebbe altrimenti a reprimere il mero dissenso politico – ideologico[32].

In tale prospettiva, l'ordine pubblico in senso ideale potrebbe costituire solamente una *ratio* di tutela, quale sintesi degli scopi di ogni intervento penale, perdendo quella capacità delimitativa dell'area del penalmente rilevante che dovrebbe essere sottesa a una concezione metodica dell'interesse giuridico[33].

Dell'intera elaborazione che ha tentato di trovare una definizione appropriata di ordine pubblico, quella che invece ha riscosso maggiore successo ha letto il concetto di ordine pubblico in senso materiale, quale condizione di pubblica tranquillità, pace esterna e sicurezza collettiva immune da disordine e violenza[34]. E sempre sulla stessa scia si è sostenuto che l'esistenza dell'organizzazione criminale aumenterebbe le probabilità di lesione degli interessi protetti dalle fattispecie incriminatrici dei delitti – scopo[35].

---

di ordine pubblico, vedi anche G. INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, Padova, 1983, 162 e ss. e S. MOCCIA, voce *Ordine pubblico* (*Disposizioni a tutela dell'*), in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990.

[32] G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale,* Vol. I*, cit.*, p. 453 e C. FIORE, *Ordine pubblico, cit*., p. 1093.

[33] Parte della dottrina ha pertanto sostenuto che l'interesse giuridico tutelato dall'art. 416 c.p. sia il sistema democratico e, con esso, l'esclusività del potere statuale, che verrebbero lesi dalle organizzazioni criminali in quanto ordinamenti antitetici a quello statuale. Cfr. V. PATALANO, *L'associazione per delinquere, cit.*, pp. 12-13 e G. NEPPI MODONA, *Criminalità organizzata e reati associativi, cit.*, pp. 107-108 e 116-119. A parte il rilievo che l'esclusività dell'ordinamento non può considerarsi un bene giuridico costituzionalmente tutelato, e che il rischio di lesione potrebbe riguardare solamente organizzazioni di grandi dimensioni, basti osservare, per la critica alla teoria in questione, che il monopolio legislativo statuale in materia penale rimane tale nonostante l'esistenza dell'associazione. Per tutti, vedi A. CAVALIERE, *Associazione per delinquere*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di S. Moccia, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, pp. 236-238.

[34] In questo senso vedi tra i tanti G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, *cit.*;. M. BOSCARELLI, *Associazione per delinquere*, in *Enc. dir.,* III, 1958, p. 869 e G. INSOLERA, *L'associazione per delinquere,* Cedam, 1983, pp. 184-185. Per la giurisprudenza, cfr. ad esempio Cass. pen., Sez. I, 11 ottobre 1991, Niccolai e altri, in *Cass. pen.*, 1994, p. 296, Cass. pen., Sez. III., 2 dicembre 1991, Moia, in *Cass. pen.*, 1993, p. 932 e Cass. pen., Sez. VI, 12 maggio 1995, Mauriello, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3387.

[35] F. IACOVIELLO, *Ordine pubblico e associazione per delinquere,* in *Giust. pen.,* 1990, II, c. 37 e ss..

Il concetto di ordine pubblico in senso materiale è stato però criticato di recente per una serie di ragioni, a partire dalla mancanza di copertura costituzionale, poiché l'ordine pubblico funge da limite alle sole libertà di riunione, di circolazione e in parte di domicilio[36].

La teoria in questione si rifarebbe poi a un concetto di ordine pubblico eccessivamente onnicomprensivo e indeterminato, e pertanto inidoneo a costituire oggetto di tutela[37], bastando a ciò il rilievo che ogni intervento penale è diretto a tutelare la pacifica convivenza dei consociati.

È per questi motivi che si è tentata una nuova lettura del concetto di ordine pubblico tutelato dall'art. 416 c.p., focalizzando l'attenzione sulla funzione di anticipazione della tutela penale del reato associativo diretta a scongiurare il pericolo di commissione dei reati oggetto del programma criminoso. Gli interessi giuridici tutelati sarebbero quelli alla cui tutela sono preposti i reati-scopo dell'associazione[38]. Diversamente opinando, assumere che l'associazione criminosa si carichi di un disvalore in quanto tale sarebbe in contrasto con il principio di offensività del reato, il quale riporta l'attenzione sulla funzione dell'associazione per delinquere di anticipazione della tutela degli interessi ledibili dai reati – scopo.

L'importante e consequenziale risultato di siffatta concezione consente di superare quegli orientamenti che ritengono sufficiente il mero accordo per la punibilità del reato associativo, per arrivare a richiedere quale elemento costitutivo fondante la pericolosità dell'associazione una struttura organizzativa adeguata a porre in pericolo gli interessi tutelati dai delitti-scopo[39].

---

[36] G. CORSO, voce *Ordine pubblico (dir. pubb.),* in *Enc. dir.,* XXX, 1980, 1057.

[37] Sulle critiche al concetto di ordine pubblico in senso materiale vedi, per tutti, i contributi di C. FIORE, voce *Ordine pubblico (dir. pen.),* in *Enc. dir.,* XXX, 1980, 1084 e G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Giuffré, 1988, pp. 3 e ss..

[38] Fra i tanti, vedi A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale*, *cit.*, pp. 66 e ss. e S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, *cit.*, p. 67.

[39] Le più recenti opinioni che rinvengono negli interessi offendibili dai delitti scopo l'interesse tutelato dai reati associativi giungono a negare la natura di reati di pericolo dei delitti in questione, parlando piuttosto di reati a consumazione anticipata, cui è riconducibile pure il modello dei delitti di attentato, e la cui peculiarità risiede nell'incriminazione di atti meramente preparatori. Cfr. G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico, cit.*, pp. 238 e ss. e A. CAVALIERE, *Associazione per delinquere, cit.*, pp. 259-262. La definizione del concetto di ordine pubblico ha peraltro ripercussioni, oltre che sulla definizione degli elementi costitutivi della fattispecie

Un discorso più complesso deve farsi invece per il reato associativo punito dall'art. 416*bis* c.p., la cui formulazione complessa e per diversi tratti ambigua nel descrivere finalità eterogenee, lecite e illecite, nonché il metodo mafioso, del quale non si comprende se sia richiesta la commissione di atti di violenza o minaccia, rendono maggiormente difficoltosa l'individuazione precisa dell'interesse giuridico tutelato, contribuendo ad accentuare i profili di indeterminatezza della fattispecie[40]. E le difficoltà riscontrate emergono chiaramente dai più disparati orientamenti che si sono formati nel tentativo di determinare l'interesse tutelato.

Secondo un'opinione diffusa in dottrina e giurisprudenza, il reato di associazione di stampo mafioso avrebbe natura plurioffensiva, in quanto concorrerebbe a ledere, oltre all'ordine pubblico, anche l'ordine economico quale libertà di mercato e di iniziativa economica[41]. Questo si ricaverebbe dalla formulazione delle finalità cui è diretta l'attività dell'associazione, tra le quali rientrano la gestione e il controllo di attività economiche, concessioni, autorizzazioni, appalti e servizi pubblici, che per l'appunto positivizzano gli ambiti in cui le azioni delle organizzazioni criminali destano oggi maggior allarme sociale. Altri invece, insistendo su quella che costituisce una delle caratteristiche portanti della criminalità di stampo mafioso, rinvengono nella

---

associativa e sulla natura del reato di danno o di pericolo, anche sull'individuazione del momento consumativo del reato, sull'oggetto del dolo e sulla punibilità del tentativo. Così, ad esempio, accogliendo una accezione ideale dell'ordine pubblico, soggetto passivo del reato sarà lo Stato, mentre se i beni tutelati sono quelli offendibili dai delitti scopo, soggetto passivo è la collettività.

L'indeterminatezza dell'interesse giuridicamente tutelato conduce peraltro diversi autori ad auspicare una riforma organica dei reati associativi maggiormente conforme ai principi costituzionali.

[40]Vi è peraltro da specificare che, nonostante la pluralità delle finalità perseguite, quella economica rappresenta lo scopo ultimo e primario cui sarebbe diretta l'intera attività dell'associazione di tipo mafioso. Cfr. E. MEZZETTI, *I reati contro l'ordine pubblico*, in *Questioni fondamentali di parte speciale del diritto penale*, a cura di A. Fiorella, Giappichelli, 2012, p. 420.

[41] G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale, cit.*, p. 470 e G. INSOLERA, *Delitti contro l'ordine pubblico*, in AA. VV., *Diritto penale, Lineamenti di parte speciale*, 4ª ed., Monduzzi, 2009, pp. 233-234. Per la giurisprudenza vedi Cass. pen., Sez. I, 16 ottobre 1990, Andreas e altri, in *Giust. Pen.*, 1991, II, 214 e Cass. pen., Sez. I, 30 settembre 1991, Di Stefano, in *Giust. Pen.*, 1992, II, 214. Cfr. la diversa opinione di A. NEPPI MODONA, *Criminalità organizzata, cit.*, pp. 117-118, il quale rinviene il bene leso dai reati associativi nel sistema democratico, *sub specie* di esclusività dell'ordinamento statuale.

libertà morale dei consociati lesa dall'avvalersi del metodo mafioso l'ulteriore interesse giuridico tutelato dalla norma[42].

La tesi della natura plurioffensiva del reato non ha però incontrato un consenso unanime in quelle elaborazioni che sostengono la natura mono offensiva della fattispecie, rinvenendo nel solo ordine pubblico materiale[43] o nel solo ordine economico[44] la lesione che la fattispecie mira a prevenire. Si afferma che la pluralità degli interessi protetti corrisponde in questo caso alla complessità del fenomeno mafioso e alla sua capacità di toccare i più disparati settori dell'ordinamento, ma è pur necessario individuare un solo interesse tutelato che consenta una ricostruzione della fattispecie più rispondente al dettato costituzionale.

Anche relativamente all'art. 416*bis* c.p. valgono le obiezioni relative alla genericità del concetto di ordine pubblico, inidoneo a fornire una adeguata risposta all'interesse giuridicamente tutelato dalla fattispecie associativa. Si tratta di considerazioni che valgono in riferimento sia all'ordine pubblico materiale sia al concetto di ordine economico, il quale, seppure fondato giustamente sul particolare allarme sociale suscitato dalle associazioni di stampo mafioso per gli interessi economici di una pluralità indeterminata di persone, presenta gli stessi profili di vaghezza e genericità evidenziati nel concetto di ordine pubblico ideale.

Un'ulteriore precisazione permette di fornire una maggiore chiarezza nell'individuazione dell'interesse protetto. Basti a ciò osservare come l'interesse economico dei consociati costituisca solo una delle finalità richiamate dall'art. 416*bis* c.p., mentre un'esatta ricostruzione dell'interesse giuridico tutelato

---

[42] La tutela dell'ordine economico o dell'ordine democratico sarebbe presa in considerazione in via indiretta dall'art. 416*bis* c.p., mentre la collocazione sistematica della norma e il richiamo al metodo mafioso farebbero deporre a favore della natura plurioffensiva del reato, che si articolerebbe tra tutela dell'ordine pubblico materiale e, in via prioritaria, tutela della libertà morale dei consociati. In questo senso, vedi G. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, Cedam, 2013, pp. 112 e ss. e G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, 3ª ed., Giuffré, 2015, pp. 270 e ss..

[43] G. DE FRANCESCO, *Associazione per delinquere* e associazione di tipo mafioso, in *Dig. disc. pen.*, Utet, 1987, Vol. I, p. 290.

[44] Cass. pen., Sez. I, 30 gennaio 1990, Abbattista, in *Cass. pen.*, 1990, 1712, con nota di L. DE LIGUORI, *L'oggetto giuridico della tutela penale nell'art. 416bis: limiti e funzioni*.

dovrebbe rintracciare un interesse che corrisponda a quanto l'associazione criminosa immancabilmente rischia di ledere.

Poiché elemento costante e caratterizzante la fattispecie incriminatrice è l'avvalersi del metodo mafioso, l'associazione criminale, per poter assumere una rilevanza penale, deve quantomeno ledere la libertà morale dei consociati, che in questa prospettiva sarebbero i veri soggetti tutelati dalla normativa penale. Per via dell'abbandono di un richiamo generico a interessi super individuali, quali possono essere l'ordine pubblico, economico o democratico, si può ricondurre a unità il significato lesivo dell'associazione di tipo mafioso, incriminando atti di intimidazione che ledono effettivamente la libertà morale dei soggetti contro i quali sono diretti, rendendo la disposizione maggiormente conforme al principio di offensività del reato[45].

2.3. Il concetto di associazione.

Come si è precisato, l'indeterminatezza dell'interesse giuridicamente tutelato dai reati associativi in questione non poteva che riflettersi sulla nozione di associazione rilevante ai sensi degli artt. 416 e 416*bis* c.p..

Per quanto attiene alla prima fattispecie, il legislatore avrebbe descritto quello che è stato definito un modello legale vago e generico, non specificando né cosa debba intendersi per associazione, né quali siano le singole condotte associative, e rimettendo alla ricostruzione interpretativa il compito di individuare l'ambito della punibilità.

È così che a un più rigoroso orientamento, che richiedeva una struttura organizzata con gerarchie interne e distribuzione articolata di compiti e funzioni[46], cedeva il passo un orientamento decisamente flessibile, che riteneva sufficiente la mera adesione a un programma criminoso stabile e non

[45] Vedi in tal senso A. CAVALIERE, *Associazione di tipo mafioso*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale, cit.*, pp. 395-398.

[46] Cass. pen., Sez. I, 25 ottobre 1983, n. 617, in *Cass. pen.,* 1985, 318 e Cass. pen., Sez. I, 14 ottobre 1986, n. 2643, in *Cass. pen.,* 1988, 1005.

necessariamente individuato, privo finanche del supporto di un complesso organizzato di mezzi[47].

La necessità di colmare i profili di indeterminatezza che hanno dato luogo a siffatti orientamenti ha riportato l'attenzione su una più attenta disamina degli elementi costitutivi dell'associazione per delinquere, nel tentativo di evitare il richiamo alle categorie civilistiche per la ricostruzione di un concetto penalistico autonomo di associazione.

Rileva anzitutto la presenza di un accordo tra almeno tre persone, che richiede la sussistenza di determinati requisiti che lo differenzino rispetto al mero accordo criminoso non punibile di cui all'art. 115 c.p.. Deve trattarsi di un accordo idoneo a realizzare il programma indeterminato dei delitti, che quindi abbia un carattere durevole o comunque tendenzialmente stabile[48], quale manifestazione esteriore di volontà che richiede il concorso di altri elementi per realizzare la conformità ai principi di materialità e offensività del reato. E, come rileva la dottrina, l'accordo non deve avere a oggetto solo la commissione di delitti, bensì anche la cooperazione stabile fra associati[49].

L'ulteriore elemento richiesto dall'art. 416 c.p. è il programma delittuoso, che si sostanzia in quel fine di commettere più delitti, riconducibile alla categoria del dolo specifico, ma che richiede di essere corretto in una direzione che lo riporti sul piano della lesività. In altri termini, entra in gioco quel requisito sul quale si è tanto dibattuto e attinente alla necessità o meno di una struttura organizzativa che renda concreta la possibilità di realizzazione di reati in esecuzione dell'accordo criminoso.

---

[47] È interessante riportare l'opinione di F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano, cit.,* p. 234. il quale, collocando i reati associativi nella più ampia categoria dei reati accordo, accoglie un'interpretazione talmente estensiva dei confini di applicazione della fattispecie, da ritenere che all'accordo delle volontà non occorra che si affianchi alcun elemento che, sul piano oggettivo, contribuisca a dar corpo al fenomeno associativo. Come puntualizza G. INSOLERA, *L'associazione per delinquere, cit.*, p. 78, questa lettura del delitto associativo però, oltre a sancire una totale soggettivizzazione della fattispecie, ne nega un'autonomia concettuale di fronte al concorso di persone nel reato. Per la giurisprudenza, vedi Cass. pen., Sez. I, 6 giugno 1985, n. 5599, in *C.E.D. Cass.*, n. 169650, e Cass. pen., Sez. I, 1 giugno 1983, in *Cass. pen.,* 1985, 621.

[48] In tal senso, vedi V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. VI, 5ª ed., Utet, 1981, p. 195. Per la giurisprudenza, tra le tante vedi Cass. pen., Sez. V, 20 giugno 1985, Cavalieri, e Cass. pen., Sez. VI, 14 giugno 1995, Montani, come citate da C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale, cit.*.

[49] A. CAVALIERE, *L'associazione per delinquere*, *cit.*, p. 263.

Parte della dottrina e della giurisprudenza hanno ritenuto sufficiente la presenza di una struttura rudimentale, sulla base del rilievo secondo cui l'associazione non richiede obbligatoriamente una distribuzione di compiti tra associati né tantomeno un'organizzazione gerarchica e quindi l'esistenza di ruoli superiori[50].

Il rispetto del principio di offensività del reato riporta però al centro della struttura associativa un'organizzazione che sia adeguata alla realizzazione del programma criminoso perseguito dall'associazione[51]. La nozione di reato associativo si distacca dal solo paradigma causale, per vedere riaffermata l'importanza della struttura organizzativa, che deve presentare un grado di effettività tale da rendere possibile l'attuazione degli scopi della *societas*[52]. Diversamente opinando, il rischio principale è di punire associazioni strutturalmente inidonee a porre in pericolo l'ordine pubblico, andando contro uno dei principi fondamentali del nostro sistema.

---

[50] In giurisprudenza, dall'autonoma previsione delle figure di reato associativo di cui al secondo comma dell'art. 416 c.p., si è dedotta la non essenzialità del concetto di organizzazione. Si accontentano di una predisposizione minima e rudimentale di mezzi, tra le altre, Cass. pen., Sez. I, 24 gennaio 1991, Arturi e altri, in *Riv. pen.*, 1991, 697 e Cass. pen., Sez. VI, 30 marzo 1998, Pareglio, in *Cass. pen.*, 1999, 3404. Per la dottrina, vedi F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, Vol. II, 14ª ed., 2003, pp. 233-234 e A. INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, Giuffrè, 1993, pp. 17-18. Ancora più severa la giurisprudenza per il delitto di associazione sovversiva, quando si afferma che l'associazione può sussistere anche sulla base del solo vincolo associativo riferito a un programma indefinito di reati avente come scopo quello di sovvertire violentemente gli ordinamenti economici e sociali dello Stato, oppure che è sufficiente una semplice attività promozionale diretta a costituire un vincolo societario a scopo sovversivo, senza che siano richiesti mezzi idonei a realizzare i fini prefissi. Cfr. Cass. pen., Sez. I, 14 dicembre 1981, n. 1943, in *Cass. pen.*, 1983, 274; Cass. pen., 10 giugno 1982, n. 11159, in *Cass. pen.*, 1983, 837.

[51] A favore di una struttura organizzativa adeguata alla realizzazione degli scopi criminosi si esprimono G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale,* Vol. I, *cit.* p. 476, G. INSOLERA, *L'associazione per delinquere, cit.,* p. 87 e ss. e V. PATALANO, *L'associazione per delinquere, cit.,* pp. 31-32.. Per la giurisprudenza minoritaria, vedi Cass. pen., Sez. I, 25 settembre 1998, in *Cass. pen.,* 1999, p. 1550 e Cass. pen., Sez. I, 5 dicembre 1994, Semeraro, *ivi*, 1996, 77. Lo stesso è stato affermato in relazione al reato previsto dall'art. 270*bis* c.p., Cass. pen., Sez. I, 10 luglio 2007, n. 34989, in *C.E.D. Cass.*, n. 237630.

[52] Vedi il commento di A. CAVALIERE, il quale precisa che il giudizio di idoneità lesiva debba essere riferito agli atti e non ai mezzi, sicché anche un'associazione dotata di un rilevante apparato strumentale, che però non sappia utilizzare efficacemente, sarebbe inidonea al perseguimento di scopi criminosi. Allo stesso modo, l'associazione non può essere ridotta a una semplice assunzione di ruoli o funzioni (*Il concorso eventuale nel reato associativo, cit.,* p. 121-125). Sostengono la necessità di una struttura organizzativa, seppure minima, a ma idonea e adeguata a realizzare gli obiettivi criminosi presi di mira, Cass. pen., Sez. VI, 12 febbraio 1986, Fois, in *Cass. pen.*, 1987, 1718, Cass. pen., Sez. VI, 14 giugno 1995, n. 11413, in *Cass. pen.*, 1997, 398 e Cass. pen., Sez. VI, 7 novembre 2011, n. 3886, in *C.E.D. Cass.* n. 251562.

L'esistenza di un'associazione criminosa rilevante ai sensi della fattispecie incriminatrice non può tantomeno accertarsi sulla base del riscontro di una mera ripartizione di ruoli e competenze all'interno della stessa, se non si vuole giungere a punire un tipo d'autore accogliendo una tesi che si risolve semplicemente nella punibilità di un mera assunzione reciproca di impegni contrastante con il principio di offensività del reato. Al contrario, è maggiormente conforme a un diritto penale del fatto e idonea ad arginare i profili di indeterminatezza dei reati associativi quell'opinione che richiede la realizzazione di condotte preparatorie che, seppure non integranti gli estremi del tentativo dei delitti-scopo, provvedano comunque alla predisposizione di un apparato strumentale adeguato al perseguimento del programma delittuoso[53].

Le conclusioni cui si è pervenuti in relazione all'associazione per delinquere possono a questo punto estendersi anche all'associazione di tipo mafioso, la cui formulazione, seppure apprezzabile per il tentativo di maggiore tipizzazione dei requisiti costitutivi caratteristici dell'associazione di stampo mafioso, ha nondimeno sollevato altri dubbi interpretativi per il ritaglio eccessivamente casistico, fondato su diversi rinvii contenuti in elementi normativi ed elementi naturalistici. Di questi, è la descrizione del mezzo utilizzato della "forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e omertà che ne deriva" che, rinviando a profili sociologici, si presta a far scivolare la fattispecie oltre precisi limiti di determinatezza[54].

---

[53] In tal senso, vedi Cass. pen., Sez. I, 22 aprile 1985, n. 7462, in *Cass. pen.*, 1986, 822, secondo cui ciò che ha rilevanza non è che l'accordo venga consacrato in atti di costituzione, statuto, regolamento, iniziazione o in altre manifestazioni di formale adesione, ma che si realizzi di fatto l'esistenza della struttura prevista dalla legge, e una volta costituita l'associazione , il contributo apportato dal singolo si innesti nella struttura associativa in vista del perseguimento dei suoi scopi.

Riconosce alle attività esecutive, che contribuiscono all'organizzazione della struttura associativa, un mero ruolo di indizio dell'esistenza dell'associazione G. DE FRANCESCO, *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso, cit.*, pp. 296-297.

[54] Le criticità sollevate dai reati associativi sono esposte analiticamente da S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, *cit.*, pp. 65 e ss., il quale insiste sull'esigenza di introdurre una fattispecie associativa di parte generale, caratterizzata da un'organizzazione e da un vincolo associativo stabili, e che avrebbe il vantaggio di semplificare la normativa dei reati associativi. In una simile prospettiva, vedi A. NEPPI MODONA, *Criminalità organizzata, cit.,* pp. 119-122, che propone di raggruppare in un apposito capo tutti i reati associativi espressione delle varie forme di criminalità organizzata.

Le criticità in questione da un lato si riflettono sul piano dell'accertamento, per la difficoltà di provare requisiti quali la forza di intimidazione e la condizione di assoggettamento e omertà, e dall'altro lato rischiano di affievolire nella prassi l'accertamento di alcuni elementi costitutivi della fattispecie[55]. Le recenti vicende di quello che è stato etichettato dai *media* come il processo Mafia Capitale hanno dimostrato con tutta evidenza la complessità del fenomeno mafioso e del riscontro in concreto di quei peculiari elementi strutturali caratterizzanti il metodo mafioso[56].

Analogamente all'associazione di cui all'art. 416 c.p., l'associazione di tipo mafioso dovrà presentare un accordo stabile e durevole, un programma indeterminato, che questa volta può essere diretto anche alla realizzazione di finalità non delittuose, e un'organizzazione adeguata alla lesione di una pluralità indeterminata di interessi giuridici, mediante il ricorso agli atti intimidatori che rendono l'associazione particolarmente pericolosa[57].

Proprio perché accade spesso nella prassi, è necessario insistere su un dato, che la raggiunta prova dell'utilizzo del metodo mafioso non comporta automaticamente l'accertamento della sussistenza di una struttura organizzativa, poiché è espressione di un elemento costitutivo che va ad aggiungersi e non a sostituirsi agli altri caratterizzanti l'associazione per delinquere[58].

Rigurardo alla forza di intimidazione del vincolo associativo occorre poi specificare che non si tratta di una finalità perseguita dall'associazione, come

---

[55] Da questo punto di vista, G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa, cit.*, pp. 238-239, osserva che l'associazione di tipo mafioso sia più facile da provare rispetto all'art. 426 c.p., per le vaste finalità perseguite e la mancata menzione del requisito della violenza o minaccia. Tra i tanti che lamentano i profili critici di accertamento probatorio, vedi G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale,* Vol. I, *cit.*, p. 471; V. MUSCATIELLO, *Il concorso esterno, cit*., pp. 11-12; A. CAVALIERE, *Associazione di tipo mafioso, cit.*, p. 399.

[56] Vedi al riguardo le pronunce della Corte di Cassazione rese nell'ambito dei relativi procedimenti *de libertate*: Cass. pen., Sez. VI, 10 marzo 2015, n. 24535 e Cass. pen., Sez. VI, 10 marzo 2015, n. 24536, in www.penalecontemporaneo.it, 15 giugno 2015, con commento di C. VISCONTI, *A Roma una mafia c'è e si vede*….

[57] G. DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis, 416ter, 417, 418, c.p.*, in AA.VV., *Mafia e criminalità organizzata, cit.*, p. 47; A. CAVALIERE, *Associazione di tipo mafioso, cit.*, p. 401; G. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso, cit.*, pp. 24-25.

[58] *Contra*, G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa, cit.*, pp. 158-159.

pure sostenuto da taluno[59], bensì di un mezzo derivante dalla pericolosità insita in forme illecite di sopraffazione che abbia creato una "fama criminale" tale da non richiedere l'ulteriore compimento di atti di violenza o minaccia[60].

Dalla forza di intimidazione deve inoltre derivare, quale conseguenza causale, anche quell'elemento tanto criticato per la sua impronta sociologica, ma tipico del fenomeno mafioso, di una condizione di assoggettamento ed omertà diffusa e protratta nel tempo[61]. Una condizione, cioè, di sottomissione psichica alla volontà dell'associazione e di rifiuto di qualsiasi collaborazione con gli organi dello Stato, dovuto al timore verso l'organizzazione criminale.

---

[59] G. DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis, 416ter, 417, 418 c.p.,* in *Giurisprudenza sistematica,* diretta da Bricola – Zagrebelsky, Utet, 1995, I, pp. 50 e ss. e Cass. pen., Sez. V, 26 novembre 2003, in *Riv. pen.*, 2005, 202. L'obiezione principale all'opinione che fa rientrare la forza di intimidazione nella categoria del dolo specifico attiene al chiaro tenore letterale che non fa alcun riferimento allo "scopo di avvalersi", con tutto quanto ne consegue in termini di violazione del divieto di interpretazione analogica *in malam partem*.

[60] G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa, cit.*, pp. 104 e ss.. L'Autore sembra sostenere peraltro che, per ritenere integrato il requisito della forza di intimidazione, non sia necessaria la prova del compimento di atti di intimidazione in relazione a quelle associazioni già diffuse da lungo tempo. Ma questa interpretazione rischia di fondare la punibilità sulla mera "fama criminale" di un'associazione, andando contro il principio di materialità del fatto e abrogando il requisito che finirebbe con il coincidere con la condizione di assoggettamento (A. CAVALIERE, *Associazione di tipo mafioso, cit.*, pp. 403-404).

Il riferimento alla "fama criminale" compare anche nelle recenti pronunce *de libertate* della Corte di Cassazione nell'ambito del processo di Mafia Capitale. Secondo Cass. pen., Sez. VI, 10 marzo 2015, n. 24535, in www.penalecontemporaneo.it, 15 giugno 2015, con commento di C. VISCONTI, *A Roma una mafia c'è e si vede*…: «[…] quest'ultima si è avvalsa di una capacità di intimidazione già collaudata nei settori criminali più "tradizionali", per esportarne poi gli stessi metodi, in forme più raffinate, nei nuovi campi di elezione amministrativi ed economico-imprenditoriali, dove, più che ricorrere all'uso diretto della violenza o della minaccia, ha sfruttato tutte le possibilità offertegli dal richiamo ad una consolidata "fama criminale", senza tuttavia rinunciare al disvelamento, se necessario, delle tipiche forme di manifestazione della sua natura. In tal modo, l'associazione ha potuto imporre il suo controllo su gran parte delle attività dell'amministrazione capitolina, utilizzando uno strumento imprenditoriale già collaudato, che grazie all'asservimento di pubblici funzionari infedeli, ovvero per il diretto ricorso a forme di intimidazione, ha assunto un ruolo sostanzialmente monopolistico, aggiudicandosi le gare pubbliche nei settori di interesse e beneficiando altri imprenditori ad esso collegati, senza lasciare spazio ai concorrenti, costretti a soggiacere alle prevaricazioni del sodalizio senza nemmeno osare di denunziare il sistema illecito venutosi in tal modo a creare».

[61] C. VISCONTI, *ibidem*: «Dalla considerazione dell'intero quadro degli elementi oggettivi della fattispecie, inoltre, la giurisprudenza ha desunto l'individuazione dei tratti essenziali dell'apparato strumentale minimo dell'associazione mafiosa, costituito da una carica intimidatoria autonoma il cui riflesso esterno in termini di assoggettamento si mantiene ancora entro i limiti di una soglia prodromica rispetto a possibili future situazioni di omertà e di assoggettamento specifico. Il raggiungimento di tale livello minimo è già di per sé sufficiente a fini della diagnosi di "mafiosità" di un sodalizio di recente formazione, mentre le specifiche condizioni di assoggettamento e di omertà che di volta in volta potranno insorgere costituiranno il risultato di uno sfruttamento "attivo" di quella forza intimidatrice: uno sfruttamento che è già oggetto del programma associativo e, dunque, del dolo specifico degli associati».

Se questi sono gli elementi strutturali dell'associazione di tipo mafioso, non è comunque azzardato concludere nel senso che, nonostante il tentativo di restituire profili di determinatezza agli artt. 416 e 416*bis* c.p. sia apprezzabile, continuano a permanere notevoli spazi di discrezionalità per il giudice. Questo, specie laddove i criteri proposti siano diretti a stabilire quando, a fronte della commissione di una pluralità di delitti – scopo, si sia in presenza di un'associazione criminosa o di un concorso di persone nel reato continuato[62].

2.4. Le condotte associative. Cenni.

L'altro elemento strutturale portante delle fattispecie associative di cui agli artt. 416 e 416*bis* c.p. è costituito dalle condotte di partecipazione, semplici o corrispondenti a ruoli qualificati.

Al di là delle problematiche concernenti l'individuazione della natura giuridica autonoma o circostanziale di quelle condotte di promotore, costitutore, organizzatore[63], la definizione delle condotte di partecipazione ha assunto una rilevanza fondamentale nella ricostruzione dei requisiti strutturali delle condotte di sostegno esterne all'associazione, tanto che taluno ha proposto di ritenere

[62] A. CAVALIERE, *Associazione per delinquere, cit.*, pp. 280-281.

[63] Solitamente il legislatore, nell'ambito dei reati associativi distingue determinate condotte qualificate rispetto alla mera condotta di partecipazione: il promotore, colui che assume l'iniziativa per la creazione dell'associazione o che comunque provoca l'adesione di terzi; il costitutore, chi crea materialmente l'associazione; l'organizzatore, che fornisce la struttura operativa; il direttore, che svolge il ruolo di guida dell'associazione criminale. Si è pertanto posta la questione della loro qualificazione giuridica quali fattispecie autonome, alternative o circostanziate all'interno del reato associativo.

La dottrina dominante ha desunto dall'assenza di un rapporto di specialità tra loro, la natura di figure autonome di reato, e non di figure integranti un unico reato plurisoggettivo, delle condotte di promozione, costituzione, organizzazione e partecipazione. Tra i tanti, vedi G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale,* Vol. I, *cit.,* pp. 474-475 e G. DE FRANCESCO, *Associazione per delinquere e associazione di stampo mafioso, cit.*.

Sostengono invece la natura di unico reato plurisoggettivo, con sanzioni differenziate, G. INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Giuffré, 1985, pp. 146-147 e G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, *cit.*, pp. 289-290.

riferibile il termine di relazione dell'efficacia causale del contributo esterno non all'associazione, bensì alle singole condotte associative.[64]

Il legislatore non provvede, infatti, a descrivere compiutamente in cosa debba sostanziarsi una condotta per poter integrare gli estremi di una partecipazione all'associazione, rimettendone la relativa individuazione all'interprete, che spesso si è trovato, e si trova tuttora, nella difficoltà di delineare quella linea di confine oltre la quale una mera "vicinanza" all'associazione criminosa diviene vera e propria partecipazione. E le già esposte incertezze sull'interesse giuridicamente tutelato dai reati associativi nonché sugli elementi costitutivi della struttura organizzativa non potevano che riflettersi sui corrispondenti contorni della condotta di partecipazione fino a coinvolgere lo spazio riservato al concorso eventuale nel reato associativo.

Per quanto interessa in questa sede, è comunque importante precisare che un'interpretazione rispettosa del principio di personalità della responsabilità penale dovrebbe conferire alla condotta di partecipazione una rilevanza che si spinga oltre la mera adesione psicologica, per tradursi in un vero e proprio contributo causale all'associazione[65]. Tutte quelle opinioni che deducono la partecipazione dalla mera assunzione di un ruolo all'interno dell'associazione o dall'adesione formale al giuramento di mafia rischiano di sconfinare in un diritto penale d'autore in palese contrasto con un dato costituzionale che pone al centro della responsabilità un fatto commesso[66].

Ora è chiaro che da un concetto ampio di associazione, e quindi di partecipazione, deriva una restrizione del campo di applicazione del concorso eventuale e, in egual modo, un'interpretazione restrittiva della condotta di

---

[64] Per tutti, vedi V. MUSCATIELLO, *Il concorso esterno nelle fattispecie associative*, cit..

[65] È quanto affermato in maniera chiare dalle ultime Sezioni Unite Mannino, 12 luglio 2005, n. 33748, in *Foro it.,* 2006, II, 80 ss., che individuano nel partecipe «colui che, risultando stabilmente inserito e organicamente nella struttura organizzativa dell'associazione mafiosa, non solo è ma fa parte (meglio ancora prende parte alla stessa): locuzione questa da intendersi non in senso statico, come mera acquisizione di uno *status*, bensì in senso dinamico e funzionalistico, con riferimento all'effettivo ruolo in cui è immesso e ai compiti che si è vincolati a svolgere perché l'associazione raggiunga i suoi scopi, restando a disposizione per le attività organizzate dalla medesima». Lo stesso viene ribadito, più di recente, da Cass.pen., Sez. VI, 9 dicembre 2010, n. 43656, in *C.E.D. Cass.,* n. 2488126, e Cass. pen., Sez. VI, 7 novembre 2011, n. 3886, in *C.E.D. Cass.,* n. 251562.

[66] Vedi *infra*, Cap. III, par. 4.1.

partecipazione concede un maggiore spazio alla configurabilità di un concorso eventuale.[67]La ricostruzione dei requisiti che deve presentare una condotta per dirsi conforme alla fattispecie incriminatrice del reato associativo è dunque questione che spesso è stata sviluppata in un continuo raffronto con gli elementi strutturali richiesti per la rilevanza penale delle condotte di sostegno all'associazione provenienti da soggetti estranei alla stessa, tanto da permanere finanche nell'ultima pronuncia a Sezioni Unite che ha tentato di fare chiarezza sulla figura del "concorso esterno".

Dall'ampia elaborazione giurisprudenziale sui reati associativi traspare chiaramente la persistente delicatezza di un'opera qualificatoria volta a ricomprendere una condotta nell'alveo della partecipazione oppure del sostegno all'associazione *ex* art. 110 c.p., tanto da dare vita a processi nel corso dei quali alle iniziali imputazioni per partecipazione all'associazione si sostituiscono contestazioni per "concorso esterno", con tutto quanto ne consegue in termini di correlazione tra accusa e sentenza[68].

3. Il lungo cammino del "concorso esterno" nel dibattito giurisprudenziale.

3.1. Una visione allargata della nozione di partecipazione all'associazione.

Se le più recenti questioni relative al "concorso esterno" ruotano intorno all'associazione di stampo mafioso, evidentemente in ragione del suo dilagare negli ultimi decenni del secolo passato e della legislazione emergenziale sottostante, è allo stesso modo importante sottolineare come il problema della punibilità di condotte di sostegno alle associazioni criminose abbia iniziato ad

[67] G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, *cit.*, pp. 536 e ss..

[68] Per le problematicità degli ordierni processi alla criminalità organizzata, vedi la requisitoria del procuratore generale Iacoviello nel processo Dell'Utri, Cap. III, par. 5.

affacciarsi con prepotenza nell'esperienza giuridica italiana a partire dagli anni settanta, nel pieno della stagione del terrorismo[69].

Tuttavia, fino ai primi anni Novanta del secolo trascorso si è verificato un fenomeno particolare, probabilmente dovuto alle contingenze emergenziali volte a porre un argine al dilagante fenomeno delle associazioni criminali. Come era avvenuto prima per le associazioni criminose di stampo politico, le numerose pronunce che si trovarono poi ad affrontare l'associazionismo criminale di stampo mafioso tendevano per lo più a far rientrare le condotte esterne di sostegno alle organizzazioni criminose nell'ambito degli stessi reati associativi, senza ricorrere all'impiego dell'istituto del concorso criminoso in funzione estensiva della punibilità[70].

La Suprema Corte riteneva sufficiente per fondare la punibilità a titolo di partecipazione all'associazione l'adesione formale alla stessa senza che si dovesse riscontrare un'attività materiale esecutiva degli impegni assunti, nonché l'aiuto consapevole al funzionamento dell'associazione non affiancato dall'inserimento all'interno dell'organizzazione[71].

Sul versante del reato di banda armata si rinvengono ad esempio pronunce in cui si afferma che il partecipe *ex* secondo comma dell'art. 306 c.p. debba identificarsi anche nel favoreggiatore dell'associazione, che sia fuori dalla

---

[69] In realtà la necessità di punire condotte esterne e di sostegno alle associazioni criminose viene avvertita sin dal periodo del banditismo antecedente all'unificazione italiana. La preoccupazione delle autorità dell'epoca era rivolta a reprimere, oltre ai delitti commessi dai banditi stessi, quelle forme di sostegno esterne che provenivano finanche dalle fasce più alte della società, allo scopo di resistere a un quadro di centralizzazione del potere statuale. E in tale contesto i giuristi si trovarono per la prima volta ad affrontare le problematicità derivanti da un inquadramento sistematico delle forme di contiguità all'interno della teoria del concorso di persone nel reato, ponendo peraltro in dubbio la stessa punibilità dei reati associativi. Per un'analisi approfondita del dibattito giuridico formatosi sin dal XVI secolo, vedi C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, 2003, pp. 1 e ss..

[70] V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti,* Giappichelli, 2014, p. 50, parla al riguardo di un modello applicativo *onnivoro* della partecipazione mafiosa, capace di inglobare le più disparate condotte funzionali in astratto alla vita dell'associazione. Sul punto vedi anche l'approfondita analisi di C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia, cit.,* pp. 87 – 90.

[71] Cass. pen., Sez. VI, 4 luglio 1984, Aiosa e altri, in *Giur. it.,* II, 1986, 120, ritiene sufficiente ai fini della configurabilità del reato associativo l'essere entrato a far parte dell'associazione, pur senza aver esplicato alcuna particolare attività. Vedi anche Cass. pen., Sez. I, 18 febbraio 1981, Catabiani, in *Riv. Pen.*, 1982, 186.

direzione della banda, ma esegua incarichi che gli vengano sporadicamente assegnati[72].

Simile ricostruzione ermeneutica conduceva a risultati paradossali, poiché finiva con il funzionalizzare in chiave probatoria la nozione di partecipazione, senza preoccuparsi di analizzare il delitto associativo alla luce dei principi fondamentali del diritto penale di determinatezza, materialità e offensività del reato[73].

Una prima pronuncia della Cassazione, che invece si segnala per aver tentato di spostare i termini del problema della rilevanza penale di contributi forniti dall'esterno della *societas sceleris* sul terreno del concorso nel reato associativo, risale al 1968, nell'ambito di un processo che vedeva imputate quasi un centinaio di persone per il reato di cospirazione politica mediante associazione di cui all'art. 305 c.p.[74].

La sentenza in questione, pur inserendosi in quel più generale orientamento volto ad allargare a dismisura i confini dei reati associativi per farvi rientrare finanche condotte di sostegno esterno, è apprezzabile per aver fornito un'esposizione di quello che all'epoca veniva individuato maggiormente

---

[72] Corte d'Assise Milano, 21 giugno 1980, in G. C. CASELLI e A. PERDUCA, *Terrorismo e reati associativi: problemi e soluzioni giurisprudenziali*, in *Giur. it.,* 1982, IV, 233.

[73] Sulla deviazione del sistema si esprime in questi termini T. PADOVANI, *Il problema tangentopoli tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1996, 448 e ss.: « I *nomina delicta* costituiscono un tragico recupero di tecniche repressive proprie dell'*ancien régime*. Essi esprimono la crisi (o meglio, la dissoluzione) del concetto di fattispecie tipica, che non rappresenta più, in alcuni settori, alcun baluardo al procedimento di sussunzione degli elementi materiali che caratterizzano una situazione "disfunzionale". Il modulo applicativo si ispira piuttosto all'individuazione di un *corpus delicti* suscettibile di legittimare un'*inquisitio generalis*. […] Il criterio del penalmente rilevante non risiede più nella fattispecie: sta altrove, ed alla fattispecie ritorna soltanto per reperire un aggancio punitivo sufficiente a giustificare la condanna».

[74] Cass. pen., Sez. I, 27 novembre 1968, massimata in *Arch. pen.*, 1970, p. 8. La prima giurisprudenza sul concorso esterno si è sviluppata dunque negli anni Sessanta, in relazione alle associazioni di tipo eversivo, per poi coinvolgere le associazioni terroristiche e, infine, le organizzazioni criminali e di stampo mafioso. Secondo F. VIGANÒ (*Oltre l'art. 416bis: qualche riflessione sull'associazione con finalità di terrorismo,* in *Scenari di mafia, cit.,* 185), la figura del concorso esterno trova peraltro un'applicazione assai ridotta quando si sia di fronte ad associazioni di tipo terroristico, poiché l'ordinamento presenta numerose incriminazioni autonome che hanno a oggetto condotte di soggetti non inseriti organicamente nell'associazione, quali le fattispecie di finanziamento dell'associazione, sabotaggio e addestramento di cui agli artt. 270*bis, 270quater* e *quinquies* c.p..

come criterio discretivo tra condotte partecipative e condotte di concorso nel reato associativo, e che si riassumeva nel binomio stabilità/occasionalità.

Quanto emerge dal ragionamento della Suprema Corte, particolarmente ritagliato sul caso concreto oggetto di giudizio, è che la condotta partecipativa si connota per il carattere stabile e permanente del contributo apportato al sodalizio, mentre l'attività del "concorrente esterno" si sostanzia in un contributo episodico e occasionale.

Al di là di isolati richiami, come quello esposto nella sentenza *Muther*, in cui il tentativo di elaborazione dogmatica avveniva solo calando la fattispecie incriminatrice nella realtà concreta, ciò che traspare è nondimeno una dimensione in cui l'emergenza giudiziaria volta a contrastare il fenomeno del terrorismo politico – eversivo a partire dalla seconda metà degli anni Settanta sceglieva la via della fattispecie di partecipazione, facendovi rientrare qualsiasi forma di sostegno materiale o morale alla vita dell'associazione[75].

Interessante notare come il punto di riferimento per la giurisprudenza in materia di partecipazione alle associazioni illecite fosse in quegli anni proprio il Trattato di diritto penale del Manzini, il quale descriveva la nozione di partecipazione all'associazione sovversiva in questo modo: «*Partecipa all'associazione chiunque sia entrato a farne parte ancorché inoperosamente, come pure chi, anche senza essere socio, assuma un impiego qualsiasi nell'associazione, ovvero esplichi una attività anche di mera assistenza ad essa, e non ai singoli associati*»[76].

L'Autore, senza richiedere un contributo alla vita associativa, adottava dunque una nozione ampia della condotta di partecipazione, mentre sul piano del "concorso esterno" riteneva che il profilo distintivo tra il concorso in

[75] Tra le tante, vedi Cass. pen., Sez. II, 4 luglio 1984, Aiosa e altri, *cit.*, e Cass. pen., 18 febbraio 1981, Catabiani, *cit.*.

[76] V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano,* cit., p. 369. Per la giurisprudenza, vedi Cass. pen., Sez. II, 1 settembre 1994, n. 3663, in *Cass. pen.*, 1995, 539, con nota di PACI, secondo cui la condotta di partecipazione consiste nel far parte dell'associazione, cioè nell'esserne divenuto membro attraverso un'adesione alle regole dell'accordo associativo e un inserimento di qualunque genere nell'associazione con carattere di permanenza, con il riscontro da parte dell'associazione che deve riconoscere la qualità di associato in chi abbia manifestato l'adesione. Non occorrono invece atti formali o prove particolari dell'ingresso nell'associazione, che può avvenire in modi diversi e anche solo mediante un'adesione di qualunque genere ricevuta dal capo, ma occorre che un ingresso ci sia stato, non essendo sufficiente che la persona sia entrata in rapporti con l'associazione traendone giovamento o fornendo un contributo fattivo ad alcuni associati.

associazione e il reato di assistenza agli associati risiedesse nel fatto che nel primo l'aiuto fosse fornito alla banda nel suo complesso, mentre nel secondo ai singoli associati.

Il cammino tracciato lungo una concezione ampia della condotta partecipativa non è stato interrotto dall'introduzione della fattispecie di associazione di stampo mafioso. La Cassazione anche in questo caso, trovandosi di fronte ad associazioni così forti da inserirsi nel tessuto sociale dell'intero paese, ha in più occasioni adottato un orientamento molto rigido nei confronti degli appartenenti a Cosa Nostra.

Nell'occuparsi della rilevanza penale a titolo di partecipazione del c.d. giuramento di mafia, diverse pronunce della Suprema Corte hanno ritenuto sufficiente la mera affiliazione formale per fondare la punibilità a titolo di partecipazione. Mentre per l'associazione per delinquere di cui all'art. 416 c.p. si richiamava comunque la necessità di rinvenire un contributo causale alla *societas*, la peculiarità del fenomeno mafioso imponeva di considerare il rito di affiliazione come sufficiente *ex se* a fondare il contributo causale. Il solo mettersi a disposizione dell'associazione, assumendo la qualifica di "uomo d'onore", contribuiva ad accrescere la forza di intimidazione della stessa[77].

Ancora una volta, alla condotta di partecipazione veniva affidato il ruolo di strumento repressivo del dilagante fenomeno mafioso, che permetteva di ricondurre condotte più disparate di sostegno all'associazione sotto la sfera applicativa della fattispecie incriminatrice di parte speciale. E tutto questo ha inevitabilmente distolto l'attenzione dalla figura del concorso criminoso, il quale ha finito in ultima analisi con l'essere relegato a un ruolo marginale nell'ambito delle politiche di criminalizzazione della giurisprudenza[78].

---

[77] Addirittura si arriva a sostenere che il solo mettersi a disposizione dell'associazione, indipendentemente dal ricorso o meno a forme rituali di affiliazione, configura una partecipazione effettiva, poiché in tal modo il soggetto accresce consapevolmente la potenziale capacità operativa e la temibilità dell'organizzazione delinquenziale. Cfr. in questo senso Cass. pen., Sez. I, 30 gennaio 1992, n. 6992, in *Cass. pen.*, 1993, 1680.

[78] Si discosta da questo orientamento la sentenza Altomonte, in cui la Corte di Cassazione afferma che ai fini della partecipazione punibile occorre non solo l'adesione formale, ma anche in contributo causale all'associazione mafiosa (Cass. pen., 23 novembre 1992, massimato in *Foro it. rep.*, 1993, c. 2197).

3.2. L'apporto della dottrina alla configurabilità del "concorso esterno" nei reati associativi.

Il richiamo alle teorie del Manzini offre uno spunto per soffermarsi sull'apporto della dottrina di quegli anni in ordine all'applicabilità delle norme sul concorso eventuale ai reati associativi, un apporto che serve anche a comprendere i motivi posti a fondamento delle teorie c.d. negazioniste della figura del "concorso esterno".

Mentre nelle pronunce della giurisprudenza era ancora vivo il dibattito concernente la configurabilità del concorso esterno, quello che più sorprende ma che allo stesso tempo dovrebbe costituire oggetto di maggior riflessione è che gli studiosi alle prese con i reati plurisoggettivi davano per certa l'applicabilità delle norme sul concorso di persone nel reato alle fattispecie associative [79]. L'attenzione era invece concentrata sulla punibilità a titolo di concorso del soggetto dichiarato esente da pena nel reato plurisoggettivo improprio per condotte diverse e ulteriori, e sull'estensione della disciplina di cui agli artt. 110 e ss. c.p. ai reati plurisoggettivi[80].

Le poche voci contrarie all'applicabilità dell'art. 110 c.p. in funzione incriminatrice a condotte diverse da quelle incriminate dalla fattispecie associativa, pur concordando sulla configurabilità del concorso morale nel reato associativo[81], facevano leva anzitutto sulla violazione del principio di legalità, derivante dalla commistione tra la vocazione estensiva della punibilità propria del concorso di persone nel reato e la strutturale indeterminatezza dei reati associativi. Il carattere già indeterminato dell'istituto del concorso di persone, se unito ai profili di indeterminatezza dei reati associativi, avrebbe finito con il

[79] Vedi *retro*, par. 1., nota 12.

[80] Vedi *retro*, par. 2.1., nota 16.

[81] Il concorso morale consiste nel determinare o comunque rafforzare la volontà altrui di partecipare a un'associazione per delinquere o di promuoverla o dirigerla od organizzarla. È ricorrente l'esempio della punibilità per concorso eventuale nel reato di cui all'art. 416*bis* c.p. del padre, ex capo mafia, che istiga il figlio a entrare nell'associazione criminosa. Per la giurisprudenza, vedi Cass. pen., Sez. I, 27 giugno 1994, Clementi, in *Foro it.*, 1994, II, cc. 560 e ss.

costituire un duttile strumento in mano ai giudici, liberi di fondare le proprie decisioni muovendosi al di là dei confini del diritto positivo[82].

È tuttavia evidente come tali obiezioni nascondano il timore che la questione del "concorso esterno" nel reato associativo sia guidata solamente da motivazioni di carattere politico, rischiando di relegare l'istituto a un'applicazione residuale in tutte quelle situazioni in cui sia difficoltoso raccogliere un materiale probatorio sufficiente a fondare una pronuncia di condanna a titolo di partecipazione nel reato associativo.

In quest'ottica è significativo che il legislatore stesso abbia dato rilevanza al fenomeno della contiguità in ben precise fattispecie, quali quelle previste dagli artt. 307, 418 e 272 c.p. oppure da talune disposizioni rinvenibili nel Testo unico sugli stupefacenti, con ciò mostrando la volontà di ritenerlo punibile solo in ben individuate ipotesi.

Piuttosto che soffermarsi su critiche di carattere generico, che potrebbero peraltro estendersi a diversi istituti del diritto penale, altri insistevano sulla superfluità del concorso nel reato associativo, con un orientamento peraltro ripreso dalle poche pronunce che escludevano la configurabilità del concorso nel reato associativo[83].

Argomentando dal reato di assistenza agli associati, che punisce solamente condotte di sostegno ai membri dell'associazione non guidate dalla volontà di partecipare alla *societas*, si sostiene che per rispondere del reato associativo requisito ineludibile sia l'*affectio societatis*. Non avrebbe alcun senso porsi il problema della configurabilità del concorso eventuale, poiché la condotta rileva direttamente quale partecipazione all'associazione, senza doversi ricorrere all'art. 110 c.p.[84].

In sostanza, dietro a simile punto di vista si nasconde l'idea che ogni contributo apportato all'associazione criminosa, se sorretto dalla consapevolezza

---

[82] G. INSOLERA, *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragion di Stato e gli inganni della dogmatica*, in *Foro it.,* 1995, II, 423; F. SIRACUSANO, *Il concorso esterno e le fattispecie associative*, in *Cass. pen.*, 1993, 1872.

[83] Tra le altre, vedi Cass. pen., Sez. I, 19 gennaio 1987, Cillari, in *Cass pen.*, 1989, 36.

[84] G. CONTENTO, *Il concorso di persone nei reati associativi e plurisoggettivi,* in *Scritti 1964-2000,* a cura di G. Spagnolo, Laterza, 2002, p. 109 e ss..

di favorirne la realizzazione degli scopi, si risolva in una vera a propria partecipazione punibile. La formale affiliazione finisce con il perdere ogni valenza discretiva nell'indagine volta ad applicare l'art. 110 c.p. al reato associativo, e l'istituto del "concorso esterno" viene privato di ogni margine applicativo: o si è in presenza di una condotta punibile direttamente in virtù della fattispecie incriminatrice, oppure il contributo che non sia causalmente orientato alle finalità dell'associazione perde ogni rilevanza penale[85].

Come hanno avuto poi modo di osservare le Sezioni Unite Carnevale[86], la tesi in questione presenta da un lato l'inconveniente di allargare eccessivamente il concetto di partecipazione all'associazione, giacché il ricorso al solo criterio causale, slegato dagli elementi della stabilità del contributo e della sua proiezione verso una durata indeterminata, porterebbe al risultato di incriminare a titolo di partecipazione nel reato associativo soggetti, quali il politico o l'imprenditore, che abbiano agevolato una sola volta l'associazione.

Dall'altro lato, risulta contraddittorio ammettere la configurabilità del concorso eventuale nelle forme dell'istigazione o determinazione, solo che si consideri come il concorso morale, in quanto contributo sorretto da un'idoneità causale al pari del concorso materiale, dovrebbe coerentemente a quanto sostenuto dai predetti autori configurare anch'esso una partecipazione punibile. Diversamente opinando, si finirebbe con il ritenere penalmente rilevante la mera adesione psicologica al sodalizio criminoso sganciata da qualunque altro dato obiettivo, scivolando verso un diritto penale non orientato più sul fatto, bensì sull'autore[87].

---

[85] L'unica rilevanza che si potrebbe attribuire al concorso esterno nel reato associativo potrebbe aversi laddove fosse configurabile una condotta agevolatrice scissa da un'effettiva contribuzione causale. Ma, come osserva A. MANNA, *L'ammissibilità di un c.d. concorso "esterno" nei reati associativi, tra esigenze di politica criminale e principio di legalità,* nota a Trib. Catania, 8 marzo 1994, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1994, II, 1187, allo stato attuale non sembra potersi ipotizzare la rilevanza di una condotta di agevolazione priva di efficienza causale.

[86] Cass. pen., Sez. Un., 30 ottobre 2002, n. 22327, Carnevale, in *Cass. pen.*, 2003, 948.

[87] Sulla c.d. causalità psichica è assunto ormai condiviso che il concorso morale presuppone un'effettiva influenza causale alla realizzazione dell'evento, nel senso che l'apporto deve aver prodotto un rafforzamento dell'attività criminosa dell'agente o di un aiuto all'attività di costui. Così M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, Artt. 85-149, 2ª ed., Giuffré, 1996, p. 160 e l'importante contributo di M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 175. Più nello specifico, vedi S. SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al*

Anche l'obiezione che infine sottolinea le gravi conseguenze derivanti dall'ammissibilità di un concorso eventuale nel reato associativo in termini di violazione del principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., con il rischio di applicare lo stesso trattamento sanzionatorio a fattispecie ontologicamente diverse[88], è di difficile accoglimento.

Basti a ciò ricordare come non solo al giudice sia rimesso il compito di graduare il trattamento sanzionatorio sulla specificità del caso concreto ai sensi dell'art. 133 c.p., ma il codice penale presenta anche una serie di disposizioni dettate in tema di concorso di persone nel reato con una funzione di disciplina, la prima delle quali introduce la circostanza attenuante della minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato[89]. Per questa via, si potrà differenziare la risposta punitiva tra chi abbia apportato un contributo solo temporaneo o occasionale all'associazione e chi, al contrario, sia perfettamente e stabilmente integrato nella struttura permanente del sodalizio.

3.3. Da una nozione allargata a una nozione di condotta associativa maggiormente rispettosa dei principi di determinatezza e offensività del reato.

Non sorprende, sulla base delle considerazioni precedenti, che l'istituto del "concorso esterno" nel reato associativo sia tornato al centro dei dibattiti in corrispondenza con il mutamento di prospettiva adottato dall'interpretazione ermeneutica, quando si è affacciata la consapevolezza dell'eccessivo allargamento delle maglie della nozione di associazione e, conseguentemente, della condotta partecipativa.

---

reato, in *Riv it. dir. proc. pen*., 1983, 1123. Per la giurisprudenza, vedi per tutti, Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2003, n. 45276, in *C.E.D. Cass.*, n. 226101.

[88] Anzi, potrebbe ipotizzarsi addirittura un trattamento più grave per il concorrente esterno, poiché l'aggravante del numero delle persone di cui all'art. 112, n. 1, c.p. risulterebbe applicabile solamente all'ipotesi di concorso di persone (A. MANNA, *L'ammissibilità di un c.d. concorso "esterno", cit.,* p. 1195).

[89] Art. 114, comma 1, c.p..

Il tentativo di ricondurre a una maggiore determinatezza i contorni dei reati associativi ha, infatti, permesso di allontanare gradualmente la stretta correlazione tra condotta associativa e condotta di sostegno esterna al sodalizio criminoso, per consentire un'autonoma ricostruzione dei requisiti strutturali dell'istituto del "concorso esterno".

Il primo passo in tale direzione è stato quello di fissare quale punto fermo l'insufficienza di una mera adesione psicologica al sodalizio criminoso per ritenere integrata la condotta di partecipazione. Altrimenti, il rischio sarebbe di incriminare un mero atteggiamento psicologico e sconfinare in una responsabilità per fatto altrui, con palese violazione dell'art. 27 Cost.[90].

Occorre un *quid pluris*, che si sostanzia nella realizzazione di attività materiali finalizzate alla sopravvivenza dell'associazione o al perseguimento dei suoi scopi, con aggressioni reiterate all'interesse giuridicamente tutelato e di durata potenzialmente indeterminata[91].

Emblematica del mutamento di prospettiva che ha investito la nozione di partecipazione è l'opera ricostruttiva seguita dalla Suprema Corte di Cassazione nella sentenza *Graci* del 1994[92], che non a caso ha preceduto di poco il primo e importante intervento delle Sezioni Unite sul concorso eventuale nei reati associativi.

La pronuncia in questione si segnala per l'apprezzabile tentativo della Corte di Cassazione di individuare con maggiore precisione la condotta del partecipe dell'associazione di tipo mafioso di cui all'art. 416*bis* c.p.. Far parte dell'associazione significa essere inseriti nell'apparato organizzativo della *societas sceleris* e assolvere a specifici e ben definiti compiti, assumendo obblighi di

---

[90] G. INSOLERA, *I delitti contro l'ordine pubblico*, cit., p. 207 e ss.. Vedi anche le osservazioni di G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. I, *cit.*, p. 37.

[91] In relazione alla fattispecie delineata dall'art. 416*bis* c.p. taluno ha osservato come all'elemento del contributo causale dovrebbe aggiungersi il compimento di atti intimidatori, poiché la fattispecie associativa richiede il requisito ulteriore del compimento di atti di intimidazione. Tale interpretazione condurrebbe però a risultati paradossali, giacché, ad esempio, il capo dell'associazione potrebbe considerarsi tale solo se compisse direttamente atti intimidatori, e lo stesso potrebbe valere anche per gli organizzatori. È quindi più corretto affermare che l'associazione è di stampo mafioso quando realizza atti di intimidazione per mano di persone che ne fanno parte, ma non necessariamente di tutti gli associati (A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo, cit.,* p. 144).

[92] Cass. pen., Sez. I, 1 settembre 1994, *Graci*, in *Cass. pen*., 1995, pp. 539 e ss.

soggezione gerarchica nonché il potere di impartire ordini[93]. Il fulcro della condotta partecipativa risiederebbe pertanto nell'organico inserimento all'interno della struttura organizzativa del sodalizio.

Simile impostazione è stata criticata da chi ha paventato il rischio che una ricostruzione eccessivamente "statica" della condotta associativa potesse sfociare in una sorta di diritto penale d'autore o di responsabilità da posizione. E il timore probabilmente aveva una sua ragione, come dimostrano quelle pronunce che, aggrappandosi a semplificazioni probatorie, fondavano la condanna di determinati soggetti sulla base della mera indicazione fornita da collaboratori di giustizia che indicavano in costoro persone a disposizione della cosca[94].

Ma una volta acquisita la consapevolezza dell'errore metodologico seguito da quelle condanne che davano tanta importanza alle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia, è più semplice poter affermare che il criterio dell'inserimento nella struttura organizzativa dell'associazione fornisca piuttosto un argine all'eccessiva dilatazione delle incriminazioni. Dall'unione del paradigma causale con il criterio organizzatorio si perviene a una soluzione rispettosa del principio di offensività del reato, quando si afferma che senza la prova di un concreto svolgimento di funzioni all'interno dell'associazione non vi dovrebbe essere una partecipazione punibile.

La Suprema Corte segna dunque una tappa fondamentale per i reati associativi, quando tenta di riportare la condotta di partecipazione nell'alveo del principio di legalità, attraverso un'opera di tassativizzazione degli elementi costitutivi del delitto di partecipazione mafiosa. Allo stesso tempo, pone le basi della successiva riflessione volta alla ricerca di un fondamento normativo per la punibilità delle condotte esterne di sostegno all'associazione criminosa.

---

[93] V. PATALANO, *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale,* Giappichelli, 2003, pp. 269 e ss.., evidenzia come la descrizione formulata dalla Corte di Cassazione nella pronuncia in commento sia ritagliata specificamente per il reato di associazione per delinquere di stampo mafioso. In relazione agli altri reati di natura associativa, che presentano profili strutturali diversi, è chiaramente da escludere che il partecipe debba aderire a regole di obbedienza gerarchica e possa avvalersi della forza intimidatrice del vincolo associativo.

[94] Caso emblematico della elusione di ogni criterio di razionalità nella valutazione della prova è il processo a carico del presentatore televisivo Enzo Tortora (vedi sul punto la ricostruzione di M.V. FOSCHINI – S. MONTONE, in *Il processo tortora,* in *Storia d'Italia. Annali 12 – La criminalità*, a cura di L. Violante, Einaudi, 1997, pp. 685 e ss.).

3.4. La svolta operata dalle Sezioni Unite Demitry e il definitivo ingresso nel sistema del concorso eventuale nel reato associativo.

Con la pronuncia del 15 ottobre 1994, nel pieno della battaglia giudiziaria contro le associazioni di stampo mafioso, le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione pervengono al primo esplicito riconoscimento della rilevanza penale del concorso eventuale di persone nel reato associativo previsto dall'art. 416*bis* c.p., dando così vita all'impianto teorico seguito dalle successive decisioni favorevoli alla configurabilità del concorso esterno[95].

Il caso oggetto di giudizio concerneva un'ordinanza dispositiva della custodia cautelare in carcere a fronte di un fatto di corruzione in atti giudiziari del quale si era reso responsabile Giuseppe Demitry al fine di condizionare un processo penale a carico di alcuni membri di un sodalizio criminoso. La Sezione rimettente rilevava sul punto l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale concernente la configurabilità del concorso eventuale nel reato di associazione per delinquere di stampo mafioso[96].

Secondo un primo orientamento[97], se non poteva escludersi in linea di principio la rilevanza del concorso dell'estraneo nelle figure plurisoggettive, lo stesso non valeva per il reato di cui all'art. 416*bis* c.p., poiché non poteva assumere rilevanza autonoma la condotta del soggetto che, pur non partecipando all'associazione, concorresse alla realizzazione del delitto in esame.

Si osservava che il concorrente eventuale, sotto il profilo oggettivo, doveva con la sua condotta contribuire a realizzare le attività rientranti nel programma criminoso dell'associazione, mentre sotto il profilo soggettivo doveva avere la consapevolezza di contribuire alla realizzazione degli scopi della

---

[95] Cass. Pen., Sez. Un., 5 ottobre 1994, Demitry, in *Foro it.,* 1995, 422.

[96] C. VISCONTI fa notare come il motivo di un così repentino contrasto tra decisioni sia dovuto anche alla circostanza che le pronunzie fossero state adottate in procedimenti *de libertate* susseguenti alle stragi mafiose del 1992, nel timore che la rapida emersione dell'utilizzo del concorso nel reato associativo con le sue scorciatoie probatorie potesse portare a un'incontrollabile estensione dell'ambito di applicabilità dell'art. 416*bis* c.p. (*Contiguità alla mafia, cit.,* p. 160).

[97] Vedi in particolare Cass. pen., Sez. I, 18 maggio 1994, nn. 2342 e 2348, Clementi, in *Foro it.*, 1994, II, 560.

societas sceleris. Elementi, questi, non dissimili rispetto a quelli caratterizzanti la partecipazione. Il peculiare dolo specifico richiesto dalla fattispecie del 416*bis* c.p. comportava necessariamente che o si partecipava a pieno titolo all'associazione, oppure si ponevano in essere singole attività di favoreggiamento o agevolazione, strutturalmente distinte rispetto al reato associativo.

D'altra parte, a sostegno della tesi in questione diverse pronunce della Cassazione sottolineavano come il legislatore avesse già provveduto a sanzionare le specifiche condotte di agevolazione con la previsione non solo del reato di assistenza agli associati, ma soprattutto tramite l'introduzione dell'aggravante per il delitto di favoreggiamento personale, di cui all'art. 372, comma 2, c.p., e dell'ulteriore circostanza aggravante *ex* art. 7 d.l. 13 maggio 1991, n. 152 per chi commetta delitti al fine di agevolare le attività delle associazioni per delinquere di stampo mafioso e di quelle a esse equiparate.

L'orientamento favorevole alla configurabilità del concorso eventuale nel reato associativo partiva invece da una semplice premessa, da una netta distinzione tra condotta di partecipazione e concorso eventuale: la prima, caratterizzata sul piano soggettivo dall'*affectio societatis*, e sul piano oggettivo dall'ingresso e dall'inserimento stabile all'interno dell'organizzazione; la seconda, connotata da apporti episodici, occasionali e non istituzionalizzati volti a rafforzare o mantenere in vita l'associazione criminosa con la consapevolezza e volontà di contribuire al perseguimento degli scopi criminosi della stessa.

Ed è proprio tale ultimo orientamento che viene accolto dalle Sezioni Unite, con le puntualizzazioni che seguono.

La condotta tipica delineata dall'art. 416*bis* c.p. presenta un grado di compenetrazione nell'associazione tale da ritenervi il soggetto stabilmente incardinato, con continui e specifici compiti volti al perseguimento dei fini prefissati dall'associazione. Il "concorrente esterno", al contrario, non fa parte e non vuole far parte della *societas*, ma fornisce un contributo atipico privo del carattere della stabilità e circoscritto nel tempo, idoneo a consentire ai membri del sodalizio criminoso di rimanere legati nel vincolo stabile descritto dall'art. 416*bis* c.p..

Il punto forse decisivo della pronuncia del 1994 concerne però la profonda critica avanzata contro tutte quelle sentenze che a più riprese hanno affermato che il "concorrente esterno" debba agire con il dolo specifico richiesto dalla struttura della fattispecie delineata dall'art. 416*bis*.

Gli orientamenti in tema di dolo specifico accolti dalla dottrina più recente[98] confermano come sia configurabile un concorso con dolo generico in un reato a dolo specifico, risultando a tal fine sufficiente che un altro concorrente abbia agito con la finalità specifica richiesta dalla legge.

Il concorrente eventuale non dovrà dunque avere la volontà di far parte dell'associazione e di realizzarne i fini, ma per la rilevanza penale della sua condotta si richiederà solamente la consapevolezza di concorrere con altri che facciano parte dell'associazione e agiscano con la volontà di perseguirne i fini. Il soggetto può dunque benissimo apportare il proprio contributo, e allo stesso tempo disinteressarsi della complessiva strategia criminosa dell'associazione.

Inoltre, le Sezioni Unite mettono in evidenza la contraddizione insita in quegli orientamenti che, pur escludendo la configurabilità del concorso eventuale nella forma del contributo materiale, ammettono il concorso morale nel reato associativo. La tesi, che come già visto non trova una solida base giustificativa, deriverebbe solamente dalla semplificazione probatoria che si avrebbe nel punire una forma di partecipazione morale sganciata da ogni efficacia causale rispetto al rafforzamento dell'associazione, e necessariamente esterna e atipica rispetto alla condotta tipica[99]. Diversamente accade per il concorso materiale, in cui la condotta dell'*extraneus* affianca maggiormente quella del partecipe, ed è a essa talmente vicina da indurre le Sezioni Unite ad affermare che l'agente segue « […] *una parte della strada che percorre il partecipe e, pertanto, può indurre a credere che, più che un concorrente, sia partecipe*».

Le difficoltà che derivano dal distinguere la condotta di partecipazione rispetto a quella del concorrente eventuale materiale non possono però costituire un valido motivo per escludere la rilevanza penale di quelle condotte che

[98] Per tutti vedi l'approfondita analisi di M. GALLO, *Diritto penale italiano,* Vol. II, *cit.,* pp. 138 e ss..

[99] Vedi *retro*, par. 3.2.

apportino un contributo materiale all'associazione criminosa, poiché il concorrente eventuale materiale e il partecipe sono figure ontologicamente diverse[100].

Per quanto concerne infine la clausola *« […] al di fuori dei casi di concorso nel reato o di favoreggiamento*» di cui all'art. 418 c.p., che punisce il delitto di assistenza agli associati, la stessa Relazione ministeriale sul Progetto al codice penale si preoccupa di chiarire come questa non si riferisca ai casi di concorso necessario nel reato, bensì ammetta esplicitamente, attraverso l'utilizzo di una clausola di sussidiarietà, la configurabilità di un concorso eventuale nel reato associativo[101].

Sulla base delle considerazioni svolte le Sezioni Unite concludono che, una volta ammessa la rilevanza penale del concorso eventuale nel reato di associazione di stampo mafioso, si rende necessario delinearne i contorni e limiti applicativi rispetto alla condotta di partecipazione. Ed è qui che la Suprema Corte apporta una novità, destinata a essere superata nel successivo svolgimento giurisprudenziale sulla materia, quando pone l'accento sulla necessità di individuare il ruolo assegnato al soggetto all'interno dell'associazione.

Se questi agisce nella normale fisiologia della vita corrente dell'associazione, assolvendo periodicamente a determinati compiti con la volontà di far parte dell'associazione, dovrà considerarsi partecipe. Se invece l'associazione si rivolge al soggetto per colmare vuoti temporanei di organizzazione, in un momento in cui l'associazione entra in fibrillazione, tale da richiedere un apporto esterno al fine di superare una fase patologica, quel contributo limitato e temporaneo del soggetto esterno sarà rilevante *ex* artt. 110 e 416*bis* c.p..

Ne deriva pertanto che lo spazio ricoperto dal concorrente eventuale sarà quello dell'emergenza nella vita associativa, che sia tale da obbligare la *societas* ad affacciarsi all'esterno per la ricerca di un contributo che può essere anche

[100] Si fa l'esempio del contributo morale del padre che istighi il figlio a far parte dell'associazione, e che costituisce senza dubbio una condotta del tutto esterna rispetto all'associazione, e dunque atipica e tenuta con lo stesso dolo che ha il partecipe, ossia colui che realizza la condotta tipica perché fa parte dell'associazione.

[101] *Relazione ministeriale al progetto definitivo di codice penale*, in *Lavori preparatori*, Vol. V, p. 102.

episodico, ma che sia in grado di permettere all'associazione di superare il periodo temporaneo di crisi.

3.5. Le Sezioni Unite Carnevale e il superamento dello stato di fibrillazione quale momento decisivo per l'apporto del contributo esterno.

La pronuncia Demitry, ponendosi quale prima e chiara enunciazione della configurabilità del "concorso esterno", ha segnato il punto di partenza per la successiva evoluzione giurisprudenziale che nel corso degli anni è andata specificando i requisiti strutturali della figura in questione.

Seppure accolta con favore da più parti, la sentenza ha comunque suscitato diverse critiche della dottrina, la maggior parte delle quali rivolte, oltre ai profili di indeterminatezza sottesi alla figura del "concorso esterno", alle conclusioni cui è pervenuta la Corte nell'individuare nella fase di fibrillazione dell'associazione il momento decisivo per la rilevanza del contributo dell'*extraneus*[102]. E le obiezioni non erano prive di fondamento, essendo facile osservare come nella realtà dei fatti l'associazione criminosa ricorra al contributo di soggetti esterni non tanto in momenti di patologia della vita associativa, quanto piuttosto nei momenti di rafforzamento, in cui la forza della *societas sceleris* aumenta a tal punto da poter estendere le sue radici all'intera società esterna.

[102] Secondo V. MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra crisi del principio di legalità e diritto penale del fatto,* in *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale, cit.,* pp. 63-65, le Sezioni Unite, nel considerare lo stato di fibrillazione della *societas sceleris* quale momento decisivo per l'intervento del contributo esterno, non si limitano a riaffermare la generale costruzione causale del concorso, ma si distaccano totalmente dalla struttura tipica descritta dall'art. 416*bis* c.p.. La pronuncia finisce con il costituire un'altra ipotesi in cui il giudice non segue un'interpretazione avente a oggetto direttamente il dato normativo, ma « […] costruisce una fattispecie secondo il punto di vista di un legislatore (tendenzialmente o approssimativamente) ragionevole ».

Gli interrogativi lasciati aperti dalle Sezioni Unite del 1994 hanno dunque reso necessario un nuovo intervento della Corte di legittimità[103], avvenuto con la c.d. sentenza Carnevale.

L'imputato era stato condannato in appello per concorso eventuale nel reato di associazione per delinquere di tipo mafioso, per avere influito su diversi processi a carico di esponenti di vertice dell'associazione Cosa Nostra nell'esercizio delle sue funzioni di presidente della prima Sezione penale della Corte di Cassazione. La Suprema Corte conferma la condanna, ribadendo i principi espressi nel 1994, ossia che risponde di "concorso esterno" la persona che, priva dell'*affectio societatis* e non inserita stabilmente nella struttura organizzativa dell'associazione, fornisce un concreto specifico e volontario contributo all'associazione. Non si può non dare rilevanza penale a contributi significativi resi all'associazione da parte di chi di essa non faccia parte, così come non contrasta con la natura permanente del reato associativo una volontà criminosa che si esaurisce nel momento della sua espressione. Del resto, non costituisce neanche una mera invenzione dogmatica immaginare che un soggetto, anche se consapevole di agevolare l'associazione, possa disinteressarsi della strategia complessiva di questa.

L'elemento che però è messo maggiormente in rilievo, e che costituirà la base per le successive riflessioni in materia, è l'esigenza di riportare l'attenzione sui principi cardine di tassatività e determinatezza della fattispecie, i quali risultano rispettati solo qualora si fornisca la prova di un'effettiva rilevanza causale del contributo ai fini della conservazione o del rafforzamento dell'associazione. La sola "contiguità compiacente" o "vicinanza" al sodalizio non è punibile finché non si traduca in attività idonee a produrre un oggettivo apporto all'associazione, con specifici ed effettivi interventi a favore dell'associazione.

La pronuncia in questione, tuttavia, introduce una distinzione di dubbia validità dogmatica. Si afferma, infatti, che la rigorosa logica causale condizionalistica varrebbe solamente per gli apporti esterni episodici, i quali, per essere penalmente rilevanti, dovrebbero produrre un evento di positiva portata

[103] Cass. pen., Sez. Un., 30 ottobre 2002, n. 22327, Carnevale, in *Cass. pen.*, 2003, 948.

per il sodalizio criminoso. Al contrario, in presenza di contributi continuativi, la necessità di simile accertamento verrebbe meno, essendo sufficiente che il soggetto abbia operato attivamente a favore dell'associazione, senza che il suo intervento si sia tradotto in risultati vantaggiosi per l'associazione.

A questa ricostruzione, dettata con ogni probabilità dalla specificità del caso portato innanzi alle Sezioni Unite, è facile obiettare, per un verso, che un apporto continuativo così ricostruito dovrebbe integrare piuttosto una forma di tentativo di partecipazione, dichiarato non punibile dall'art. 115, comma 3, c.p., giustificando solamente l'applicazione di una misura di sicurezza. Per altro verso, il diverso regime giuridico finirebbe col dipendere da circostanze esterne e casuali, ossia dal livello di acquisizione del materiale probatorio.

Viene infine in rilievo, a completamento della struttura del concorso esterno, l'elemento dello stato di fibrillazione richiamato dalla sentenza Demitry e ritenuto momento decisivo per la rilevanza del contributo del soggetto esterno all'associazione criminosa. Una conclusione, questa, che, seppure facilita il regime dell'accertamento probatorio, non tiene conto di un dato fondamentale, ossia che i contributi dei soggetti estranei all'associazione aumentano con il suo espandersi, sicché più forte risulta la tenuta dell'associazione e più facile sarà avvalersi di contributi di soggetti estranei[104].

Le Sezioni Unite Carnevale notano al riguardo che l'accenno allo stato di fibrillazione sia stato sviluppato in poche righe e sia privo di una sufficiente motivazione, il che dimostrerebbe come il richiamo ai momenti di crisi della vita associativa avesse nella visione della Corte una funzione meramente esemplificativa. Il concorso eventuale si configura anche a prescindere dal verificarsi di una situazione di anormalità all'interno della *societas sceleris*, e ciò che conta è la significativa rilevanza dell'apporto esterno alla conservazione o al rafforzamento dell'associazione.

---

[104] Secondo V. MAIELLO la pronuncia *Demitry* rappresenterebbe una sorta di decisione para – legislativa, come mezzo di negoziazione di esigenze antagoniste di tutela: « […] Non è azzardato, allora, ipotizzare che il ricorso all'elemento dello stato di fibrillazione abbia assecondato un ruolo volutamente delimitativo della fattispecie, sia per agevolarne la metabolizzazione nel circuito del consenso sociale, sia per rendere praticabile la verifica probatoria della causalità del fatto concorsuale » (*Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge,* in *Scenari di mafia, cit.,* p. 165).

3.5. L'arresto finale delle Sezioni Unite Mannino.

La giurisprudenza successiva alla pronuncia delle Sezioni Unite del 2002 ha dunque abbandonato il concetto di fibrillazione dell'associazione, per tornare al criterio della sufficienza causale del contributo a determinare la conservazione o il rafforzamento della *societas sceleris*. Si è così riproposto in relazione al concorso eventuale nel reato associativo quel problema che ha tanto tormentato la disciplina del concorso di persone nel reato, attinente all'individuazione del nesso di causalità penalmente rilevante.

L'accoglimento della teoria della causalità agevolatrice ha condotto, del resto, a soluzioni a dir poco contrastanti con i principi di legalità e offensività del reato, nel momento in cui si è assistito a pronunce che pervenivano alla condanna di contributi esterni che solo in una prospettiva *ex ante* si erano rivelati idonei a rafforzare l'associazione criminosa. La ragione di simili orientamenti poteva rinvenirsi nelle difficoltà probatorie particolarmente avvertite nella ricostruzione del nesso causale.

In un contesto siffatto, si è reso necessario l'intervento delle Sezioni Unite del 2005, che hanno avuto il preciso scopo, nonché il merito di ricondurre il contributo punibile a titolo di concorso eventuale entro parametri di conformità ai principi costituzionali, rimarcando l'esigenza di procedere a uno stretto accertamento causale condotto *ex post* e in concreto del contributo agevolatore[105].

Calogero Mannino veniva condannato in appello per concorso eventuale nell'associazione mafiosa Cosa Nostra, per avere, nella sua qualità di esponente politico di rilievo, contribuito sistematicamente e consapevolmente alle attività dell'ente criminale, strumentalizzando la propria attività politica al fine di agevolare l'attribuzione di appalti, concessioni, finanziamenti e altre attività a favore di alcuni suoi membri.

La questione che le Sezioni Unite si sono trovate ad affrontare rispecchiava il caso emblematico e di assai diffusa verificazione del politico che stringe accordi elettorali con la mafia, e che proprio per la sua rilevanza ha trovato infine una precisa risposta sanzionatoria nella fattispecie *ad hoc* dello

[105] Cass. pen., Sez. Un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 585.

scambio elettorale politico mafioso di cui all'art. 416*ter* c.p., introdotta in un periodo storico in cui episodi di collusione tra politica e mafia costituivano ormai una costante della vita del paese[106].

Perché il contributo possa considerarsi penalmente rilevante, non basta una mera "disponibilità" o "vicinanza" alla cosca mafiosa, né che gli impegni assunti dal politico abbiano il carattere della serietà o concretezza, ma è necessario che il contributo si sia tradotto in un aiuto fornito all'associazione, di tal peso da averne effettivamente rafforzato le basi e il funzionamento all'esito di una verifica causale condotta *ex post*. Quel contributo che, in una prospettiva *ex ante*, appare idoneo ad aumentare la probabilità o il rischio della realizzazione del reato, può, in un momento successivo, rivelarsi ininfluente, se non persino controproducente. Al contrario, grazie all'impegno del politico, l'associazione deve poter modificare i propri assetti strutturali in termini di predisposizione e allocazione di risorse umane, materiali e finanziarie, così potenziando la sua efficienza operativa.

Quando non si riesca a raccogliere un materiale probatorio in grado di confermare l'effettivo contributo causale del concorrente esterno al consolidamento o rafforzamento, non sarà consentito, come specificano le Sezioni Unite, avvalersi della causalità psichica per affermare che il solo sostegno del politico abbia aumentato il prestigio dell'associazione e ne abbia in tal modo facilitato il rafforzamento. È comunque richiesta una rigorosa verifica dell'efficacia causale della condotta sul potenziamento della capacità operative dell'organizzazione, da condursi in una prospettiva *ex post* avvalendosi di ragionevoli massime di esperienza. Seppure quelle relazioni di vicinanza e disponibilità rispetto alla cosca mafiosa possono considerarsi riprovevoli da un punto di vista etico o sociale, non bisogna abbandonare i principi cardine del diritto penale che richiedono l'accertamento di un nesso causale penalmente rilevante.

La novità delle Sezioni Unite Mannino sta pertanto nell'aver riportato l'attenzione sulla necessità di un rigoroso accertamento probatorio quando si tratti di punire condotte esterne rispetto al sodalizio criminoso, a fronte di una

[106] Vedi *infra*, par. 4.

giurisprudenza che si limitava, per le evidenti difficoltà probatorie particolarmente sentite nella materia in questione, a richiedere un'idoneità *ex ante* della condotta al rafforzamento della *societas sceleris*.

Per quanto concerne poi l'elemento soggettivo del reato, è interessante notare come la sentenza, che si sofferma in poche righe sulla questione del dolo dell'*extraneus*, faccia un accenno alla questione della configurabilità del dolo eventuale, ripresa dall'elaborazione successiva. E nella specie censura la scelta di punire quelle condotte in cui il concorrente esterno accetta il rischio del verificarsi dell'evento, sottolineando l'esigenza che l'evento di consolidamento e rafforzamento dell'associazione sia accettato e perseguito dall'agente, a prescindere dagli scopi ulteriori avuti di mira.

Queste affermazioni devono tuttavia far riflettere, poiché se ci si basa sui principi ormai generalmente accolti intorno alla struttura del dolo di partecipazione nella disciplina del concorso di persone nel reato, non sussiste alcun fondamento normativo o dogmatico che porti a escludere la rilevanza della forma d'intensità "più lieve" del dolo[107].

Non è quindi azzardato ritenere che le statuizioni della Corte siano nuovamente dettate da esigenze politico criminali, e con esse dal timore di allargare eccessivamente i confini ricoperti dall'istituto del concorso nel reato associativo.

4. Lo scambio elettorale politico – mafioso.

Sulla tematica del concorso eventuale nei reati associativi influisce la fattispecie di scambio elettorale politico - mafioso, reato inserito nel nostro ordinamento in anni in cui si sentiva particolarmente il peso dei legami tra politica e mafia, e che trova indubbiamente una ragione nel rigore applicativo che il "concorso esterno" nel reato associativo richiede[108].

[107] Vedi *infra*, Cap. III, par. 2.

[108] La nuova fattispecie venne inserita dal D.L. n. 106 del 1992, in seguito alle stragi di via Capaci e via D'Amelio, contestualmente alla modifica dell'art. 416*bis*, comma 3, c.p., nell'ambito di una legislazione d'emergenza frutto di un equilibrio volto a regolare i rapporti tra

La peculiarità di questa fattispecie consiste nell'esonerare dal rigoroso accertamento causale del concorso eventuale la punibilità di quelle condotte, connesse al c.d. mafia politica, di scambio voti – denaro, e oggi, in seguito alla riforma operata dalla legge 17 aprile 2014, n. 62, anche di voti – favori[109].

Si è preso atto delle difficoltà probatorie che derivano dalla valutazione di effettiva utilità della condotta per il rafforzamento del sodalizio criminoso, con una precisa scelta legislativa nella formulazione di un reato di mera condotta, che facilita enormemente il lavoro dell'interprete.

La fattispecie in esame ha cionondimeno sollevato una serie di rilievi critici che hanno infine condotto, recentemente, alla sua riforma. L'obiezione principale che veniva mossa era di non aver saputo intervenire su ciò che invece avviene più spesso nella realtà criminologica, ossia il supporto dei sodalizi criminosi tramite la concessione di favori, diversi dall'elargizione di denaro, come l'emanazione di provvedimenti amministrativi quali, in via esemplificativa, concessioni, licenze, o aggiudicazione di appalti[110].

---

mafia e politica. G. DE FRANCESCO scrive che il legislatore ha inserito l'art. 416*ter* per dare rilievo allo scambio elettorale politico – mafioso, anche indipendentemente dalla sua rilevanza sotto il profilo del concorso eventuale nel reato associativo (*Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1994, 1265).

[109] Per la configurabilità del reato di cui all'art. 416*ter* c.p. non basta l'elargizione di denaro in cambio dell'appoggio elettorale a un soggetto partecipe di un'associazione di tipo mafioso, ma occorre anche che quest'ultimo faccia ricorso all'intimidazione ovvero alla prevaricazione mafiosa, con le modalità precisate dal terzo comma dell'art. 416*bis* c.p., per impedire ovvero ostacolare il libero esercizio del voto e per falsare il risultato elettorale. Elementi, questi, che sono essenziali per la distinzione rispetto ai pur simili reati elettorali di cui agli artt. 96 e 97 del Testo unico delle leggi elettorali, che parimenti sanzionano penalmente condotte di minaccia ovvero di promessa o di somministrazione di danaro o di altre utilità finalizzate ad influenzare il libero convincimento del cittadino elettore.

[110] Gli altri profili problematici riguardavano prima di tutto il momento consumativo della fattispecie, che veniva individuato nell'erogazione del denaro, sicché la mera promessa di denaro, ipotesi di più frequente verificazione, esulava dall'ambito di applicazione dell'art. 416*ter.* Inoltre, trattandosi di un reato plurisoggettivo improprio, doveva escludersi la punibilità del soggetto autore della promessa di voti che non facesse parte dell'associazione, poiché l'applicazione della disciplina del concorso di persone strideva in questo caso con la scelta di tipizzazione effettuata dal legislatore. Per un'attenta riflessione sulla fattispecie di cui all'art. 416*ter* c.p. nella versione antecedente alla riforma del 2014, vedi C. VISCONTI, *Patto politico-mafioso e i problematici confini del concorso esterno*, in *Foro it.*, 1997, II, 441; G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 11ter d.l. 8 giugno 1992, n. 306*, in *Legisl. pen.*, 1993, 122; C. GROSSO, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa: una configurazione possibile*, in *Foro it.*, 1996, V, 121; G. FIANDACA, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una espansione incontrollata del concorso criminoso*, in *Foro it.*, 1996, V, 121; A. ALBAMONTE, *Le modifiche apportate all'art. 416bis c.p. e la mafia politica*, in *Cass. pen.*, 1992, 3165.

In passato, a fronte di chi riteneva che l'espressa tipizzazione della sola condotta di scambio voti – denaro fosse un sintomo della volontà di esonerare dalla punibilità le diverse condotte di scambio voti – favori, si era sviluppato un orientamento che, con un'interpretazione analogica chiaramente *in malam partem*, riteneva di poter ricomprendere nella nozione di denaro anche le altre utilità suscettibili di immediata trasformazione in denaro[111].

Il tema è pervenuto, infine, al vaglio delle Sezioni Unite Mannino, le quali hanno avuto modo di specificare che la scelta legislativa deriva dalla particolare difficoltà dell'accertamento causale del patto elettorale avente a oggetto l'erogazione del denaro, specialmente se volto a favorire organizzazioni di grandi dimensioni e dotate di risorse economiche particolarmente elevate. La presenza dell'art. 416*ter* c.p. non interferiva quindi sull'astratta configurabilità del concorso eventuale per l'ipotesi dell'accordo politico mafioso avente a oggetto lo scambio di voti – favori, la cui punibilità richiedeva, però, il maggior rigore probatorio dell'efficacia causale del contributo atipico del "concorrente esterno".

Ed è proprio la consapevolezza del rigido e complesso accertamento probatorio richiesto per la sussistenza di un concorso eventuale nel reato associativo ad aver accompagnato il d.l. del 2014 e la modifica dell'art. 416*ter* c.p., nel senso di punire espressamente le condotte di scambio voti – favori, sì da renderlo applicabile a qualunque bene o prestazione che rappresenti un

[111] Alcune pronunce hanno affermato che l'art. 416*ter* fosse applicabile anche nei casi in cui la prestazione del politico avesse per oggetto non il denaro, ma anche qualsiasi bene che rappresentasse un valore di scambio in termini di immediata commisurazione economica, restando invece escluse altre utilità che fossero economicamente valutabili solamente in via mediata. Si riteneva infatti che una riduzione del campo applicativo della fattispecie alle sole ipotesi di *datio* di una somma di denaro avrebbe comportato una sostanziale sterilizzazione del precetto. In questo senso, vedi: Cass. pen., 11 aprile 2012, n 20924, in *C.E.D. Cass.*, n. 252788, che ha ritenuto configurabile la responsabilità ai sensi dell'art. 416*ter* di un sindaco di un paese campano per aver evitato indebitamente al capo della cosca il pagamento di un canone altrimenti dovuto per l'occupazione di un immobile municipale; Cass. pen., Sez. I, 2 marzo 2012, n. 4901, in *Arch. pen.*, 2012, n. 3, in cui la Corte ha ritenuto configurabile l'art. 416ter c.p. in presenza di una controprestazione del politico sostanziatasi nella promessa a un gruppo camorristico di future assunzioni in un centro commerciale in cambio del sostegno elettorale al candidato sindaco di una cittadina del casertano; Corte di Appello di Palermo, 9 gennaio 2013, n. 55, in www.penalecontemporaneo.it, dove si è individuata la controprestazione del politico nell'aver agevolato, tramite pressioni, la stipula di una transazione a condizioni indebitamente vantaggiose tra una azienda di interesse mafioso e la banca creditrice.

vantaggio per il promittente, senza dover sottostare ai complessi criteri strutturali del concorso eventuale[112].

Ancora una volta, dunque, un segno delle difficoltà che l'interprete incontra nel delimitare la soglia di rilevanza penale, ma anche il segno di una politica criminale che ritiene di poter combattere il fenomeno mafioso aggrappandosi al solo strumento della sanzione penale.

[112] Se la più importante novità della riforma consiste nell'aver esteso l'ambito di applicazione dell'art. 416*ter* allo scambio voti – favori, ciò non toglie che le altre modifiche assumano una peculiare rilevanza. In particolare, non solo oggi il comma 2 prevede espressamente la punibilità dell'autore della promessa di voti, ma per la consumazione del reato non serve più l'erogazione di denaro o altra utilità, e ci si accontenta della semplice promessa. Come se non bastasse, il nuovo art. 416*ter* c.p. dispone una pena diversa e inferiore rispetto all'art. 416*bis* c.p., di modo che un attento accertamento probatorio può comunque portare a fondare la responsabilità del politico per concorso esterno nel reato associativo.

CAPITOLO II

LA REAZIONE DELLA GIURISPRUDENZA ALLA PRONUNCIA MANNINO. PROFILI DI CRITICITÀ E RICOSTRUZIONE DEL SISTEMA NEL RISPETTO DEI PRINCIPI CARDINE DEL DIRITTO PENALE

SOMMARIO: 1. Una premessa sul concorso eventuale nel reato associativo. – 2. La c.d. "contiguità imprenditoriale". – 2.1. La condotta dell'imprenditore tra "contiguità compiacente" e "contiguità soggiacente". – 2.2. Il contributo dell'imprenditore valutato alla luce dei canoni enunciati dalle Sezioni Unite Mannino. – 3. Il c.d. "aggiustamento" dei processi di mafia. La sentenza Prinzivalli. – 4. Il patto elettorale politico-mafioso. – 4.1. Le sentenze Tursi Prato e Patriarca. – 4.2. I rapporti tra concorso eventuale nell'associazione di tipo mafioso e l'art. 416*ter* c.p.. – 5. Altre pronunce sulle condotte dei professionisti appartenenti alla c.d. borghesia mafiosa. – 5.1. Un'interessante pronuncia della Cassazione (n. 18797/2012) sul ruolo del professionista che entra in contatto con le associazioni di tipo mafioso. – 5.2. La condotta dell'avvocato.

1. Una premessa sul concorso eventuale nel reato associativo.

« […] Come nelle società di persone e di capitali previste dal diritto civile è netta la distinzione tra soci e collaboratori esterni alla società, così nel diritto penale non si può disconoscere la profonda differenza tra la posizione di chi fa parte dell'associazione criminale (specie se l'associazione stessa ha riti di iniziazione) e la posizione di chi viene assunto per svolgere, dietro compenso o anche gratuitamente, qualche attività di appoggio »[113].

Analogamente a quanto avviene nella realtà fenomenologica, che consente di distinguere tra condotte di sostegno esterno e condotte di partecipazione all'organizzazione criminale, dal punto di vista prettamente giuridico è consentito affermare che il "concorso esterno" nel reato associativo

[113] A. PAGLIARO, *Il reato*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, 2007, p. 397.

trovi cittadinanza nel nostro ordinamento grazie all'innesto delle norme che disciplinano il concorso eventuale di persone nel reato sulle singole fattispecie incriminatrici di parte speciale.

L'art. 110 c.p. svolge anche in questo caso la sua ordinaria funzione estensiva dell'intero ordinamento, nell'attribuire rilevanza penale a condotte che sarebbero atipiche alla stregua della fattispecie incriminatrice così come tipizzata dal legislatore, e che ricevono una nuova tipicità dal legame causale che le lega alla produzione di un'offesa ingiusta [114]. Punire condotte di sostegno all'associazione criminosa significa estendere l'area del penalmente rilevante a condotte apparentemente lecite, ma che a prescindere dalla commissione di reati-scopo o di reati comunque strumentali all'esistenza dell'associazione, apportano un contributo all'associazione stessa.

La nozione di "concorso esterno" sembra tuttavia evocare un istituto che si distacca dal modello generale del concorso di persone nel reato per ricevere un'autonoma disciplina, dando luogo a fraintendimenti che rischierebbero di relegarlo a ipotesi marginali, se non in ambiti dai confini incerti [115]. Nella copiosa elaborazione dogmatica che ha affrontato il tema del concorso nel reato associativo è del resto sempre emerso qualche elemento differenziale rispetto al modello generale del concorso di persone nel reato.

Vi è di più. Quella sorta di "etichetta" con la quale si suole descrivere un normale fenomeno di concorso di persone nel reato implica logicamente l'esistenza di un corrispondente "concorso interno". Ma il concorrente interno chi altri è, se non l'autore, o meglio, il coautore che realizza la condotta tipica

---

[114] In questo senso, M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato, cit.*, pp. 19 e ss. e R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Giappichelli, 1956, pp. 78 e ss.. Per la manualistica, vedi G. BETTIOL, *Diritto penale, Parte generale*, Cedam, 1982, pp. 573 e ss..

[115] Per la critica e i profili problematici che derivano dall'utilizzo della nozione di "concorso esterno", vedi le significative parole di M. GALLO, *Una rosa è una rosa è una rosa è una rosa,* in *Critica del diritto,* 2002, pp. 20 e ss.: « Raccontano i cinesi che al Saggio fu chiesto che cosa avrebbe fatto per prima cosa se il Principe lo avesse nominato suo primo Ministro. La risposta fu: "Metterei i nomi giusti alle cose". Di questo parere evidentemente fu poi, centinaia di anni dopo, fra gli altri, la Signora americana che scoprì a Parigi Picasso. Diversamente la pensava Mastro Gugliemo: "That what we call a rose, by any other name would smell as sweet". […] Ecco allora il vantaggio dell'utilizzo della terminologia tradizionale: l'uso di concetti e principi che hanno una altissima stratificazione giurisprudenziale e dottrinale. Si evita il rischio di sbandamenti che sconfinino il concorso a ipotesi marginali o, per contro, lo concepiscono in maniera così indecisa e romanticamente nebulosa da renderne oscillanti e, comunque, incerti i confini ».

descritta dalla fattispecie incriminatrice?

Frutto di clamorosi equivoci è anche quella nozione tanto sfuggente quanto inefficace di rapporto di "contiguità" richiamata per incriminare supposte condotte di sostegno all'associazione, e che ugualmente rischia di distogliere l'attenzione da quanto espressamente prevede il sistema positivo[116].

Specie nei rapporti con le associazioni di stampo mafioso, ogni soggetto della politica, dell'amministrazione, dell'imprenditoria, delle professioni, della magistratura, del mondo finanziario, o che comunque venga a contatto con l'associazione criminosa, rischierebbe di rispondere del reato associativo per mano di uno strumento estremamente duttile, il cui utilizzo verrebbe totalmente rimesso a una scelta personale del giudice. La condotta di sostegno all'associazione, per essere penalmente rilevante, richiede un qualcosa di ulteriore, richiede l'attitudine a fornire un contributo causale all'offesa ingiusta.

Come ha avuto modo di ribadire recentemente la Corte Costituzionale, il "concorso esterno" nel delitto associativo di cui all'art. 416*bis* c.p. non costituisce una figura di creazione giurisprudenziale, ma rappresenta il frutto di una "normale" combinazione tra la fattispecie incriminatrice di parte speciale e l'articolo 110 c.p.[117]. Meglio, allora, tornare a parlare di concorso eventuale nel reato associativo[118].

---

[116] La figura del "concorso esterno" è stata definita anche quale "mezza-mafia", per indicare un professionista, o addirittura un appartenente alle istituzioni, che non possa considerarsi ontologicamente un mafioso, ma un mezzo mafioso: che ha un qualcosa di mafia, non così tanto tuttavia da volerlo considerare inserito nella compagine criminosa mafiosa.

[117] Corte Costituzionale, 26 marzo 2015, n. 48, in www.cortecostituzionale.it. L'interesse della pronuncia in questione deriva dal fatto che la stessa insiste sulla distinzione tra concorrente esterno e partecipe dell'associazione di stampo mafioso anche sotto il profilo delle conseguenze sanzionatorie, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo periodo, c.p.p., nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 416*bis* c.p., è applicata custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, rispetto al concorrente esterno nel suddetto delitto, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure. È lo stabile inserimento in un'organizzazione criminale con caratteristiche di spiccata pericolosità a rendere costituzionalmente compatibile la presunzione assoluta. Mentre le esigenze cautelari derivanti dal delitto associazione di stampo mafioso non possono venire adeguatamente fronteggiate se non con la misura carceraria, per il concorrente esterno non è dunque dato ravvisare quel vincolo di adesione permanente al gruppo criminale che giustifica il ricorso in via esclusiva alla misura carceraria.

[118] Come sottolinea A. CAVALIERE, *Associazione per delinquere, cit.*, pp. 491-492, è ugualmente fuorviante l'espressione "reato di concorso esterno", semplicemente perché non

Per quanto attiene alla fattispecie oggettiva del reato, il concorrente eventuale è colui che, pur non stabilmente inserito all'interno della struttura organizzativa dell'associazione criminosa, fornisce un contributo specifico, consapevole e volontario, di carattere episodico o continuativo, causalmente efficiente alla conservazione o al rafforzamento della *societas sceleris*[119].

L'indagine volta a rinvenire il nesso causale, e in questo sta l'apporto di indubbio rilievo fornito dalle Sezioni Unite Mannino[120], deve essere condotta seguendo un criterio di accertamento *ex post*, in esito al quale sia dimostrata alla stregua dei canoni di certezza processuale l'elevata credibilità razionale dell'ipotesi formulata in ordine alla reale efficacia condizionante della condotta atipica del concorrente. Si perverrebbe altrimenti a un'eccessiva estensione della soglia del penalmente rilevante con riferimento a tutte quelle condotte che, solo in una prospettiva rapportata al momento dell'*agere*, si rivelino idonee al consolidamento dell'associazione.

Sotto il profilo dell'elemento psicologico, il dolo dell'agente deve investire sia il fatto tipico oggetto della previsione incriminatrice sia il contributo causale recato dalla condotta alla conservazione o al rafforzamento dell'associazione. In ordine al dolo specifico, è invece sufficiente che il concorrente abbia la

---

esiste tale reato, e non si punisce il concorso in sé, bensì sempre e soltanto il concorso alla commissione di un fatto descritto da una fattispecie incriminatrice di parte speciale. Di conseguenza, l'esame dei problemi del concorso eventuale non va affrontato in modo indifferenziato, ma sulla base di un preliminare chiarimento circa la struttura del fatto al quale si concorre.

[119] Così Cass. pen., Sez. Un., 12 luglio 2005, n. 33748, Mannino, *cit.*, secondo cui assume la veste di concorrente "esterno" il soggetto che, non inserito stabilmente nella struttura organizzativa dell'associazione mafiosa e privo dell'*affectio societatis,* fornisce tuttavia un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo, sempre che abbia un'effettiva rilevanza causale ai fini della conservazione o del rafforzamento delle capacità operative dell'associazione, o per quelle operanti su larga scala di un particolare settore e ramo di attività o articolazione territoriale, e sia comunque diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso.

[120] La ricostruzione operata dalle Sezioni Unite Mannino sul paradigma del "concorso esterno" è stata salutata con favore da gran parte della dottrina. Un Autore giunge a parlare di « profili virtuosi » di questo statuto, che « rinviano all'equilibrio e alla ragionevolezza delle operazioni di bilanciamento tra funzioni di *Magna Charta* ed istanze di efficienza repressiva, ivi compiute per dare identità a un istituto sfornito di cittadinanza nel catalogo delle incriminazioni legali. […] sono dell'opinione che la "narrazione" del concorso esterno delcinata dalle Sezioni Unite rappresenti un patrimonio che il *law enforcement* abbia il compito di salvaguardare, ribandendone la "vocazione" di razionalità ed i vincoli conformativi in rapporto alla sfaccettata gamma di regiudicande che vengono scrutinate dalle nostre Corti. » (V. MAIELLO, *Sul preteso carattere permanente del concorso esterno*, in *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale, cit.*, pp. 167 e ss.).

consapevolezza del fine perseguito dagli autori del reato associativo, non richiedendo il concorso di persone nel reato la sussistenza in capo a tutti i concorrenti del dolo specifico richiesto dalla fattispecie incriminatrice di parte speciale [121]. Sarebbe l'*affectio societatis* a delineare la linea di confine tra partecipazione associativa e concorso eventuale nel reato.

Se queste sono le conclusioni cui è pervenuta la pronuncia a Sezioni Unite Mannino del 2005, il dibattito non sembra essersi sopito, come è emerso dalla giurisprudenza intenta a rispettare i rigidi criteri imposti all'accertamento causale. Oltre alle difficoltà probatorie in riferimento all'efficacia causale delle singole condotte rispetto al consolidamento di associazioni di vasta dimensione, sembra riproporsi in questa sede, e in misura particolarmente accentuata, quanto da tempo ha sempre tormentato l'accertamento del nesso causale nel concorso di persone nel reato.

Quando l'art. 110 c.p. si incontra con la fattispecie incriminatrice di parte speciale, richiede un nesso di causalità che non si limita a svolgere il normale ruolo di elemento costitutivo della fattispecie oggettiva nel legare una condotta a un determinato evento, dal momento che assume una vera e propria funzione di tipizzazione delle condotte punibili.

La generalità della formula che si limita a richiedere un concorso nel medesimo reato ai fini dell'individuazione della condotta penalmente rilevante ha reso l'istituto del concorso di persone una sede elettiva per il continuo scontro tra istanze repressive di difesa sociale ed esigenze di garanzia delle libertà dei singoli[122]. Da più parti si è vista nella disciplina del concorso una sorta di clausola di "ipertutela" dei beni giuridici, diretta a colpire qualsiasi lacuna nelle fasi ideative, preparatorie o esecutive del reato, tanto da vanificare il limite della tipicità, della personalità della responsabilità penale e della stessa funzione della

[121] Le Sezioni Unite limitano le forme di intensità del dolo del concorrente eventuale al solo dolo intenzionale e diretto. Degli aspetti problematici sottesi a questa ricostruzione si tratterà in relazione all'elemento soggettivo, Cap. III, par. 2.

[122] Le istanze repressive a fondamento della disciplina vigente sono ben illustrate da M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui, cit.*, p. 182, mentre S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Giuffrè, 1987, pp. 23 e ss., esprime una valutazione meno severa.

pena, in considerazione dell'equiparazione del disvalore oggettivo di ogni contributo concorsuale[123].

Non si potrebbe certo rimediare al difetto di determinatezza attraverso un'opera ermeneutica che si preoccupi di tipizzare le condotte concorsuali. La *ratio* sottesa al principio di legalità nei suoi corollari della riserva di legge, tassatività e determinatezza vuole che sia solo e soltanto il legislatore a delimitare le condotte punibili avvalendosi di norme chiare e precise[124].

Sebbene l'art. 110 c.p. avrebbe potuto essere formulato in maniera più dettagliata con un'espressa indicazione degli elementi costitutivi dell'atto di partecipazione volta a evitare « incriminazioni che altrimenti sfuggirebbero alla legge »[125], questo non significa però che occorra ripiegare necessariamente su un modello c.d. differenziato, come pure è stato proposto[126].

La prassi sviluppatasi intorno al modello differenziato seguito dal precedente codice Zanardelli ne ha mostrato i diversi punti critici derivanti non

---

[123] Sulla criticità della disciplina concorsuale, vedi G. INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Giuffrè, 1986, p. 3, secondo il quale: « […] l'intento è quello di svelare, ancora una volta, come solo apparente sia la sottoposizione della responsabilità concorsuale alle regole ordinarie (siano esse principi generali dell'ordinamento o più precisi vincoli costituzionali) che governano il modello monosoggettivo. Al contrario, soprattutto nella realtà delle prassi giurisprudenziali, la responsabilità del partecipe è collocata al di fuori di quei confini, in un terreno incerto, caratterizzato fondamentalmente dal coniugarsi di valutazioni sintomatico-soggettive con l'evasione dai connotati formali dell'illecito penale ». A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo, cit.*, p. 213, ritiene invece che l'unico effetto negativo della nuova formulazione risieda nella possibilità di punire la mera presenza sul luogo o la mera adesione, quando abbiano rafforzato il proposito criminoso altrui.

[124] A. CAVALIERE, *ibidem*, p. 215.

[125] M. GALLO, *Diritto penale italiano*, Vol. II, *cit.*, p. 122.

[126] Il modello differenziato di tipizzazione del fatto nella fattispecie concorsuale si trova recepito, oltre che nel precedente codice Zanardelli, nella legislazione attuale di alcuni stati europei, come la Germania, e trova il suo fondamento in motivi di ispirazione liberale, attinenti alla necessità di non lasciare indeterminati i requisiti per la punibilità di condotte secondarie di partecipazione da un lato, e dall'altro lato di graduare la pena in relazione al tipo di contributo arrecato da ciascun concorrente. Ma la genericità di formule normative di tipizzazione in funzione dei ruoli rivestiti dai vari concorrenti consente comunque alla giurisprudenza un margine di discrezionalità idoneo a reprimere anche contributi atipici. In questa prospettiva si giustifica evidentemente l'inversione di rotta avviata dal codice Rocco a fronte di una prassi che non riusciva a distinguere con certezza le diverse forme di partecipazione, cui si sono aggiunti l'influenza del positivismo criminologico che portava a privilegiare il valore sintomatico dei singoli contributi nonché il principio di equivalenza causale fissato dagli artt. 40 e ss. c.p.. Vedi al riguardo la *Relazione sul progetto definitivo di un nuovo codice penale*, in *Lavori preparatori, cit.*, VI, 134, dove si afferma che l'evento deve essere posto a carico di tutti i concorrenti che non la propria azione contribuiscono a determinarlo. Parla invece di modelli tendenzialmente unitari e modelli tendenzialmente differenziati V. MORMANDO, *Il concorso di persone nel reato*, in AA. VV. *Il reato*, a cura di M. Ronco, Zanichelli, 2007, pp. 102-103.

solo dalla difficoltà di delimitare tra loro le singole forme di partecipazione, ma anche dalla sua incapacità di ricomprendere nell'area del penalmente rilevante tutte le forme di agevolazione astrattamente ipotizzabili[127].

L'esperienza giudiziaria conferma come isolare preventivamente determinate tipologie di condotta sia un compito assai arduo, proprio alla luce dei molteplici connotati di esecuzione che possono assumere le attività di più soggetti che si associano per la commissione di un fatto di reato. In questo senso si giustifica l'intenzione dei compilatori del nuovo codice, ben dichiarata nei Lavori preparatori[128], di rispondere a esigenze di carattere pratico.

Sussistono peraltro anche ragioni di carattere teorico a sostegno di un modello unitario, che attengono alla necessità di una coerenza interna tra il principio di equivalenza causale delle condizioni alla produzione dell'evento e la disciplina del concorso di persone. Se tutte le condizioni che concorrono a cagionare l'evento sono causa dello stesso, « anche nell'ipotesi che il fatto sia stato oggetto di attività di più persone, l'evento deve essere messo a carico di tutti i concorrenti: il legame invero che avvince le attività dei vari concorrenti, si realizza in un'associazione di cause coscienti, alle quali è dovuto l'evento e, perciò, a ciascuno dei compartecipi deve essere attribuita la responsabilità dell'intero»[129].

A prescindere in ogni modo da quell'intenso dibattito che si è sviluppato intorno alla precisa scelta del codice Rocco di accogliere un modello unitario per

---

[127] L'art. 63 del codice penale del 1889 stabiliva che: « Quando più persone concorrono nell'esecuzione di un reato, ciascuno degli esecutori e dei cooperatori immediati soggiace alla pena stabilita per il reato commesso. Alla stessa pena soggiace colui che ha determinato altri a commettere il reato; ma all'ergastolo è sostituita la reclusione da venticinque a trant'anni, e le altre pene sono diiminuite di un sesto, se l'esecutore del reato lo abbia commesso anche per motivi propri». Ai sensi del successivo art. 64: «È punito con la reclusione per un tempo non minore dei dodici anni, ove la pena stabilita per il reato commesso sia l'ergastolo, e negli altri con la pena stabilita per il reato medesimo, diminuita della metà, colui che è concorso nel reato: 1) con l'eccitare o rafforzare la risoluzione di commetterlo, o col promettere assistenza ed aiuto da prestarsi dopo il reato; 2) col dare istruzioni o col somministrare mezzi per eseguirlo; 3) col facilitare l'esecuzione, prestando assistenza ed aiuto prima o durante il fatto. La diminuzione di pena per il colpevole di alcuno dei fatti preveduti nel presente articolo non è applicata, se il reato senza il suo concorso non si sarebbe commesso ». Per le criticità insite nei modelli di tipizzazione delle singole figure partecipative vedi l'analisi di diritto comparato svolta da S. SEMINARA, *Tecniche normative, cit.*, pp. 319 e ss..

[128] *Relazione sul progetto definitivo di un nuovo codice penale*, in *Lavori preparatori*, *cit.*, Vol. VI, p. 165.

[129] *Relazione sul progetto definitivo, ibidem*, p. 165.

la punibilità della partecipazione criminosa[130], rimane come dato obiettivo una disposizione, quale l'art. 110 c.p., che nulla dice in ordine requisiti che dovrebbe possedere una condotta per poter assumere una rilevanza penale quando siano rinvenibili una pluralità di agenti, e con questa disposizione bisogna fare i conti nel tentativo di ricondurre la disciplina al rispetto dei principi costituzionali che regolano il sistema penale[131].

In questa opera ricostruttiva volta a ricondurre a un parametro di valutazione omogeneo i variegati contorni che può assumere la realizzazione di un reato ad opera di più soggetti, occorre chiaramente prendere coscienza del fatto che nessuna riforma né tantomeno alcun criterio è in grado di determinare astrattamente e in maniera precisa un *discrimen* tra condotte atipiche punibili a titolo di concorso nel reato e condotte penalmente irrilevanti[132]. Ancora una volta, sembra che il ruolo decisivo resti affidato all'interprete.

L'unica strada percorribile consiste nell'applicare saldamente i criteri sviluppati per l'individuazione della condotta atipica punibile a titolo concorso di persone nel reato da un lato, e dall'altro lato sollecitare eventualmente un intervento del legislatore anche per la questione specifica del concorso eventuale nel reato associativo, ove le criticità si avvertono in maggior misura in virtù della stessa indeterminatezza sottesa alla fattispecie incriminatrice di parte speciale[133].

Il più volte richiamato *deficit* di determinatezza della figura del "concorso esterno" non implica che si debba rinunciare a distinguere chiaramente tra

---

[130] Sulle critiche all'art. 110 c.p. vedi tra gli altri il commento di M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui, cit.*, 179.

[131] L'importanza della rilettura in chiave costituzionale della disciplina della partecipazione criminosa in un modello unitario quale quello accolto dal codice Rocco è invece affrontata nel contributo di L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1983, 1358, dove si sottolinea come l'identificazione della condotta concorsuale costituisca un punto di passaggio obbligato per la ricostruzione del sistema penale sulla base del principio di legalità.

[132] Secondo F. BRICOLA, *Commento all'art. 25, comma 2°*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, 1981, p. 263, la disciplina del reato concorsuale non può mai aspirare a raggiungere un livello di tassatività tale da realizzare pienamente « l'esigenza di garantire la certezza della legge penale, e, quindi, la sicurezza del cittadino nei confronti del potere punitivo […] che vede così circoscritti i propri spazi di manovra nell'individuazione del significato e della portata delle norme penali ».

[133] Sull'indeterminatezza dei reati associativi, vedi *retro*, Cap. I, par. 2.1.

concorso eventuale e partecipazione associativa sulla base del rilievo, ad esempio, che si risponderebbe comunque della medesima pena.

Non solo esiste una norma che consente al giudice di adeguare la pena alla situazione concreta, ma il sistema prevede una serie di istituti che saranno riferibili al partecipe dell'associazione criminosa e non al concorrente eventuale, come ha puntualizzato la recente pronuncia del Giudice delle leggi relativamente all'applicabilità della presunzione di adeguatezza della misura cautelare della custodia in carcere al solo partecipe dell'associazione di cui all'art. 416*bis* c.p..

Non è poi questione di secondo rilievo che il concorrente possa, secondo l'orientamento dominante, invocare la desistenza volontaria dall'azione, desistenza che tuttavia non potrà limitarsi a un *nihil facere*, ma dovrà sostanziarsi in un *aliud agere*, che valga a neutralizzare il contributo fornito in precedenza con una condotta antitetica rispetto a quella già posta in essere[134]. Per l'associato risulta invece più complicato dimostrare l'avvenuta interruzione della partecipazione all'associazione, ritenendosi a tal fine significativo solamente un recesso volontario che si manifesti con una condotta esplicita, univoca e corente. Il vincolo associativo tra il singolo e l'organizzazione si instaura, infatti, nella prospettiva di una futura permanenza in essa a tempo indeterminato e si protrae sino allo scioglimento della consorteria, dove il carattere permanente del rapporto si fa peraltro ancora più forte a fronte associazioni di tipo mafioso.[135]

Chiaramente, la condizione di "elasticità" del concorso eventuale nel reato associativo è destinata a permanere e a rimanere affidata alla valutazione del giudice nel caso concreto. Si tratta però di una conseguenza che non

[134] In relazione al concorso di persone nel reato si discute se il desistente, che non sia l'esecutore materiale ma solo un partecipe, debba impedire la realizzazione del reato concorsuale, o se sia piuttosto sufficiente l'elisione degli effetti del proprio contributo o addirittura la mera interruzione della propria condotta. Vedi sul punto l'opinione di F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale, cit.*, pp. 543-544, il quale ritiene che una soluzione conforme ai principi sulla responsabilità penale richiede necessariamente che il partecipe elida tutti gli effetti della propria condotta. Anche la giurisprudenza dominante è nel senso di non ritenere sufficiente, stante la natura unitaria del reato realizzato in concorso, a scriminarne la responsabilità la semplice desistenza da parte di uno dei concorrenti, dovendo il concorrente attivarsi al fine di evitare la realizzazione concorsuale della condotta criminosa, o quantomeno eliminare le conseguenze del suo apporto causale, rendendolo estraneo ed irrilevante rispetto al reato commesso dagli altri. Così Cass. pen., Sez. VI, 20 maggio 2008, n. 27323, in *C.E.D. Cass.*, n. 240737 e Cass. pen., Sez. I, 1 febbraio 2008, n. 9775, in *C.E.D. Cass.*, n. 239175.

[135] Per le difficoltà derivanti dall'accertamento dell'avvenuta interruzione del legame con l'associazione criminosa vedi *infra*, Cap. III, par. 1.4.

necessariamente deve essere valutata in un'accezione negativa, valorizzando per contro la possibilità di fornire delle risposte adeguate alle diverse sfumature che possono caratterizzare di volta in volta le singole situazioni.[136]Da questo punto di vista, del resto, non sembra che la discrezionalità del giudice sia più ampia di quella sottesa all'individuazione del nesso di causalità nel più generale concorso di persone nel reato[137].

Nella ricerca volta a definire i contorni della condotta penalmente rilevante a titolo di concorso eventuale occorre poi tenere ben distinte quelle condotte di favoreggiamento personale e reale incriminate dagli artt. 378 e 379 c.p., ove l'aiuto prestato dall'agente non è diretto all'associazione nel suo complesso, bensì al singolo partecipe.

Il richiamo agli artt. 378 e 379 c.p. aiuta a puntualizzare quello che finisce con il costituire l'elemento discretivo tra condotta concorsuale e condotta partecipativa, ossia la struttura del dolo. Qualunque sia l'importanza del contributo causale fornito all'associazione, se si accerta che il soggetto vuole far parte dell'associazione agendo per realizzare le finalità cui l'associazione è preposta dovrà considerarsi a tutti gli effetti membro del sodalizio, mentre chi ha la sola rappresentazione degli scopi perseguiti dall'ente criminoso sarà concorrente eventuale nel reato associativo.

Orbene, nonostante le Sezioni Unite Mannino abbiano avuto il merito di fare chiarezza sulla tipizzazione causale del concorso eventuale nel reato

---

[136] C.F. GROSSO, *Le contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, pp. 196-197.

[137] *Contra*, A. CAVALIERE, *Associazione di tipo mafioso, cit.*, pp. 496-497, secondo cui: « […] Tali obiezioni non appaiono del tutto convincenti. Il conflitto tra le esigenze di garanzia individuale e soggezione del giudice alla legge, che concorrono a fondare la necessità di leggi chiare e precise, e l'adeguamento alla realtà della vita o ad esigenze di politica criminale flessibile è risolto dalla Costituzione nel senso dell'affermazione in materia penale del principio di legalità sub specie determinatezza; che esistano altre norme o complessi di norme indeterminati non toglie che sia indeterminata la disciplina del concorso e dei reati associativi; per di più, l'applicazione della disciplina del concorso eventuale ai rati associativi determina un peculiare effetto moltiplicatore di indeterminatezza, risultante dall'applicazione di una clausola generale ad una norma incriminatrice già di per sé generica. […] Compito prioritario di dottrina e giurisprudenza rimane, dunque, quello di sollevare la questione di legittimità costituzionale, sotto il profilo appena rilevato, della disciplina di cui all'art. 416*bis* e 110 c.p.; il che, peraltro, non toglie interesse al tentativo di delimitare, in funzione critica ed anche in prospettiva di riforma, l'ambito di un possibile concorso eventuale nel reato associativo, ed in particolare nell'associazione di tipo mafioso ».

associativo tramite una fusione tra l'indirizzo causale e quello organizzatorio, non sempre la giurisprudenza successiva si è attenuta ai rigidi parametri imposti dall'impianto argomentativo della sentenza del 2005, mostrando al contrario una sorta di "resistenza" a una pronuncia che sembrava aver chiuso l'ampio capitolo della punibilità delle condotte di sostegno alle organizzazioni criminose.

Un'analisi delle decisioni della Suprema Corte che si è trovata a fare i conti con quella "zona grigia" della collusione con la mafia, che ricomprende le più disparate figure, dall'avvocato al medico, dal cancelliere all'imprenditore, potrà aiutare a capire quali siano i punti "critici" dell'impostazione accolta che rendono l'istituto di cui si discorre ancora al centro del dibattito giuridico.

Benché ogni pronuncia presenti la corretta definizione del *discrimen* tra concorso eventuale nel reato associativo e condotta di partecipazione vera e propria, talune pronunce optano per la prima soluzione e talune per la seconda, pur sempre a fronte di situazioni con caratteristiche affini e contenuti analoghi.

Si vedrà in particolare come il vero punto critico sotteso a decisioni alquanto "discutibili" nel ragionamento seguito per pervenire alla decisione non risieda tanto nei principi affermati dalle Sezioni Unite Mannino, senza dubbio impeccabili se visti con gli occhi dello teorico, quanto piuttosto nella loro difficoltà a trovare un concreto riscontro pratico, in quanto troppo spesso superati da motivazioni di carattere etico o ideologico.

In altre parole, una soluzione esiste, ma saperla applicare al caso concreto è ben altra questione. Se le decisioni giudiziali persistono nel discostarsi dai principi cardine del diritto penale sostanziale e processuale, allora la soluzione non potrà che essere una sola: un intervento del legislatore che sia abbastanza efficace da restringere quell'ampio spazio di discrezionalità rimesso alla valutazione del singolo caso[138].

[138] A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo, cit.*, p. 215, sottolinea particolarmente il deficit di determinatezza insito nell'art. 110 c.p., quando rileva che: « […] la *ratio* del principio di legalità *sub specie* determinatezza è quella di contenere, in funzione di garanzia, gli arbitri dell'inteprete, imponendo al legislatore il compito della redazione di norme penali chiare e precise: ma allora, per definizione, nessuna interpretazione dottrinale o giurisprudenziale, per quanto meritevole sul piano dell'orientamento ai principi, può eliminare il dato per cui il legislatore, che non ha provveduto a delimitare precisamente la condotta punibile, ha violato il principio di determinatezza ».

La recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo sul noto caso Contrada, insieme al nuovo volto che il principio di legalità sta assumendo sotto l'influenza degli organi sovranazionali, rappresenta da questo punto di vista un'occasione per riaccendere il dibattito sull'eventualità di una riforma della disciplina[139].

2. La c.d. "contiguità imprenditoriale".

2.1. La condotta dell'imprenditore tra contiguità "compiacente" e contiguità "soggiacente".

Se si volge lo sguardo alle origini del fenomeno della c.d. "contiguità imprenditoriale", si può notare come alla base di quell'iniziale refrattarietà dei giudici nel percepire come criminali certe violazioni delle norme penali commesse dai c.d. colletti bianchi stesse l'idea fortemente consolidata della loro estraneità allo *stereotipo* del criminale, tanto da renderne problematico un inquadramento giuridico nelle condotte di partecipazione o concorso nel reato associativo [140] . L'approfondimento della rilevanza penale di condotte

[139] Vedi *infra*, Cap. III, par. 6.

[140] G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa, cit.*, pp. 458-459, richiama la prima pronuncia in materia, nota come sentenza "dei cavalieri del lavoro", la quale, suscitando le vive critiche della dottrina, aveva stabilito che la contiguità mafiosa di alcuni imprenditori catanesi non era perseguibile ai sensi dell'art. 416*bis* c.p., in quanto « […] imposta dall'esigenza di trovare soluzioni di "non conflittualità" con la mafia, posto che nello scontro finale risulterebbe perdente sia il più modesto degli esercenti sia il più ricco titolare di grandi complessi aziendali» (Trib. Catania (G.I.P.), 28 marzo 1991, Amato e altri, in *Foro it.*, 1991, II, c. 472). Dalle diverse pronunce sulla "malasanità pugliese" successive alla sentenza del 1991 emerge poi un clima di accentuata incertezza sulla corretta configurazione dell'imprenditore "contiguo" alla mafia, la cui condotta veniva fatta rientrare ora nell'alveo della partecipazione associativa, ora nell'ipotesi concorsuale, in un contesto di strategie argomentative dove, come rileva C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia, cit.*, pp. 340 e ss., svolgevano un ruolo determinante le massime d'esperienza. Si affermava, ad esempio, che se i rapporti tra le associazioni mafiose e le imprese sono spesso contraddistinti da una reciprocità di prestazioni, quando un imprenditore fornisce un tipo di sostegno a un'organizzazione mafiosa ulteriore rispetto al semplice versamento di denaro come prezzo di una attività estorsiva condotta a suo danno, egli è probabilmente un complice dell'associazione medesima, dalla quale potrà conseguentemente trarre beneficio per la conduzione e l'ampliamento degli affari della sua impresa. Se il giudice non può prescindere, per un'adeguata comprensione dei fenomeni associativi di tipo mafioso, dalle indagini di ordine socio criminale, questo non significa tuttavia che le massime di esperienza ricavabili possano

imprenditoriali di sostegno alla criminalità organizzata è del resto sempre andata di pari passo con le indagini sociologiche volte a delineare una linea di confine tra chi non possa considerarsi altro se non una vittima della mafia e chi invece su questi rapporti fondi la propria forza nell'ambito di una cooperazione reciproca fondata sul mutuo vantaggio[141].

Solo con la nota sentenza dei "cavalieri del lavoro" si è iniziata a delineare quella suddivisione tra figure di imprenditori "contigue" alla mafia, destinata ad accompagnare sino ad oggi il dibattito sul concorso eventuale nell'associazione di tipo mafioso[142]. Da un lato si trovano gli imprenditori considerati *subordinati*, il cui rapporto con la mafia si fonda solamente sull'intimidazione e sulla coercizione attraverso un meccanismo di coercizione e protezione, e dall'altro lato gli imprenditori *collusi*, che instaurano con l'organizzazione criminosa un rapporto attivo, basato su legami di fedeltà e motivato dalla prospettiva di vantaggi economici che consentano all'imprenditore un margine di scelta nel negoziare i termini della protezione[143].

Gli imprenditori *subordinati* sarebbero soggetti a una situazione di costrizione tale da escludere la loro responsabilità penale in virtù del richiamo a quell'esimente non codificata dell'inesigibilità di un comportamento diverso, per cui « […] la mafia ha creato una situazione di minaccia e di costrizione di tale

---

esimerlo dal trovare un riscontro probatorio per l'accertamento della fattispecie concreta, a maggior ragione quando si tratti di individuare il criterio distintivo tra imprenditore vittima e imprenditore colluso.

[141] Vedi sul punto l'analisi sociologica di R. SCIARRONE, *Il rapporto tra mafia e imprenditorialità in un'area della Calabria*, in *Quaderni di sociologia*, Vol. XXXVII, 1993, n. 5, pp. 68 e ss..

[142] Più recentemente la giurisprudenza di merito tende a distinguere tra almeno tre tipologie di imprese mafiose parallelamente all'evoluzione dell'intervento delle associazioni mafiose nell'economia legale e rinviene la difficoltà di distinguere tra imprenditori collusi e imprenditori subordinati in relazione alla categoria dell'*impresa a partecipazione mafiosa*, in cui il titolare gestisce l'impresa ma si impegna a operare a favore dell'associazione criminosa. Chiaramente la questione si fa meno complessa a fronte di *imprese di origine mafiosa*, gestite con capitali illeciti e fondate sulla forza di intimidazione derivante dalla spendita del nome del mafioso, e per le *imprese di proprietà del mafioso* gestite tramite prestanomi compiacenti. Vedi sul punto M. PELISSERO, *Reati contro la pesronalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, Giappichelli, 2010, pp. 309-311.

[143] R. SCIARRONE, *ibidem*, pp. 83 e ss., distingue poi ulteriormente tra imprenditori *clienti*, che intrattengono con i mafiosi un rapporto stabile e continuativo, che coinvolge interamente le loro attività, e imprenditori *strumentali*, che cercano con la mafia accordi limitati nel tempo e definiti nei contenuti, ma mantengono la propria autonomia in quanto titolari di imprese di dimensioni nettamente più ampie in genere rispetto alla media locale.

gravità e intensità da fare ritenere umanamente non esigibile una risposta negativa alle sue richieste, e che l'imprenditore ha conseguentemente pagato esclusivamente in ragione dello stato di assoggettamento in cui è venuto a trovarsi»[144]. In un'altra prospettiva si è anche asserita la possibilità di scusare l'imprenditore che si attivi per pagare una tangente all'associazione mafiosa soltanto nel caso in cui si dimostri nei suoi riguardi uno stato di "ineluttibile coartazione"[145].

I giudici di legittimità hanno dunque iniziato a escludere gradualmente la condizione di vittima nell'imprenditore che assuma preventivamente l'iniziativa nei confronti dell'associazione delinquenziale per ottenere una protezione a pagamento, sempre sulla base di asserzioni dal "sapore" chiaramente socio-criminologico. L'ineluttabilità del comportamento dell'imprenditore sarebbe inconciliabile con la partecipazione a trattative, accordi e riunioni con le organizzazioni criminali, in assenza di quella prospettazione di minaccia diretta e esplicita tipica delle richieste estorsive[146].

È stato quindi individuato nell'imprenditore "colluso" il soggetto che, per sfuggire alle illecite pressioni esercitate sulla sua impresa veda nell'alleanza con l'associazione criminosa la soluzione migliore, pur di conseguire i vantaggi che gli derivano dalla possibilità di muoversi nell'orbita delle potenti organizzazioni criminali dominanti nel territorio, nelle quale si ritrova interamente coinvolto condividendone finalità e metodi di azione[147].

---

[144] C.F. GROSSO, *Le contiguità alla mafia, cit.*, 1185.. La categoria dell'inesigibilità di una condotta diversa è stata richiamata per la prima volta proprio da Trib. Catania, 28 marzo 1991, Amato e altri, *cit.*,, che, premessa la grave difficoltà di riuscire a stabilire dove finisce l'associazione necessitata dall'imposizione mafiosa e dove comincia il coinvolgimento attivo dell'imprenditore nelle attività mafiose, affermava la non punibilità dell'imprenditore indotto ad una pluralità di contributi di vario tipo dalla necessità di trovare una soluzione di non conflittualità con l'associazione, accettando un contratto di protezione mafiosa che prevedeva anche forme di sostegno concorrenziale a favore dell'imprenditore.

[145] Cass. pen., Sez. I, 5 gennaio 1999, Cabib, in *Foro it.*, 1999, 631, con nota di C. VISCONTI, *Imprenditori e camorra: l'ineluttabile coartazione come criterio discretivo tra complici e vittime?*

[146] C. VISCONTI, *La punibilità della contiguità alla mafia tra tradizione (molta) e innovazione (poca)*, in *Cass. pen.*, fasc. 1, 2002, 1854.

[147] Cass. pen., Sez. fer., 25 agosto 1994, Amato, *C.E.D. Cass.*, n. 199066; Cass. pen., Sez. I, 11 ottobre 2005, n. 46552, in *C.E.D. Cass.*, n. 232963.

L'imprenditore "colluso", a differenza dell'imprenditore "vittima", rivolge consapevolmente e volontariamente a proprio profitto l'essere venuto a contatto con il sodalizio mafioso, entrando in un sistema illecito di esercizio dell'impresa contraddistinto da appalti e commesse ottenuti grazie all'intermediazione mafiosa, e trasformando l'originario danno ingiusto subito (il costo insito nel dover sottostare all'imposizione del pizzo o di altre costrizioni mafiose onde evitare maggiori danni), in una sorta di risvolto negativo di un ben più consistente vantaggio ingiusto. Dove gli effetti positivi per l'imprenditore si sostanziano nella possibilità di assicurarsi illegalmente una posizione dominante a scapito della concorrenza, risorse o linee di credito a prezzi di favore, sino a godere di un monopolio sul territorio grazie all'ausilio del sodalizio e del suo apparato intimidatorio diretto a sostenerlo in cambio della sua disponibilità a fornire risorse, servizi o utilità al sodalizio medesimo.

L'imprenditore è per contro considerato una "vittima" della mafia quando, soggiogato dalla forza di intimidazione del vincolo associativo e dalla condizione di assoggettamento o di omertà che ne deriva, non tenti di venire a patti con la mafia per rivolgere a proprio vantaggio il sistema basato sull'intimidazione, ma ceda all'associazione versando tangenti o piegandosi a prestazioni di altro tipo, e subendo l'intesa con il sodalizio criminoso al solo fine di tentare di limitarne il danno ingiusto[148].

L'applicazione alla variegata casistica della "contiguità imprenditoriale" di un criterio discretivo del tutto sganciato rispetto al più definito e oggettivo elemento causale si è spesso tradotta in una evidente disomogeneità di decisioni per fatti sostanzialmente simili. La tendenza era in particolare di ritenere che in determinate zone territoriali dominate da organizzazioni di stampo mafioso gli imprenditori siano sempre costretti a venire a patti con i gruppi criminali, trovandosi nella ineluttibile necessità di accettare richieste di tipo estorsivo. Un'indiscriminata giustificazione della illegalità diffusa, cui si andava ad aggiungere la configurazione di una causa di non punibilità costituita dalla non

[148] Cass. pen., Sez. V, 1 ottobre 2008, n. 39402, in *C.E.D. Cass.*, n. 242318; Cass. pen., Sez. I, 30 giugno 2010, n. 30534, in *C.E.D. Cass.*, n. 248321.

esigibilità delle condotte conformi alle prescrizioni di legge, decisamente non prevista dall'ordinamento.

È anche la stessa formula della "condizione di ineluttabile coartazione" a risultare indefinita e a richiedere di stabilire a quale tipo di fenomeno psicologico la giurisprudenza voglia riferirsi.

Nel suo tenore letterale sembrerebbe infatti alludere a una situazione nella quale il soggetto subisca una menomazione della propria libertà di autodeterminazione, di tale entità da precludergli ogni ragionevole possibilità di scelta tra diversi comportamenti. Ma se così fosse, la coartazione psicologica richiesta si caricherebbe di un'intensità ben più intensa rispetto a quella ritenuta generalmente sufficiente a integrare gli effetti tipici prodotti sulla vittima del reato di cui all'art. 629 c.p..

Dottrina e giurisprudenza dominanti fanno invero leva proprio sulla natura relativa della coazione subita dal soggetto per differenziare l'estorsione dalla rapina, dove la vittima *non agit sed agitur*, sicché il richiamo generalizzato a una condizione di ineluttabile coartazione per la vittima di estorsione renderebbe estremamente labile la linea di confine tra dette fattispecie delittuose, sino a snaturare la *ratio* di tutela sottesa all'incriminazione descritta dall'art. 629 c.p.[149].

Come condivisibilmente osservato da chi ha tentato di affrontare in misura dettagliata il problema della "contiguità imprenditoriale", anche volendo limitare il criterio alle sole fattispecie in cui risulta coinvolta la criminalità organizzata, si verrebbe a creare una soluzione irrazionale dal punto di vista sistematico e politico – criminale, dal momento che sarebbe richiesto un più alto grado di coartazione della vittima a fronte di organizzazioni mafiose la cui attività estorsiva risulta decisamente più temibile[150].

La verità è che la nozione di estorsione è stata elaborata dalla stessa giurisprudenza nel tentativo di attribuire una giusta collocazione dogmatica a

[149] Cass. pen., Sez. II, 17 ottobre 1995, n. 4308, in *Cass. pen.*, 1997, 406; Cass. pen., Sez. III, 10 aprile 2001, n. 20382, in *C.E.D. Cass.*, n. 219866; Cass. pen., Sez. I, 4 novembre 2009, n. 46118, in *C.E.D. Cass.*, n. 245498. Per la dottrina, vedi G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. II, 5ª ed., Zanichelli, 2007, pp. 150-155.

[150] C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia, cit.*, pp. 340 e ss..

quella "minaccia larvata" propria delle estorsioni perpretrate da appartenenti ad associazioni di stampo mafioso.

La forte presenza di associazioni mafiose fortemente radicate in determinate zone del paese, in cui le richiesta del "pizzo" e i connessi "patti di protezione" non richiedono neanche di essere esternati per produrre un effetto di timore nella vittima, inducono la generalità dei consociati ad aderirvi onde evitare che vengano compromessi lo svolgimento della loro attività lavorativa e finanche l'incolumità personale propria o dei familiari.

Simili forme di prevaricazione sono talmente diffuse e radicate nel territorio da non rendere necessaria neppure una preventiva ed esplicita prospettazione del male ingiusto, bastando talvolta il solo ricorso a espressioni allussive o la menzione di esponenti nel sodalizio particolarmente temuti per ingenerare nel soggetto passivo quel timore che lo induce a cedere. Nella vittima si insinua una sorta di forma di dipendenza dall'associazione criminosa che, se per un verso ingenera un senso di sicurezza e di protezione, per altro verso la pone in uno stato di timore verso un pericolo che non ritiene di poter fronteggiare altrimenti.

Sono queste le dinamiche che spingono a trattare diversamente il fenomeno della estorsione quando vi siano situazioni di presunta costrizione "ambientale"[151]. Quel messaggio in codice, quella particolare allusione, posta dall'esponente di una cosca mafiosa, che di per sé non susciterebbero in altri lo stesso timore, possiede in quei territori i requisiti atti a integrare la minaccia richiesta per la configurazione della fattispecie punita dall'art. 629 c.p..

In un contesto di generalizzata illegalità "ambientale" diviene pertanto estremamente difficile comprendere quando l'adesione del singolo imprenditore alle richieste delle associazioni criminose corrisponda a una situazione di

[151] L'operazione ermeneutica compiuta intorno al delitto di estorsione in materia di associazioni di stampo mafioso non è così dissimile rispetto a quella sviluppatasi in relazione alla "concussione ambientale", dove pure la situazione esterna in cui muovono le parti vede un soggetto in posizione di primazia rispetto alla persona offesa, che gli consentirebbe di velare una richiesta, apparentemente riconducibile all'autonomia negoziale, dotata di un'intrinseca capacità intimidatoria. E anche qui, come nel fenomeno della contiguità imprenditoriale, si pone il problema di capire quando nel concreto il privato non abbia fatto altro che avvantaggiarsi di quella particolare situazione ambientale per perseguire un vantaggio ingiusto.

coazione al solo fine di evitare un danno, e quando invece a un interesse personale derivante dalle relazioni con il sodalizio mafioso.

Di difficile accoglimento sono anche quegli orientamenti che hanno talora tentato di percorrere una via diversa, escludendo lo stato di ineluttabile coartazione nell'imprenditore che abbia preso direttamente l'iniziativa nella stipulazione del "patto di protezione" con le organizzazioni mafiose, operando un confronto con chi invece si limita a subire le richieste estorsive avanzate.

L'adozione di un criterio di natura "cronologica" non sembra risolutivo a tal fine, poiché non tiene conto che in entrambi i casi descritti gli imprenditori agiscono sotto la pressione esercitata in quel dato territorio dal metodo intimidatorio, sicché non è detto che si possa inferire l'assenza di minacce nell'imprenditore che abbia preso l'iniziativa nella stipulazione del "patto di protezione". La conoscenza del clima di intimidazione presente in una determinata zona potrebbe indurre nel soggetto la necessità di comprendere previamente quali siano le condizioni in presenza delle quali andrebbe ad avviare una determinata attività d'impresa.

Ma anche lo stesso richiamo alla categoria dell'inesigibilità, secondo i suoi sostenitori idonea a garantire la conformità del sistema penale a esigenze personalistiche e di integrazione sociale, si rivela critico per i suoi confini e contenuti indeterminati, nonché per l'impossibilità di rinvenirvi un fondamento normativo[152].

2.2. Il contributo dell'imprenditore valutato alla luce dei canoni enunciati dalle Sezioni Unite Mannino.

Negli orientamenti esposti si cela chiaramente una comprensibile difficoltà nel prendere le distanze da massime di esperienza ormai consolidatesi nel corso degli anni, con un pericoloso allontanamento dalle categorie offerte dal dato positivo per colpire forme di sostegno alle associazioni criminali e

[152] Sul concetto di inesigibilità, vedi per tutti G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Cedam, 1990.

l'apertura di ampi scenari all'utilizzo di espressioni di dubbia valenza giuridica come la "contiguità soggiacente" e la "contiguità compiacente", cui segue un rischioso sconfinamento verso la punibilità di tipi d'autore in un'opera ricostruttiva capace di minare i principi fondamentali del diritto penale.

Seppure non ci si possa discostare dalla peculiarità del contesto nel quale vengono ad operare le organizzazioni criminose e sia allo stesso tempo utile trarre indicazioni dagli orientamenti delle scienze sociali sul tema della mafia[153], diviene essenziale riportare l'istituto del "concorso esterno" nell'alveo del principio di legalità avvalendosi degli strumenti che il diritto penale offre.

L'unico strumento cui appigliarsi per inquadrare il disvalore della contiguità punibile è allo stato attuale quello del contributo causale alla conservazione o al rafforzamento dell'associazione, anche se nulla impedisce un intervento futuro del legislatore che, come auspicato da più parti, adotti altri modelli di incriminazione che rispondano alle obiettive difficoltà riscontrate nell'esaudire le pretese del modello di accertamento indicato dalle Sezioni Unite.

Orbene, anche la giurisprudenza che si è trovata a fare applicazione dei canoni imposti dalla pronuncia Mannino, nell'impossibilità di fare ricorso a leggi scientifiche difficilmente rinvenibili a fronte di relazioni imprenditoriali con le organizzazioni criminali, ha fatto ricorso a presunte massime di esperienza a base socio-criminologica o storico-politica, difficilmente sottoponibili a un controllo oggettivo dell'apparato motivazionale sotteso alle decisioni[154]. Di

[153] Sull'importanza delle indagini sociologiche nell'affrontare la tematica del "concorso esterno" nel reato associativo vedi G. FIANDACA, *Il concorso "esterno" tra sociologia e diritto penale, in Scenari di mafia, cit.*, pp. 203 e ss.. Se si adotta una prospettiva storico-sociologica emergono infatti delle forme ricorrenti di relazioni tra mafiosi e colletti bianchi, che esprimono quel significato sostanziale unitario che potrebbe porsi alla base del disvalore idoneo a giustificare la qualificazione della contiguità in chiave di illecito penale. L'Autore individua nella "protezione" e nel "manutengolismo" i termini più spesso utilizzati dal secolo XIX a oggi: con il primo si allude al servizio che la mafia tradizionalmente vuole assicurare alla collettività in un determinato territorio, cui corrisponde il pagamento di un "pizzo" per l'espletamento di questa sorta di servizio a favore della comunità, in un sistema in cui le persone protette sono tenute a ricambiare il favore, preoccupandosi di sostenere le cosche mafiose; il secondo è invece una nozione che evoca l'insieme delle prestazioni che i colletti bianchi svolgevano a favore dei mafiosi, e che oggi si esprime nel diverso termine di "contiguità".

[154] Sulle problematiche sollevate dall'ampio utilizzo delle massime d'esperienza nei processi di mafia vedi P. MAGGIO, *Le massime di esperienza nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV., *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva del diritto comparato*, a cura di G. Fornasari, Cedam, 2002, pp. 199 e ss. e G. BORRELLI, *Massime di esperienza e stereotipi socio-culturali nei processi di mafia: la rilevanza penale della "contiguità mafiosa"*, in *Cass. pen.*, 2007,

queste massime di esperienza i giudici devono però fare prudente impiego, cercando di tenere in primo piano le specificità del caso concreto e dei diversi "elementi" idonei a inquadrare la condotta di sostegno dell'imprenditore nell'ipotesi concorsuale o finanche partecipativa.

Al riguardo, un criterio molto diffuso e sicuramente utile per il richiamo oggettivo alla natura della prestazione fornita dall'imprenditore si fonda sul carattere dell'ingiustizia del vantaggio conseguito dallo stesso attraverso il rapporto sinallagmatico con l'organizzazione criminosa, rispetto a un danno ingiusto subito da chi per contro si limiti a sopportare le imposizioni estorsive da parte del sodalizio[155].

Ciò significa che assumerà rilevanza penale quella condotta che, secondo un giudizio condotto *ex post* e in concreto, abbia rafforzato l'organizzazione criminosa, consentendo all'imprenditore di entrare in un sistema illecito di esercizio dell'impresa, sì da ottenere appalti e commesse grazie all'intermediazione mafiosa e a risorse procurate con prezzi di favore, assumendo un sostanziale monopolio su un dato territorio a scapito della concorrenza[156]. Ciò avviene quando l'associazione si avvalga ad esempio del c.d.

1074. I condizionamenti del sapere sociologico alla base delle massime di esperienza presenti nelle valutazioni giurisprudenziali dirette ad accertare le condotte di adesione alle organizzazioni mafiosa trovano un esempio significativo con riferimento alla partecipazione delle donne a tali sodalizi. In passato questa ipotesi veniva esclusa in ragione di una presunta regola interna all'associazione Cosa Nostra che limitava l'ingresso nel sodalizio ai soli individui di sesso maschile, mentre numerosi accertamenti giudiziari hanno poi dimostrato che le donne, anche se non formalmente inserite nell'organizzazione, abbiano svolto ruoli essenziali per la vita delle stesse. Si deve quindi escludere che le regole formali o le tradizioni culturali possano dare contenuto alla fattispecie di partecipazione, sicché la valutazione del giudice, pur dovendone tenere conto, deve confrontarsi con gli elementi obiettivi che descrivono i singoli comportamenti e la loro utilità per il funzionamento della struttura criminosa.

[155] Così, Cass. pen., Sez. V, 22 dicembre 2000, n. 6929, in *Cass. pen.*, 2002, 1694, secondo cui nell'ipotesi in cui si sia verificata cooperazione imprenditoriale tra gli appartenenti ad un sodalizio di stampo mafioso e un soggetto non inserito nella predetta struttura delinquenziale, deve escludersi la ricorrenza della esimente dello stato di necessità in favore di quest'ultimo, che, accogliendo la proposta proveniente dalla compagine criminosa, si giovi, al contempo, dell'esistenza della associazione e ne tragga benefici in termini di protezione e di finanziamento

[156] Vedi Cass. pen., Sez. I, 11 ottobre 2005, D'Orio, in *Cass. pen.*, 2007, 1068. Sono utili le osservazioni di V. LA SPINA, *Le reazioni della società civile e la prevenzione degli enti locali*, in AA.VV. *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, a cura di V. Militello, L. Arnold, J. Paoli, Giuffré, 2000, pp. 456 e ss., che ha suggerito di adottare come possibile criterio selettivo tra imprenditori "collusi" e imprenditori "vittime", l'accertamento nel primo caso di un c.d. beneficio innaturale in favore dell'imprese, ad esempio linee di credito, appalti e commesse, monopolio imposto nel mercato, risorse finanziarie e umane a basso costo, e nel secondo caso di

metodo Siino, che in un sistema di appalti controllato da Cosa Nostra consente di pilotare l'assegnazione di appalti pubblici offrendo un minimo ribasso, attraverso una rete di complicità tra imprenditori idonea a controllare l'esito delle gare e garantire una programmata rotazione delle aggiudicazioni[157].

Se il quadro probatorio sia poi tale da dimostrare la sussistenza dei requisiti dell'*affectio societatis* e della stabile compenetrazione nel tessuto organizzativo del sodalizio con assunzione di specifici ruoli e funzioni, la condotta dell'imprenditore sarà qualificabile come vera e propria partecipazione associativa[158].

Qualora dunque l'imprenditore partecipi sistematicamente e in via continuativa alle attività del comitato di affari e alla messa a punto delle strategie complessive dirette all'impiego razionale di risorse associative in modo da rivelare la sua *affectio societatis*, risponderà a titolo di partecipazione nel reato associativo.

Nel caso in cui invece l'imprenditore si limiti a controprestazioni consistenti, ad esempio, nel pagamento di somme di denaro, nelle assunzioni di favore di operai o nelle assunzioni meramente formali per garantire la copertura ad affiliati, nella preferenza accordata a determinati fornitori di materie prime indicate dall'organizzazione mafiosa, o nell'offerta di informazioni, in termini tali da determinare il rafforzamento dell'associazione, la sua condotta può essere sussunta nel concorso eventuale in associazione mafiosa.

Da questo angolo visuale, non è dunque azzardato affermare che ogni qualvolta si accerti nell'ambito di un processo penale che il rapporto tra imprenditore ed ente criminoso sia costante e continuato nel tempo e consti di reciproci vantaggi, più che una condotta di sostegno all'associazione operata dall'esterno viene in rilievo una vera e propria partecipazione all'associazione. Non importa, perché questa sia configurabile, che il singolo soggetto partecipi

---

un costo innaturale a carico dell'impresa, come il pizzo, in denaro o in altra natura, ad esempio l'assunzione di personale non altrimenti motivata se non con le richieste dei mafiosi.

[157] G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa, cit.*, pp. 477-480.

[158] La valutazione in concreto del contributo diviene decisiva per stabilire se il soggetto possa essere ritenuto responsabile del delitto direttamente ai sensi della fattispecie associativa, e non attraverso lo schema del concorso esterno *ex* art. 110 c.p. (A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Manuale di diritto penale, Parte generale e Parte speciale*, 3ª ed., Cedam, 2007, pp. 442-443).

attivamente anche alle questioni organizzative della struttura criminosa, e non a caso il legislatore incrimina separatamente la condotta di organizzazione tra quelle ipotesi qualificate che ricevono una disciplina sanzionatoria specifica.

Se si accerta l'efficacia condizionante della condotta sulla struttura organizzativa, e gli elementi probatori raccolti non siano idonei a escludere uno stato di "coartazione" dell'imprenditore, non dovrebbero residuare dubbi sulla sua appartenenza all'associazione criminosa, poiché non può di certo considerarsi dirimente la circostanza che il soggetto non abbia prestato il c.d. giuramento di mafia o comunque non venga considerato dagli associati stessi come membro dell'associazione. Sono questi elementi al più utili sotto il profilo probatorio per stabilire i rapporti instaurati con la *societas sceleris*, ma di certo non vincolanti per un ordinamento che non attribuisce alcuna rilevanza giuridica a gruppi criminali che allo stesso si contrappongono. Diversamente opinando, si finirebbe con l'attribuire una sorta di efficacia legittimante per il diritto alle opinioni manifestate da soggetti la cui attività sia *ab origine* illecita.

Insomma, una cosa è pagare per poter svolgere "normalmente" la propria attività imprenditoriale, altra è pagare per entrare in un sistema "normale" di esercizio dell'impresa. In tutti quei casi in cui l'imprenditore ottenga appalti e commesse pubbliche grazie all'intervento della criminalità locale, parlare di un costo "innaturale" subito e imposto dal metodo mafioso risulterebbe fuori luogo, rilevando la sua condotta piuttosto come un contributo al rafforzamento di un settore in cui si estende l'attività dell'organizzazione criminosa.

È chiaro che pensare di trovare un criterio che sia in grado di delineare perfettamente e in linea astratta i contorni della punibilità degli imprenditori che si trovano a contatto con le associazioni di stampo mafioso sarebbe illusorio, poiché soprattutto quei rapporti instaurati in determinati contesti ambientali devono necessariamente essere calati nelle manifestazioni empiriche che emergono nei singoli "patti di protezione" che ciascun imprenditore stipuli di volta in volta con il singolo gruppo criminoso.

L'unico strumento che consente di ricomporre un divario creato da categorie dai contorni "nebulosi" è il nesso di causalità necessaria che deve legare la condotta dell'imprenditore alla struttura associativa, nel senso che il

giudice dovrà sempre preoccuparsi di verificare se quella condotta abbia in qualche modo determinato un rafforzamento dell'associazione criminosa[159]. Solo successivamente, avvalendosi dei mezzi di prova messi a disposizione dall'ordinamento, tra i quali spiccano solitamente le intercettazioni telefoniche e ambientali, si tratterà di capire quanto il contributo del soggetto estraneo al sodalizio sia stato conseguenza di quella condizione di assoggettamento insinuata dall'associazione mafiosa nel contesto ambientale di riferimento[160].

Per recuperare maggiori garanzie di certezza e determinatezza può farsi riferimento sul piano del diritto positivo all'art. 53, comma 3, c.p., che disciplina una situazione di coazione morale che esclude la punibilità dell'agente quando lo stato di necessità che ha portato alla commissione del fatto sia stato determinato dall'altrui minaccia[161].

Come ha avuto modo di osservare Antonio Cavaliere[162], nell'applicazione dell'esimente dello stato di necessità occorre distinguere tra le diverse condotte astrattamente punibili, ossia tra quelle condotte che si sostanziano in contributi più durevoli e stabili e quelle consistenti in un contributo occasionale.

---

[159] Fa una corretta e precisa applicazione dei principi esposti dalle Sezioni Unite Mannino, Cass. pen., Sez. VI, 13 maggio 2014, n. 22118, in *Dejure*, quando afferma che : « […] in tema di concorso esterno in associazione di tipo mafioso, deve ritenersi "colluso" l'imprenditore che, senza essere inserito nella struttura organizzativa del sodalizio criminale e privo della "*affectio societatis*", instauri con la cosca un rapporto di reciproci vantaggi, consistenti, per l'imprenditore, nell'imporsi sul territorio in posizione dominante e, per l'organizzazione mafiosa, nell'ottenere risorse, servizi o utilità. […] Ai fini della configurabilità del concorso esterno nel reato di associazione mafiosa, non è richiesto per l'estraneo il dolo specifico proprio del partecipe (consistente nella consapevolezza di essere inserito nel sodalizio e nella volontà di far raggiungere allo stesso gli obiettivi che si è prefisso), bensì quello generico, rappresentato dalla coscienza e volontà di dare il proprio contributo al conseguimento degli scopi dell'associazione, tramite il rapporto col soggetto qualificato, del cui dolo tipico si è al corrente ». Conforme anche Cass. pen., Sez. VI, 10 aprile 2014, n. 37726, *ibidem*.

[160] La giurisprudenza più recente continua ad affermare che imprenditore vittima sia colui che, soggiogato dall'intimidazione, non tenti di venire a patti con il sodalizio, ma ceda all'imposizione e subisca il relativo danno ingiusto, limitandosi a perseguire un'intesa volta a limitare tale danno. L'imprenditore colluso entra invece in un rapporto sinallagmatico con l'associazione, tale da produrre vantaggi per entrambi i contraenti, consistenti per l'imprenditore nell'imporsi sul territorio in posizione dominante e per il sodalizio criminoso nell'ottenere servizi, risorse o utilità. Così, Cass. pen., Sez. V, 1 ottobre 2008, n. 39042, in *C.E.D. Cass.*, n. 242318; Cass. pen., Sez. I, 30 giugno 2010, n. 30534, in *C.E.D. Cass.*, n. 248321.

[161] Sulla natura dello stato di necessità, tra chi vi rinviene una causa di giustificazione e chi invece ritiene di potervi individuare una scusante soggettiva, vedi ampiamente M. GALLO, *Diritto penale italiano,* Vol. I, *cit.*, pp. 328-340.

[162] A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo, cit.*, pp. 330-332.

A fronte di contributi durevoli sarà necessario valutare attentamente la presenza della minaccia di un danno grave alla persona che sia attuale e venga protratta per tutta la durata del contributo. Non sarà sufficiente a integrare lo stato di necessità una minaccia iniziale quando il soggetto abbia prestato altre condotte di sostegno all'associazione criminosa, posto che l'ulteriore utilità ricevuta dall'imprenditore pesa decisamente a favore dell'esclusione di una situazione di coazione morale.

Per quanto attiene all'inevitabilità altrimenti, l'astratta possibilità di ricorrere all'autorità piuttosto che perseverare nella commissione di condotte punibili non esclude però che in concreto la minaccia appaia talmente incombente da non poter pretendere che l'imprenditore confidi nell'intervento salvifico dell'autorità. « Certamente, andrà elogiato il coraggio di chi ha la forza di ribellarsi alla coazione mafiosa, ricorrendo all'autorità; ma un diritto penale laico non può pretendere simili eroismi, per giunta sotto minaccia di pena »[163].

È chiaro che per i contributi occasionali integranti un'ipotesi di concorso eventuale nel reato associativo sarà più agevole dimostrare l'esistenza di uno stato di necessità e quindi la presenza effettiva di una minaccia, nonché l'inevitabilità attuale della condotta, rispetto a quanto possa avvenire in rapporto a contributi durevoli.

E anche in questo caso si ripropone il problema di capire quanto sia confacente il richiamo a una generica e sfumata situazione di estorsione ambientale che induca l'imprenditore a pagare la tangente, da taluno ritenuta di per sè sufficiente a escludere la punibilità dell'imprenditore[164].

Sicuramente apprezzabile per il tentativo di recuperare una maggiore determinatezza nella disciplina del concorso eventuale nel reato associativo è una recente sentenza della quinta Sezione della Corte di Cassazione, che si trovava innanzi al caso di un imprenditore accusato di essersi messo in via permanente al servizio dell'associazione di tipo mafioso[165].

---

[163] A. CAVALIERE, *ibidem*, p. 331.

[164] In tal senso, C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia, cit.*, p. 343, quando pone in dubbio l'eventualità di punire l'imprenditore che abbia preso l'iniziativa di pagare la tangente, indotto da una situazione di estorsione ambientale.

[165] Cass. pen., Sez. V, 17 luglio 2015, n. 50130, in *Dejure*.

Prima di ricordare che la permanente disponibilità a porre in essere attività delittuose necessarie per il conseguimento dei fini dell'organizzazione rappresenta un sintomo univoco, indipendente dalla prova della formale affiliazione, dell'inserimento strutturale nel sodalizio, mentre la "legalizzazione" e la conseguente qualifica di uomo d'onore attengono a uno stadio più evoluto nella progressione carrieristica del mafioso nell'organigramma della *societas sceleris*, la sentenza ha modo di richiamare il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite Mannino. Risponde a titolo di "concorso esterno" il soggetto che, non inserito nella struttura organizzativa dell'associazione e privo dell'*affectio societatis* fornisce un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo, sempre che questo esplichi un'effettiva rilevanza causale, e quindi si configuri come condizione necessaria per la conservazione o il rafforzamento delle capacità operative dell'associazione e sia diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso della medesima.

La pronuncia riprende poi la distinzione tra "imprenditore colluso" e "imprenditore vittima", calandola in rapporto alla situazione concreta. Il primo intrattiene un rapporto di reciproci vantaggi consistenti per l'imprenditore nell'imporsi nel territorio dominante e per il sodalizio nell'ottenere risorse, servizi o utilità, mentre il secondo è soggiogato dall'intimidazione e non tenta di venire a patti con il sodalizio, ma cede all'imposizione e subisce il relativo danno ingiusto, limitandosi a perseguire un'intesa volta a limitare il danno.

Nel caso di specie, la quantità e la consistenza dei rapporti intrattenuti dall'imprenditore con la cosca mafiosa, tanto da rinvenirvi un punto di riferimento fondamentale per le attività economiche del clan, hanno indotto la Corte a confermare la qualificazione della condotta dell'imputato quale vera e propria partecipazione all'associazione. È peraltro interessante notare come decisivo ai fini dell'esclusione in capito all'imprenditore del solo ruolo di vittima sia stata la circostanza che questi conoscesse il luogo in cui si trovava un latitante del clan, non potendo una semplice vittima dei clan prendere contezza di simili notizie, anche in ragione dell'imponente organizzazione criminosa che veniva in rilievo. Il tutto andava poi a unirsi al rilevante investimento

commerciale costruito e messo a disposizione della consorteria mafiosa e alla notevole intelligenza pratica dimostrata nel corso di vari decenni.

3. Il c.d. "aggiustamento" dei processi di mafia. La sentenza Prinzivalli.

Una pronuncia che ha destato molto scalpore per le conclusioni cui è pervenuta la quinta Sezione della Cassazione attiene all'ampia casistica giudiziaria del c.d. "aggiustamento" di processi di mafia, in cui il magistrato si rende disponibile a pilotare processi penali in maniera tale da raggiungere un esito favorevole per l'associazione. La rilevanza pratica della questione trova del resto una conferma nella circostanza che sia stata oggetto di ben due delle pronunce a Sezioni unite che si sono occupate del "concorso esterno" (la sentenza Demitry e la sentenza Carnevale).

Nel caso di specie si richiedeva in particolare di accertare la responsabilità a titolo di concorso eventuale nel reato associativo di cui all'art. 416*bis* c.p. di un magistrato, per aver condotto una gestione imparziale del dibattimento al fine di avvantaggiare l'associazione mafiosa cui appartenevano degli imputati accusati di essere mandanti di alcuni omicidi "eccellenti", tramite, ad esempio, l'accoglimento puntuale delle richieste della difesa, anche se meramente dilatorie, l'emanazione di un parere negativo in ordine alla richiesta di misure di protezione per i giudici popolari, l'effettuazione di pressioni e minacce nei confronti di un altro giudice togato, e, infine, la manipolazione della motivazione della sentenza di assoluzione[166].

La Corte di Cassazione, ribaltando la sentenza impugnata, ha concluso « clamorosamente »[167] per la colpevolezza del magistrato che, indipendentemente dal condizionamento degli altri membri del collegio giudicante, aveva comunque

[166] Cass. pen., Sez. V, 20 aprile 2006, n. 16493, Prinzivalli, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1112, con nota di A. CORVI, *Il concorso esterno del magistrato nell'associazione di tipo mafioso*. Sull'attività di aggiustamento dei processi da parte di soggetti non organici, vedi anche per il passato Cass. pen., Sez. I, 6 giugno 1994, Bargi, in *Giust. pen.*, 1995, II, c. 18 e Cass. pen., Sez. I, 3 giugno 1994, Della Corte, in *Riv. pen.*, 1994, 114, con nota di A. TENCATI, *Favoreggiamento e partecipazione nell'art. 416bis del codice penale*.

[167] In questi termini si esprime V. MAIELLO, *Il concorso esterno, cit.*, p. 146.

assicurato il suo atteggiamento favorevole agli imputati: «[…] rimosso, infatti, l'estremo argine contro le malefatte del sodalizio criminale, Cosa Nostra si rinvigorisce della nuova linfa rappresentata dal contributo del magistrato colluso, ottenendo risultati favorevoli nell'immediato»[168].

A distanza di un anno dalla sentenza Mannino, che fa leva sulla irrinunciabilità della struttura condizionalistica dell'accertamento causale secondo lo schema logico del giudizio controfattuale, è seguita una pronuncia in cui riemerge una nozione di adeguatezza della condotta di concorso nel reato associativo, in funzione di mera idoneità *ex ante*, e dove manca qualsiasi traccia di un accertamento che sia realmente condotto *ex post*. Si fa solo un cenno ai risultati favorevoli nell'immediato, senza puntualizzare in cosa essi si siano tradotti.

A stupire ancora di più è il richiamo operato dalla Corte a una condotta idonea ad aumentare il senso di sicurezza fra gli appartenenti al sodalizio, per il tramite della categoria della causalità psichica da rafforzamento dell'organizzazione criminale la cui validità era stata chiaramente respinta dalle Sezioni Unite Mannino. In quell'occasione, la Suprema Corte aveva avuto modo di soffermarsi sui rischi derivanti dall'impiego della causalità psichica da rafforzamento nella materia *de quo*, rilevando che questa rappresenti sovente un espediente per colmare l'assenza di una prova dell'effettiva incidenza causale del contributo materiale per la realizzazione del reato.

Il ragionamento seguito dal giudice di secondo grado, che aveva sollevato l'intervento delle Sezioni Unite, non era peraltro così dissimile rispetto a quello svolto nella pronuncia Prinzivalli, giacché in tale occasione si era fondata la responsabilità penale di un noto esponente politico a titolo di concorso nel reato associativo sulla sua capacità di aumentare il senso di sicurezza degli associati, rafforzati dalla sola rappresentazione di poter contare sulla disponibilità manifestata dall'imputato. Nel richiedere una condotta che insinui nei membri dell'associazione criminosa la fiduciosa consapevolezza di poter contare sul sicuro apporto del "concorrente esterno", si finirebbe tuttavia, come per l'appunto hanno avuto modo di sottolineare le Sezioni Unite, con il legittimare

[168] Cass. pen., Sez. V, 15 maggio 2006, n. 16493, *cit.*.

una nozione debole di causalità, sconfinante entro il pericoloso territorio dell'aumento del rischio fino a determinare un'eccessiva espansione dell'area della responsabilità penale.

Di questi rischi non sembra tuttavia essersi fatta carico la Suprema Corte nel caso Prinzivalli, nel pervenire a una condanna del magistrato a titolo di "concorso esterno" in associazione mafiosa, quando i fatti commessi dall'imputato avrebbero potuto comunque essere ricondotti sotto la fattispecie di corruzione in atti giudiziari, in relazione alla quale si era peraltro raggiunta la prova della percezione di denaro da parte del magistrato in cambio dei suoi favori, diversamente rispetto a quanto accade sovente nella pratica giudiziaria[169].

Per poter affermare la penale responsabilità del magistrato "colluso", non basta invero una contiguità, né tantomeno la mera disponibilità a recare il suo contributo alla conservazione o al rafforzamento dell'organizzazione criminosa, e quindi la sola prova del venir meno dell'imparzialità di uno dei giudici, occorrendo piuttosto dimostrare che la sua opinione abbia concretamente condizionato i giudici del collegio e manipolato il processo decisionale e il verdetto[170].

[169] Il magistrato che nello svolgimento delle sue funzioni, per denaro o per altra utilità, compie un atto contrario ai doveri del suo ufficio per favorire uno o più associati mafiosi sottoposti a procedimento penale, commette il reato di corruzione in atti giudiziari punito dall'art. 319*ter* c.p., che dispone la reclusione da tre a otto anni. Ai sensi dell'art. 321 c.p., la stessa pena si applica anche al corruttore e all'eventuale intermediario, potendosi applicare inoltre l'ulteriore circostanza aggravante di agevolazione della consorteria mafiosa di cui all'art. 7 del d.l. n. 152/1991.

[170] A. CORVI, *Il concorso esterno, cit.*, p. 1121. Già le Sezioni Unite Carnevale, 30 ottobre 2003, *cit.*, avevano avuto modo di affermare che qualora si sostenga che una determinata decisione collegiale, anziché il prodotto di una autonoma scelta collettiva, rappresenti il risultato raggiunto attraverso la alterazione del regolare procedimento formativo della volontà collegiale, addebitabile a un singolo soggetto, «occorre fornire prova rigorosa di una condotta, da parte di quest'ultimo, se non di vera e propria coartazione e prevaricazione, almeno di concreto condizionamento esercitato sulla volontà dei componenti del collegio o di qualcuno di essi, che si siano perciò orientati ad operare proprio in funzione di quell'illecito intervento».

4. Il patto elettorale politico-mafioso.

4.1. Le sentenze Tursi Prato e Patriarca.

Con la sentenza del 1° giugno 2007, la Suprema Corte confermava la sentenza di condanna pronunciata dalla Corte di appello di Catanzaro per "concorso esterno" nel reato associativo in una fattispecie di scambio elettorale politico-mafioso, capovolgendo nuovamente il *dictum* delle Sezioni Unite Mannino[171].

Si legge nella pronuncia che basta il mero scambio delle promesse tra esponente mafioso e politico per integrare il sinallagma significativo del "concorso esterno". Non sono necessarie verifiche in concreto in ordine al rispetto degli impegni assunti, ove vi sia prova certa della conclusione dell'accordo, perché «è lo stesso accordo che di per sé avvicina l'associazione mafiosa alla politica, facendola in qualche misura arbitro anche delle sue vicende elettorali, e rendendola altresì consapevole della possibilità di influenzare perfino l'esercizio della sovranità popolare, e cioè del suo potere». Il mero accordo costituirebbe di per sé una sorta di legittimazione agli occhi dei consociati, a prescindere dagli eventuali vantaggi pratici e concreti conseguiti.

Anche se la questione del patto di scambio politico-mafioso assume oggi una valenza diversa per la questione di cui si discute alla luce della riforma

[171] Cass. pen., Sez. V, 6 febbraio 2007, n. 21648, in *Resp. civ. prev.*, 2007, n. 10, 2194. La prima pronuncia della Suprema Corte a essersi occupata della condotta dell'uomo politico colluso è peraltro pervenuta alla qualificazione del fatto come partecipazione interna all'associazione, sul presupposto che gli indagati avessero già da tempo instaurato il loro rapporto con la cosca mafiosa e si fossero procacciati voti per tale via in diverse consultazioni elettorali, con ciò aderendo ai programmi tipicamente criminosi di tali cosche per la parte relativa al controllo delle attività economiche (Cass. pen., Sez. I, 8 giugno 1992, Battaglini, in *Cass. pen.*, 1993, 842). Dopo la sentenza Battaglini non si registrano invece altre sentenze di legittimità che abbiano ritenuto configurabile una partecipazione interna al reato associativo nelle ipotesi di rapporti collusivi tra mafia e politica, salvo il caso peculiare della pronuncia Andreotti del 2004 che, per fatti verificatisi anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 416*bis* c.p., ha affermato che « […] In tema di associazione per delinquere, integra la condotta di partecipazione, specie in mancanza di un'affiliazione rituale, l'esplicazione di attività omogenee agli scopi del sodalizio, apprezzabili come concreto e causale contributo all'esistenza e al rafforzamento dello stesso, da parte del soggetto che ne sia stato accettato e in esso sia stabilmente incardinato con l'assunzione di determinati e continui compiti, anche per settori di competenza ». Cfr. Cass. pen., Sez. II, 15 ottobre 2004, Andreotti, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 593, con nota di A. CORVI.

dell'art. 416*ter* c.p., che punisce ormai espressamente anche l'ipotesi di scambio voti-favori, sì da sottrarlo ai complessi criteri strutturali del concorso eventuale[172], questo non esime dall'analizzare la giurisprudenza che di tale materia si è occupata per vagliare la tenuta dei principi elaborati dalle Sezioni Unite.

E come è stato giustamente osservato, in questa occasione non solo la Corte non si è attenuta ai canoni imposti dalla pronuncia Mannino, ma neppure li ha presi in considerazione al solo fine di confutarne la validità, nonostante la vicenda concreta fosse riconducibile anch'essa a condotte di promessa e impegno del politico a favore dell'associazione criminosa[173].

Non dissimili sono le conclusioni cui perviene la sentenza Patriarca, con cui la Suprema Corte ha confermato la condanna di un parlamentare per aver sollecitato il direttore di una filiale bancaria a porre in esecuzione un provvedimento del Tribunale della Prevenzione di dissequestro e restituzione, all'avente diritto, di un conto corrente intestato a una società ricollegabile a un *boss* della camorra[174].

A sorprendere qui è la disinvoltura con cui la Corte critica la difesa del ricorrente che avrebbe frainteso la portata della affermazioni delle Sezioni Unite Mannino, le quali non avrebbero affatto sancito la necessità che l'apporto del "concorrente esterno" raggiunga il risultato perseguito, ma si sarebbero limitate a richiedere una mera idoneità della condotta concorsuale a realizzare l'obiettivo del vantaggio associativo.

Ci si trova dunque di fronte a pronunce che sembrano sostenere persino il contrario di quanto sancito dalle Sezioni Unite per restituire al concorso eventuale nel reato associativo una giusta struttura compatibile con i principi costituzionali, giacché queste avevano espressamente escluso che la mera disponibilità o vicinanza all'associazione, o l'impegno preso dal politico privo

---

[172] Vedi *retro*, Cap. I, par. 4.

[173] V. MAIELLO, *Il concorso esterno, cit.*, p. 146.

[174] Cass. pen., Sez. VI, 13 giugno 2007, in *C.E.D. Cass.*, n. 244008. Per il commento alla sentenza Patriarca, vedi inoltre il contributo di V. MAIELLO, *Concorso di persone in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, in *Scenari di mafia, cit.*, pp. 160 e ss..

del carattere della serietà e concretezza, potessero ritenersi sufficienti a fondare una responsabilità penale.

E invero, la promessa e l'impegno del politico «intanto assumono veste di apporto dall'esterno alla conservazione o al rafforzamento dell'associazione mafiosa, rilevanti come concorso eventuale nel reato, in quanto, all'esito della verifica probatoria *ex post* della loro efficacia causale e non già mediante una mera valutazione prognostica di idoneità *ex ante* […] si possa sostenere che, di per sé, abbiano inciso immediatamente ed effettivamente sulle capacità operative dell'organizzazione criminale, essendone derivati concreti vantaggi o utilità per la stessa o per le sue articolazioni settoriali coinvolte dall'impegno assunto»[175].

Il fondamentale corollario che discende da queste affermazioni consiste allora nel ritenere che, laddove manchi la prova dell'efficienza causale dell'impegno sul piano dell'oggettivo potenziamento della struttura organizzativa, non si possa tentare una strada diversa che passi per un contributo al rafforzamento dell'associazione in chiave psicologica, limitandosi ad esempio a ritenere che in ragione del sostegno del politico risulterebbe aumentato il credito del sodalizio nel contesto ambientale di riferimento e rafforzato il senso di superiorità e prestigio dei capi[176].

È per questi motivi che la sentenza *Tursi Prato* così come la sentenza *Patriarca* sembrano celare nuovamente quella concezione eticizzante dell'istituto del "concorso esterno", quasi si pretendesse di educare i cittadini solamente attraverso lo strumento penale, perdendo di vista la dimensione sociale del fenomeno.

Seppure la posizione giuridica dei politici collusi con la mafia sia di difficile inquadramento per la complessità della prova del sinallagma e per la sua

[175] Cass. pen., Sez. Un., 12 luglio 2005, n. 33748, Mannino, *cit.*.

[176] Nello stesso senso, vedi anche Cass. pen., Sez. VI, 15 maggio 2000, n. 2285, in *Cass. pen.*, 2001, 2684, secondo cui nel caso di una relazione fra uomo politico e gruppo mafioso non basta, per la sussistenza del concorso esterno, una mera vicinanza al detto gruppo o ai suoi esponenti, anche di spicco, e neppure la semplice accettazione del sostegno elettorale dell'organizzazione criminosa, ma è necessario un vero e proprio patto, in virtù del quale l'uomo politico, in cambio dell'appoggio elettorale, si impegni a sostenere le sorti della stessa organizzazione in un modo che, sin dall'inizio, sia idoneo a contribuire al suo rafforzamento o consolidamento. In tale ottica non appare necessaria, per la consumazione del reato, la concreta esecuzione delle prestazioni promesse, anche se il più delle volte costituisce un elemento prezioso per la dimostrazione del patto e della sua consistenza.

assoluta peculiarità, laddove le due parti assumono l'impegno con promesse contestuali all'atto della stipula, mentre l'esecuzione dei rispettivi impegni è destinata a perfezionarsi in momenti diversi, questo non esime tuttavia dalla necessità di adottare un approccio concreto, che guardi caso per caso se la mera disponibilità abbia comportato o meno il consolidamento o rafforzamento dell'associazione criminosa, e « […] tutto dipenderà dalla qualità della promessa, dalla affidabilità e dalla caratura del politico promettente, dal contesto in cui i fatti si verificano »[177].

Da valutare positivamente è pertanto una più recente pronuncia della Suprema Corte che di questi principi fa salda applicazione, nel respingere l'ipotesi formulata dal giudice di merito in relazione a un supposto contrasto giurisprudenziale attinente alla sufficienza o meno della sola messa a disposizione del politico per la sua rilevanza penale [178].

Nei confronti del ricorrente veniva emessa ordinanza di custodia cautelare in carcere, poi confermata dal Tribunale del Riesame, per il reato di cui all'art. 416*bis* c.p., per essere stato eletto sindaco con l'appoggio elettorale di una cosca mafiosa ed aver assicurato sostegno logistico ed operativo ai componenti del clan, anche successivamente alla scadenza del mandato elettorale. Con il ricorso in Cassazione l'indagato contestava specificamente le risultanze giudiziali in ordine alla quantità e alla qualità dell'apporto al sodalizio criminale, consistente in una generica messa a disposizione non tale da integrare una fattiva partecipazione all'associazione criminosa.

La Cassazione, con la pronuncia in commento, si preoccupa di porre a confronto il concorso eventuale nel reato associativo e la vera e propria adesione al sodalizio criminale, escludendo anzitutto la connivenza non punibile in cui viene a mancare un contributo causale determinante per l'associazione. La sola riprovevolezza morale dei comportamenti o dei silenzi non può infatti rilevare quale condotta penalmente rilevante.

---

[177] C. F. GROSSO, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una configurazione possibile*, in *Foro it.*, V, 1996, cc. 121 e ss..

[178] Cass. pen., Sez. II, 10 dicembre 2014, n. 53675, in *Dir. e giust.*, fasc. 1, 2015, 3.

Il "concorrente esterno", pur essendo privo della *affectio societatis*, apporta un contributo causale concreto e specifico, rafforzando il convincimento degli associati o la struttura organizzativa. Non bastano invece la contiguità, la vicinanza o la compiacenza, potendo i medesimi rilevare solo quali riscontri della prova di contributi più decisamente orientati agli scopi dell'associazione a delinquere, in quanto suscettibili di produrre un apporto di rafforzamento o di consolidamento sull'associazione o quanto meno su un suo particolare settore.

La mera disponibilità a fornire il contributo richiesto dall'associazione non rileva, ma occorre l'effettività di tale contributo, l'attivazione del soggetto nel senso indicatogli dal sodalizio criminoso. Come hanno avuto modo di ribadire le Sezioni Unite del 2005, la conservazione, il consolidamento o il rafforzamento non devono esser intesi in senso soggettivo – psicologico (come aumento del prestigio e senso di impunità dei partecipi alla consorteria in virtù dell'appoggio politico) bensì in termini strettamente oggettivi, come riorganizzazione delle risorse dell'associazione in funzione della semplice promessa di appoggio politico, da cui deriva un immediato beneficio al clan quale potenziamento della sua efficacia operativa.

Il legame con l'associazione criminosa può poi essere ancora più forte, tanto da ritenerlo inserito stabilmente nella struttura criminale con la coscienza e volontà di partecipare attivamente alla realizzazione del programma delittuoso in modo stabile e permanente. Nel caso di specie si trattava proprio di stabilire se fossero stati raggiunti sufficienti e gravi indizi di colpevolezza in ordine alla partecipazione dell'indagato alla cosca Iamonte.

La Corte si preoccupa anzitutto di dissipare l'equivoco circa il supposto contrasto fra la giurisprudenza di legittimità in ordine alla sufficienza della sola messa a disposizione per la configurazione della partecipazione all'associazione.

La stessa sentenza citata dal giudice di merito afferma chiaramente nelle motivazioni che la nozione di associazione punibile a titolo di delitto contro l'ordine pubblico implica un'unione permanente e volontaria, finalizzata a conseguire scopi illeciti, e alla luce del principio di necessaria offensività del reato l'accordo può dirsi seriamente contratto solo ove ne risulti l'idoneità a mettere in pericolo l'ordine pubblico. Di conseguenza, l'adesione

all'associazione può dirsi provata quando venga dimostrata la consapevolezza e volontà di ciascun consociato di far parte del sodalizio e di partecipare con contributo causale "dinamico e funzionale" alla realizzazione del programma criminoso.

« Tale partecipazione ben può dunque esprimersi con la "messa a disposizione" dell'organizzazione criminale, purché sia ben chiaro che codesta messa a disposizione deve rivolgersi incondizionatamente al sodalizio ed essere di natura e ampiezza tale da dimostrare l'adesione permanente e volontaria ad esso per ogni fine illecito suo proprio. La "messa a disposizione" rilevante ai fini della prova dell'adesione all'associazione mafiosa non può risolversi perciò nella mera disponibilità eventualmente manifestata nei confronti di singoli associati, a servizio di loro interessi particolari, né con la promessa, e neppure con la prestazione, di contributi e specifiche attività, che, pur indirettamente funzionali alla vita dell'associazione, si risolvano in apporti delimitati, nel tempo e quanto a soggetti e oggetto cui sono rivolti. È d'altra parte principio consolidato che eventuali condotte di ausilio al sodalizio realizzate da colui che non è stabilmente inserito nella struttura associativa, sono semmai punibili a titolo di concorso esterno, sempre che però esplichino un'effettiva rilevanza causale per la conservazione o il rafforzamento della capacità operative dell'associazione ».

La messa a disposizione del soggetto non è dunque di per sé indice di appartenenza al sodalizio criminoso, potendosi in quel comportamento configurare la diversa ipotesi del "concorso esterno".

Gli elementi probatori raccolti nel caso di specie confermavano che l'indagato fosse un affiliato della cosca mafiosa e che costituisse un punto di riferimento per tutti gli affiliati in relazione alle competenze burocratiche di competenza dell'ente dal quale dipendeva. Aveva rapporti e frequentazioni con esponenti della cosca avendo partecipato anche a ristretti consessi di 'Ndrangheta nel corso dei quali si affrontavano tematiche di interesse operativo per il clan, ed era stato eletto sindaco grazie all'appoggio elettorale della cosca.

Va dunque considerato *intraneus* e non semplicemente concorrente eventuale il soggetto che accetti consapevolmente voti dell'assocazione mafiosa e che, una volta eletto a cariche pubbliche, diventi il punto di riferimento della

cosca mettendosi a disposizione in modo stabile e continuativo di tutti gli associati ai quali rende conto del proprio operato. Tale comportamento costituisce una prova dell'*affectio societatis,* dell'efficiente contributo causale al rafforzamento del proposito criminoso e all'accrescimento delle potenzialità operative e della complessiva capacità di intimidazione ed infiltrazione nel tessuto sociale dell'associazione criminale[179].

4.2. I rapporti tra il concorso eventuale nell'associazione di tipo mafioso e l'art. 416*ter* c.p..

Si è già fatto riferimento al vivace dibattito sviluppatosi intorno alla formulazione dell'art. 416*ter* c.p. nella sua versione antecedente alla riforma operata dalla legge 17 aprile 2014, n. 62, e che ritagliava fuori dal suo ambito applicativo gli accordi aventi a oggetto una controprestazione diversa dal denaro.

A fronte di chi escludeva l'applicazione dello schema concorsuale *ex* artt. 110 e 416*bis*, comma 3, c.p. all'ipotesi della stipulazione di un patto voti/favori tra un politico e il sodalizio mafioso per evitare un aggiramento dei precisi confini entro i quali il legislatore sembrava aver considerato penalmente rilevante un accordo politico – mafioso, l'orientamento maggioritario, confermato infine dalle Sezioni Unite Mannino, riconduceva alternativamente le condotte in questione nell'alveo della partecipazione all'associazione di stampo mafioso o nel concorso eventuale nell'art. 416*bis* c.p., a seconda della sussistenza o meno in capo all'agente del requisito dell'*affectio societatis*[180].

La scelta di incriminare espressamente l'accordo elettorale politico – mafioso non poteva essere intesa come espressiva dell'intento di limitare a questa sola fattispecie l'ambito di operatività dei variegati patti collusivi in

[179] Nello stesso senso, vedi anche la sentenza richiamata dalla Cassazione, Cass. pen., Sez. I, 7 giugno 2011, n. 26331, in *C.E.D. Cass.*, n. 250670, nonché Cass. pen., Sez. II, 20 aprile 2012, n. 18797, in *Riv. pen.*, 2013, 327 e Cass. pen., Sez. VI, 27 novembre 2012, n. 49757, in *Cass. pen.*, 2013, fasc. 12, 4433.

[180] Vedi *retro,* Cap. I, par. 4.

materia elettorale, negandosi rilievo a ogni altro accordo diverso da quel tipo di scambio. Anzi, la relativa incriminazione doveva leggersi come strumento di estensione della punibilità anche ai casi in cui il patto in questione, non risolvendosi in un contributo al mantenimento o rafforzamento dell'organizzazione, sarebbe rimasto penalmente irrilevanti ai sensi del combinato disposto degli artt. 416*bis* e 110 c.p..

L'ipotesi di un patto elettorale avente a oggetto lo scambio voti contro favori assumeva dunque una rilevanza penale a titolo di concorso nel reato di cui all'art. 416bis, comma 3, c.p., solamente laddove si fosse tradotto in un contributo causale alla conservazione o al rafforzamento dell'associazione criminosa[181].

Con l'attuale disposizione il legislatore, in risposta alle sollecitazioni provenienti da più parti, ha ampliato l'oggetto della controprestazione di chi ottiene la promessa di voti contemplando non solo il denaro, ma anche "*altra utilità*". Si è dato copertura in tal modo al diritto vivente venutosi a formare sulla vecchia formulazione criminosa, attraendo nell'orbita dell'art. 416*ter* c.p. quelli che sono stati definiti come patti elettorali "ad ampia latitudine", corrispondenti a tipologie di accordi tra politica e universo mafioso criminologicamente significative, e pertanto suscettibili di prova giudiziaria[182].

Quello su cui occorre in particolar modo soffermare l'attenzione è che la riforma non ha tipizzato una particolare ipotesi di concorso eventuale in associazione mafiosa, sicché continuano a permanere due fattispecie di reato

---

[181] Particolare clamore aveva suscitato in questo contesto la prima decisione emessa dalla Corte di Cassazione sul caso Frasca, che aveva annullato con rinvio al giudice di merito la sentenza di assoluzione, facendo coincidere la rilevanza penale del tipo di fatto considerato con il mero scambio di promesse tra il sodalizio e il candidato alle elezioni. La seconda sentenza della Cassazione ribadiva la non necessarietà del nesso causale per affermare la responsabilità dell'imputato a titolo di concorso nel reato di cui all'art. 416*bis* c.p., pervenendo comunque alla sua assoluzione perché il fatto non costituiva reato al momento dei fatti, quando ancora non erano entrati in vigore gli artt. 416*bis*, comma 3, e 416*ter* c.p., la cui applicazione avrebbe dunque violato il principio di irretrattività della legge penale. Per una attenta critica alle pronunce della Suprema Corte sul caso Frasca, vedi V. MAIELLO, *Una "judge-made law" italiana: l'affermata punibilità ex artt. 110 e 416bis c.p. del candidato alle elezioni che promette favori alla mafia in cambio di voti*, in *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale, cit.*, pp. 3 e ss..

[182] In questi termini, V. MAIELLO, *La nuova formulazione dello scambio elettorale politico mafioso (416ter c.p.)*, in *Studium iuris*, n. 1/2015, 1 e ss..

distinte che richiedono una breve riflessione che ne definisca i tratti distintivi nonché i relativi rapporti.

In primo luogo la promessa, e più in generale l'accordo, centrale nell'economia dell'art. 416*ter* c.p., non costituisce un elemento essenziale per l'integrazione della fattispecie concorsuale.

In secondo luogo nella nuova fattispecie viene a mancare la necessità di rinvenire un legame causale tra la condotta del politico e il consolidamento o rafforzamento dell'associazione criminosa, risultando sufficiente dimostrare la conclusione di un accordo che presenti i connotati descritti dall'art. 416*ter* c.p., che dunque viene ad assumere le caratteristiche di un reato di mera condotta. E tale distinzione si traduce in un differente trattamento sanzionatorio, più lieve per chi non contribuisca ad accrescere le potenzialità operative dell'organizzazione criminosa.

Nella sua nuova formulazione l'art. 416*ter* c.p. incrimina dunque una condotta diversa ma pur sempre complementare rispetto a quella punita ai sensi degli artt. 110 e 416*bis* c.p., tanto da indurre ad affermare che l'art. 416*ter* c.p. si ponga in un rapporto di sussidiarietà implicita con il concorso nel reato associativo, tutelando il medesimo interesse giuridico della libertà morale di più elettori da una forma forma di aggressione di intensità minore[183].

Queste conclusioni hanno posto il problema dei rapporti che si instaurano tra le due fattispecie quando il politico, a seguito della conclusione dell'accordo, agisca come concordato, e dunque determini un consolidamento o rafforzamento dell'associazione criminosa. Si richiede in particolare di stabilire se in questi casi sia configurabile un concorso di reati o un concorso apparente di norme.

[183] Anche in ordine all'interesse giuridicamente tutelato dall'art. 416*ter* c.p. non vi è totale unanimità di vedute. A fronte di chi ravvisa l'interesse tutelato nel buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione, e in particolare nell'interesse a un accesso alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, con una tutela mediata dell'ordine pubblico, vi è chi vi rinviene la tutela del principio di legalità democratica delle istituzioni politiche oppure la libertà dell'esercizio del diritto di voto. Poiché l'interesse tutelato dall'art. 416*ter* non può prescindere dall'art. 416*bis*, l'interesse tutelato dall'art. 416*ter* dovrebbe potersi identificare nella libertà morale di più persone, che deve essere protettta da intimidazioni mafiose ancor prima che raggiungano lo scopo di condizionarne effettivamente il libero esercizio del diritto di voto.

Un concorso di reati appare senz'altro configurabile esaminando la condotta nella prospettiva del soggetto che reca la promessa di procurare voti con il metodo mafioso. Il soggetto attivo, se inserito nell'organizzazione mafiosa, può essere chiamato a rispondere sia della fattispecie di cui all'art. 416*bis* c.p., in quanto partecipe all'associazione nei cui scopi tipici rientra anche il procacciamento di voti, sia della nuova previsione del comma 2 dell'art. 416*ter* c.p..

Per quanto riguarda invece la posizione dell'esponente politico destinatario della promessa di voti, la possibilità di contestare entrambi i reati determinerebbe una responsabilità del politico per due diversi titoli di reato a fronte di una medesima condotta, con violazione del principio del *ne bis in idem*[184].

Se le due fattispecie descrivono un'ipotesi di progressione criminosa, in cui il legislatore punisce sia la condotta del mero patto elettorale, sia quella dell'effettivo consolidamento o rafforzamento della *societas sceleris*, al politico dovrebbe contestarsi la sola fattispecie più grave in base al criterio della consunzione, per cui si ritiene assorbita nel concorso eventuale nell'associazione di stampo mafioso la meno grave fattispecie di cui all'art. 416*ter* c.p., che potrebbe in tale prospettiva considerarsi un antefatto non punibile[185].

La riforma ha peraltro sollevato sin da subito delicati problemi di diritto intertemporale per stabilire se ci si trovi di fronte a un'*abolitio criminis* parziale della figura di reato, con conseguente applicazione delle regole di cui al comma 2 dell'art. 2 c.p., oppure se si sia verificata una mera modificazione di disciplina rientrante nei commi 3 e 4 dell'art. 2 c.p..

Per l'integrazione della fattispecie di accettazione della promessa di voti da parte del candidato, in cambio di denaro in favore dei partecipanti al

[184] Per la giurisprudenza, vedi Cass. pen. Sez. VI, 9 novembre 2011, n. 43107, in *C.E.D. Cass.*, n. 251370, che in relazione alla precedente formulazione dell'art. 416*ter* c.p. aveva ravvisato un concorso con il reato di cui all'art. 416*bis* c.p. nell'ipotesi in cui la successiva condotta del politico a sostegno degli interessi dell'associazione che gli abbia promesso o procurato i voti assuma i caratteri della partecipazione ovvero del concorso esterno all'associazione medesima per condotte indirizzate in altro modo al sostegno degli interessi del sodalizio.

[185] In tal senso, V. MAIELLO, *Sul preteso carattere permanente del "concorso esterno"*, in *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale, cit.*, pp. 176-180.

sodalizio criminoso, un orientamento antecedente alla riforma non riteneva sufficiente la mera qualità di mafioso della controparte che prometteva voti, essendo necessario che l'accordo prevedesse l'uso di metodi mafiosi per condizionare il corretto e libero esercizio della consultazione lettorale. L'impiego del metodo mafioso doveva dunque esprimersi sotto forma di "indicazione espressa" e non erano sufficienti la semplice esistenza e notorietà del vincolo associativo[186].

Altro orientamento interpretativo[187] considerava invece sufficiente ad integrare il reato il mero accordo stretto con l'organizzazione, atteso che nella qualità di "mafioso" del soggetto con il quale si concludeva il patto era insita l'utilizzazione del metodo mafioso per condizionare l'esercizio del diritto di voto. L'art. 416*ter* c.p. costituisce un'anticipazione della tutela penale rispetto al "concorso esterno": se per la sussistenza del "concorso esterno" era necessario un accordo che avesse effettivamente avuto un'efficienza causale in relazione al rafforzamento o al mantenimento del vincolo associativo, nell'art. 416*ter* c.p. si prescindeva dall'accertamento di tale requisito.

Di conseguenza per l'integrazione della fattispecie doveva ritenersi sufficiente lo scambio di promesse tra il soggetto attivo e l'associazione mafiosa, non essendo necessari né l'effettiva dazione della somma di denaro pattuita, né l'avvalersi o il pattuire concretamente modalità mafiose per il procacciamento di voti.

Con riferimento alla nuova formulazione, si è recentemente sviluppato un contrasto all'interno della stessa VI Sezione penale della Cassazione[188].

La prima pronuncia n. 36382 ha affermato che la riforma è intervenuta sul contenuto della promessa formulata dall'esponente mafioso, prescrivendo espressamente che le modalità di procacciamento dei voti debbano costituire oggetto del patto di scambio, « in funzione dell'esigenza che il candidato possa

[186] Cass. pen., Sez. III, 3 dicembre 2003, Siracino, in *Foro it.*, 2004, II, 508.

[187] Cass. pen., Sez. I, 21 agosto 2012, Battaglia, in *Arch. pen.*, 2012, n. 3.

[188] Cass. pen., Sez. VI, 28 agosto 2014, n. 36382, e Cass. pen., Sez. VI, 9 settembre 2014, n. 37374, in *Cass. pen.*, 2014, 3707, con nota di M. GAMBARDELLA, *Diritto giurisprudenziale e mutamento legislativo. Il caso del delitto di scambio elettorale politico – mafioso*, il quale nega qualsiasi astratta vicenda abolitiva tra la vecchia e la nuova formulazione dell'art. 416*ter* c.p..

contare sul concreto dispiegamento del potere di intimidazione proprio del sodalizio mafioso e che quest'ultimo si impegni a farvi ricorso, ove necessario ». Il metodo mafioso si rivela in questa prospettiva funzionale all'esigenza di punire non un semplice accordo politico – elettorale del candidato con il sodalizio di tipo mafioso, bensì quell'accordo avente a oggetto l'impegno del gruppo malavitoso ad attivarsi nei confronti del corpo elettorale con le modalità intimidatorie connotanti la sua attività criminosa.

Non è dunque più sufficiente ai fini dell'integrazione della fattispecie che venga siglato un patto tra il politico e il mafioso, poiché la fattispecie richiede un nuovo elemento costitutivo del reato, consistente nell'espresso impegno del procacciatore di voti ad operare secondo le modalità previste dal terzo comma dell'art. 416*ter* c.p., positivizzandosi in tal modo l'orientamento interpretativo sorto in seno alla previgente formulazione. La stessa sentenza precisa poi che sul piano dell'elemento soggettivo sia necessario accertare la piena rappresentazione e volizione da parte dell'imputato di aver concluso un patto implicante l'impiego della forza di intimidazione e costrizione tipica del sodalizio mafioso.

Un confronto tra i risultati derivanti dall'applicazione di ciascuna delle norme incriminatrici alla fattispecie concreta ha portato dunque la Corte a concludere che la nuova formulazione dell'art. 416*ter* c.p. abbia prodotto una parziale *abolitio criminis*. All'esito dell'intervento legislativo devono ritenersi penalmente irrilevanti quelle condotte, antecedenti alla riscrittura dell'art. 416*ter* c.p., che siano consistite unicamente in una stipulazione del patto politico – mafioso, senza che questo abbia contemplato espressamente l'impiego di modalità intimidatorie da parte dell'affiliato nel procacciamento dei voti.

Di contrario avviso è una successiva pronuncia del 9 settembre, emessa a pochi giorni di distanza dalla stessa Sezione, che rileva come il metodo mafioso potrebbe costituire al più l'oggetto di una intenzione del promittente, o del patto eventualmente concluso, ma non una componente materiale della condotta tipica, rispetto alla quale costituisce un *post factum* punibile semmai con riguardo a diverse fattispecie criminose.

La sentenza ribadisce dunque le conclusioni cui era pervenuta la giurisprudenza in relazione al precedente art. 416*ter* c.p., per cui ciò che è

essenziale è la certezza dell'intervento di componenti dell'associazione di stampo mafioso nel condizionamento del voto e l'avvenuta promessa da parte dell'estraneo della corresponsione di denaro in cambio del procacciamento di consenso, risultando indifferente che le somme vadano a retribuire il singolo voto procacciato o l'azione dei responsabili che vadano a esercitare concretamente l'attività sul territorio[189].

5. Altre pronunce sulle condotte dei professionisti appartenenti alla c.d. borghesia mafiosa.

5.1. Un'interessante pronuncia della Cassazione (n. 18797/2012) sul ruolo del professionista che entra in contatto con le associazioni di tipo mafioso.

Nel 2012 una pronuncia della Suprema Corte[190] ha colto l'occasione per riprendere la tematica della rilevanza penale di condotte di professionisti rientranti in quella generale categoria della c.d. borghesia mafiosa, pronunciandosi su un'ordinanza del Tribunale del riesame di Milano confermativa della misura della custodia cautelare in carcere di un medico accusato di aver consapevolmente fornito un apporto esterno all'associazione mafiosa, ricoprendo il ruolo di collegamento tra i membri del sodalizio criminoso e ambienti istituzionali, politici imprenditoriali, e mettendo anche in contatto i membri del sodalizio con appartenenti all'ordine giudiziario.

La Suprema Corte si preoccupa anzitutto di ricordare come la differenza tra partecipante organicamente inserito e "concorrente esterno" vada rinvenuta nel fatto che il "concorso esterno" sussiste in capo alla persona che, priva della *affectio societats*, ossa della consapevolezza e volontà di inserirsi nell'associazione condividendo lo scopo del raggiungimento dei fini della stessa, e non inserita

[189] Vedi sul punto l'ampia riflessione di V. MAIELLO, *Il nuovo art. 416ter c.p. approda in Cassazione*, in *Giur. it*., n. 11/2014, 24, che ritiene necessario l'ancoraggio del requisito modale di procacciamento dei voti alle diverse tipologie empirico criminologiche di riferimento.

[190] Cass. pen., Sez. II, 20 aprile 2012, n. 18797, in *C.E.D. Cass.*, n. 252827.

nella struttura organizzativa del sodalizio, fornisca un contributo concreto, specifico, consapevole e volontario, a carattere indifferentemente occasionale o continuativo, purché detto contributo abbia un'effettiva rilevanza causale ai fini della conservazione o del rafforzamento dell'associazione, e l'agente si rappresenti, nella forma del dolo diretto, l'utilità per la realizzazione anche parziale del programma criminoso.

La prova del "concorso esterno" nel reato associativo deve avere a oggetto gli elementi costitutivi della fattispecie delittuosa, sicché esulano dall'ipotesi in esame situazioni quali la "contiguità compiacente" o la "vicinanza" o la "disponibilità" nei riguardi del sodalizio o dei suoi esponenti, anche di spicco, quando non siano accompagnati da positive attività che abbiano fornito uno o più contributi suscettibili di produrre un oggettivo apporto di rafforzamento o consolidamento dell'associazione o quanto meno su un suo particolare settore.

Non basta dunque la mera disponibilità a fornire il contributo richiesto dall'associazione, ma occorre l'effettività di tale contributo l'attivazione del soggetto nel senso indicatogli dal sodalizio criminoso. La mera frequentazione di soggetti affiliati al sodalizio per motivi di parentela, amicizia o rapporti d'affari non costituiscono elementi di per sé sintomatici dell'appartenenza all'associazione, ma possono essere utilizzati come riscontri da valutare ai sensi dell'art. 192, comma 3, c.p.p., quando risultino connotati da abituale o significativa reiterazione e connotati dal necessario carattere individualizzante[191].

Nel notare come la differenza tra concorso eventuale e partecipazione al reato associativo, seppure in astratto ben scolpita, possa essere difficilmente individuabile in concreto nei casi limite come quello in esame, la Corte si premura di indugiare su ulteriori precisazioni.

Il prender parte al fenomeno associativo implica sul piano fattuale un ruolo dinamico e funzionale in esplicazione del quale il soggetto fornisca uno stabile contributo rimanendo a disposizione dell'ente per il perseguimento di comuni fini criminosi, non occorrendo atti formali o prove particolari dell'ingresso nell'associazione che può avvenire nei modi più diversi. La

[191]Così, Cass. pen., Sez. Un., 21 maggio 2003, n. 22327, Carnevale, *cit.*.

condotta può assumere peraltro forme e contributi diversi e variabili proprio perché, per raggiungere i fini dell'associazione, occorrono diverse competenze e diverse mansioni.

Normalmente l'attenzione si concentra sulla commissione dei reati fine che vengono assunti ad indice del fenomeno associativo che sta a monte, anche per la maggiore facilità dell'onere probatorio gravante sull'accusa. Ma è importante sottolineare come non sia meno importante quell'attività che serve all'associazione per infiltrarsi nella società civile in cui agisce dietro la presenza di personaggi apparentemente insospettabili che, per le specifiche competenze professionali possedute, avvantaggiano l'associazione favorendola nel rafforzamento del potere economico, nella protezione dei suoi membri o nell'allargamento delle conoscenze e dei contatti con altri membri influenti della società civile[192].

In questi casi, la partecipazione deve essere equiparata a quella di un *intraneus* ove l'attività svolta presenti i caratteri della specificità e continuità e sia funzionale agli interessi e alle esigenze dell'associazione alla quale fornisca un contributo causale efficiente. Il ruolo di collegamento stabile con una rete di politici, pubblici amministratori, professionisti, imprenditori, uomini delle forze dell'ordine, avvocati e magistrati non è meno rilevante per l'esistenza dell'associazione. Le collusioni con gli investigatori e inquirenti, le fughe di notizie riservate possono finanche portare al fallimento delle indagini.

Ebbene, all'indagato era contestato di essere un concorrente nell'associazione mafiosa Valle Lampada, assumendo un ruolo di collegamento della stessa con ambienti istituzionali, politici e imprenditoriali, partecipando

[192] Cass. pen., Sez. VI, 6 febbraio 2004, n. 13910, in *C.E.D. Cass.*, n. 229213, ha, ad esempio, ritenuto penalmente rilevante a titolo di concorso nell'associazione di tipo mafioso le prestazioni professionali rese da un notaio le quali, pur astrattamente dovute in favore di chiunque ne faccia richiesta, devono essere rifiutate allorché di esse possa ragionevolmente ritenersi che riguardano atti od operazioni illeciti, o apparentemente leciti, compiuti da soggetti mafiosi. Nella specie veniva in rilievo la condotta di un notaio che aveva prestato la sua opera in tutte le fasi, durate per anni, di una complessa e articolata speculazione edilizia, del valore di svariati miliardi di lire, progettata da un noto clan camorristico, consentendone la realizzazione non solo mediante il rogito di numerosi atti negoziali, ma anche attraverso l'avallo al pagamento di tangenti da parte di prestanome al capo-clan, la custodia di assegni a garanzia emessi dopo l'acquisto del terreno da lottizzare, insomma l'assunzione della veste di garante del buon esito dell'intera operazione, in cambio di che aveva ottenuto dai membri dell'associazione con l'appoggio elettorale in un collegio senatoriale.

sistematicamente alle riunioni dei componenti del sodalizio, presentandoli a magistrati e attivandosi per sostenerne la candidatura e condividendo interessi economici.

La gravità degli indizi a carico del medico è in questo caso talmente ampia da indurre la Suprema Corte a ipotizzare la sua partecipazione effettiva all'associazione criminale, per i continui e costanti contatti, frequentazioni e rapporti, anche di natura economica, assumendo l'indagato un ruolo stabile, portatore di un contributo duraturo e consapevole all'attività illecita perseguita dall'associazione mafiosa.

5.2. La condotta dell'avvocato.

Un'ulteriore situazione particolarmente problematica attiene alla qualificazione giuridica della condotta dell'avvocato che assista i membri di un'associazione mafiosa, dove il *discrimen* tra partecipazione all'associazione criminale e concorso di persone si fa molto più labile per le difficoltà di distinguere ciò che costituisce esercizio legittimo della professione da quanto da questa esuli.

Se è da ritenersi pienamente lecita quell'attività in cui il professionista, senza lasciarsi coinvolgere nell'attività del cliente, si limiti a fornirgli consigli, pareri e assistenza, che si mantengano nell'ambito della liceità penale, diversa è la situazione in cui il difensore si lasci coinvolgere in prima persona nell'attività del cliente mafioso. Questo avviene quando, finanche non partecipando in prima persona all'attività del cliente mafioso, l'avvocato fornisca pareri e assistenza *contra legem*, divenendo un "consigliori", ossia un consigliere di fiducia dell'associazione mafiosa, con il compito di suggerire sistemi e modalità di elusione fraudolenti. A seconda delle concrete situazioni, risponderà di concorso nel reato associativo o di vera e propria partecipazione alla cosca mafiosa.

Un recente sentenza della Corte di Cassazione[193] ribadisce come l'attività dell'avvocato che divenga un vero e proprio consigliori dell'associazione mafiosa

[193] Cass. pen., Sez. II, 8 aprile 2014, n. 17894, in *C.E.D. Cass.*, n. 259256.

vada stigmatizzata con forza, proprio in quanto tutti i sistemi di elusione, riciclaggio e infiltrazione mafiosa nella società civile sono resi possibili solo grazie alle sofisticate consulenze di professionisti pronti a colludere e tradire la propria professione, contribuendo in modo determinante a far raggiungere alle cosche mafiose gli obiettivi di rinforzarsi e penetrare nella società civile.

Guardando alle concrete condotte tenute dall'avvocato nel caso di specie, la Corte ha premura di sottolineare come non sia un consiglio professionale quello di suggerire all'associato di sbarazzarsi del commercialista di fiducia per sostituirlo con altro soggetto con il preciso scopo di corromperlo o partecipare costantemente alle decisioni strategiche della società facente capo alla cosca mafiosa, acconsentendo alla partecipazione a sistemi pilotati di appalti, e di parlare ripetutamente con singoli associati, adoperando un linguaggio cifrato, chiamandoli con gli specifici soprannomi e incontrandoli fuori dal proprio studio.

Questo il principio di diritto: il consigliori è il consigliere di fiducia dell'associazione mafiosa con il compito, in quanto esperto di leggi e finanza, di suggerire sistemi e modalità di eluderle in modo fraudolento. Di conseguenza, risponde di concorso in associazione mafiosa l'avvocato che, lasciandosi coinvolgere nell'attività del cliente mafioso abdica al suo ruolo e, o perché diventa socio in quell'attività, o perché fornisce consigli, pareri ed assistenza *contra legem*, contribuisce con quella sua attività alla conservazione, rafforzamento e realizzazione del programma criminoso dell'associazione mafiosa.

L'avvocato che si accordi con il proprio cliente per far predisporre una documentazione falsa al fine di ottenere un provvedimento favorevole, che si presti per far uscire dal carcere comunicazioni di interesse per la cosca e che fornisca pareri sulle scelte strategiche, fornisce infatti un contributo causale rilevante al consolidamento dell'associazione criminosa. Sono queste attività che non si esauriscono in una mera disponibilità o vicinanza a tale struttura, ma che provano l'attivazione del soggetto nel senso indicatogli dal sodalizio[194].

[194] In questo senso Cass. pen., Sez. VI, 12 giugno 2014, n. 36203 e Cass. pen., Sez. II, 17 giugno 2015, n. 32004, in *Dejure*.

CAPITOLO III
LA STRUTTURA DEL CONCORSO EVENTUALE NEL REATO ASSOCIATIVO

SOMMARIO: 1. L'elemento oggettivo del concorso eventuale nel reato associativo e il nesso di causalità in funzione di tipizzazione delle condotte punibili. – 1.1. Le criticità dell'accertamento causale nel concorso di persone nel reato. – 1.2. Dalla teoria della causalità agevolatrice alle c.d. "teorie soggettive". Critica. – 1.3. La teoria della *condicio sine qua non*. – 1.4. Il criterio della *condicio sine qua non* e la rilevanza penale del concorso eventuale nel reato associativo. – 1.5. Il *tempus commissi delicti* del concorso eventuale nel reato associativo. – 2. Il dolo del concorrente eventuale, tra consapevolezza e volontà di contribuire al raggiungimento degli scopi della *societas sceleris*. – 3. I rapporti tra concorso eventuale nel reato associativo e favoreggiamento personale. – 4. Confutazione delle teorie elaborate dalla dottrina per individuare i tratti essenziali del concorso eventuale nel reato associativo. – 4.1. L'affiliazione tra concorso e partecipazione al reato. – 4.2. "Chiunque concorra è partecipe". – 4.3. La tesi di Muscatiello e il concorso nella singola condotta partecipativa. – 5. Il caso Dell'Utri. Un'occasione per cogliere l'autentico *punctum dolens* dei processi sulla mafia. – 6. Il "concorso esterno" nell'associazione di tipo mafioso innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Riflessioni a margine della sentenza Contrada e prime reazioni della giurisprudenza. – 6.1. Introduzione. Il caso Contrada. – 6.2. Due interpretazioni antitetiche fornite dalla giurisprudenza in risposta alle statuizioni della Corte Edu. – 6.2.1. La sentenza "Infinito". – 6.2.2. Tribunale di Catania del 21 dicembre 2015. – 6.3. Considerazioni conclusive.

1. L'elemento oggettivo del concorso eventuale nel reato associativo e il nesso di causalità in funzione di tipizzazione delle condotte punibili.

1.1. Le criticità dell'accertamento causale nel concorso di persone nel reato.

Quando si affronta il tema della punibilità di una condotta esterna rispetto al sodalizio criminoso, ciò che deve essere indagato è il criterio alla stregua del quale possa ritenersi punibile una condotta necessariamente atipica che insieme agli altri membri del sodalizio criminoso concorre alla realizzazione dell'offesa

ingiusta, sintetizzata nell'unione di più soggetti idonea a ledere l'interesse giuridicamente tutelato dal reato associativo.

Dal momento che le problematiche sollevate dalla figura del "concorrente esterno" non sono dissimili rispetto a quelle attinenti alla punibilità di contributi concorsuali non descritti dalle fattispecie incriminatrici di parte speciale, le riflessioni sull'elemento oggettivo del concorso eventuale nel reato associativo non possono essere diverse rispetto a quelle involgenti i criteri di individuazione del contributo atipico punibile grazie all'innesto dell'art. 110 c.p. sulla singola norma incriminatrice. Che il legislatore incrimini direttamente una fattispecie di cui la pluralità di agenti costituisce un elemento di tipicità non cambia i termini della questione, se non per quanto attiene al già sollevato *deficit* di tipicità insito nei reati associativi.

Il dato normativo da cui muovere è l'art. 110 c.p., la cui genericità nel descrivere la condotta rilevante in un concorso di persone nel reato non consente di capire chiaramente neppure se il nesso eziologico sia un elemento necessario per punire il concorso di più persone nel reato[195].

Una ricostruzione completa che consenta di individuare i tratti costitutivi che devono caratterizzare un contributo atipico alla realizzazione collettiva di un reato per poterlo fornire di una rilevanza penale ha come premessa una considerazione fondamentale: concorrere in un reato significa partecipare alla realizzazione di un'offesa ingiusta[196].

Secondo le premesse da cui muove la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale, dalla fusione delle singole fattispecie incriminatrici con la clausola generale di cui all'art. 110 c.p. nasce una nuova fattispecie cui vanno ricondotte tutte le ipotesi di partecipazione, e che potrà manifestarsi in concreto come

[195] Le diverse teorie formulate sulla fattispecie da applicare ai compartecipi possono ricomprendersi in tre gruppi. Secondo l'ormai risalente concezione estensiva di autore, il compartecipe sarebbe incriminato già alla stregua della fattispecie incriminatrice di parte speciale, poiché per essere considerato autore di un reato non dovrebbe compiere tutti gli elementi della condotta ivi descritta, ma sarebbe sufficiente che la sua condotta leda il bene giuridicamente tutelato. Al riguardo basti il rilievo secondo cui una simile concezione "cozzerebbe" con il principio di legalità in materia penale, il quale vuole che la condotta tipica sia solo quella direttamente descritta dalla fattispecie incriminatrice di parte speciale. Per la teoria dell'accessorietà vedi invece nota.

[196] M. GALLO, *Diritto penale italiano*, Vol. II*, cit*, pp. 120 e ss..

fattispecie di esecuzione frazionata o come fattispecie di concorso a struttura accessoria[197].

All'analisi delle teorie elaborate dalla dottrina in tema di causalità nel concorso di persone nel reato non è peraltro di ostacolo l'opzione a favore della teoria dell'accessorietà o della teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale. La fattispecie plurisoggettiva eventuale ricomprende nel suo ambito, oltre ai casi di esecuzione frazionata, anche le ipotesi in cui una condotta atipica accede all'altrui condotta tipica, rispetto alle quali si pone un problema di legame causale in funzione di tipizzazione della condotta punibile.

La questione del nesso causale assume rilevanza indubbiamente centrale nella materia di cui si discorre, poiché il punto cruciale del concorso eventuale nel reato associativo attiene alla possibilità di punire condotte di sostegno da parte di soggetti esterni rispetto al sodalizio che sembrano non avere un'efficacia determinante per l'esistenza dell'organizzazione criminosa. È in sostanza il problema sotteso alla nozione di agevolazione che mina le fondamenta di un diritto penale ruotante intorno al principio della responsabilità penale personale per un fatto tipico proprio, e non altrui[198].

Non serve spendere molte parole per palesare i rischi insiti in una nozione che sembra riecheggiare tipi d'autore piuttosto che un diritto saldamente ancorato al fatto commesso, con uno scivolamento verso l'incriminazione di

---

[197] Per la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale, vedi M. GALLO, *Diritto penale italiano*, Vol. II, *cit.*, pp. 93 e ss.. *Contra*, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, cit.*, pp. 531 e ss, che osserva come la pretesa di ricostruire una fattispecie unica, sulla base della quale vengano chiamati a rispondere tutti i compartecipi, contrasterebbe con la possibilità che i concorrenti non rispondano penalmente in modo uguale per la presenza di circostanze del reato o cause di esclusione della pena attinenti a taluno solo di essi o per l'eventualità di un concorso in presenza di diversi titoli di responsabilità. Per questi motivi. Occorre integrare la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale affermando che dall'incontro delle disposizioni sul concorso di persone con la fattispecie incriminatrice di parte speciale nascano tante fattispecie plurisoggettive quanti sono i soggetti che cooperano alla realizzazione criminosa. Tutte hanno come base comune lo stesso nucleo di accadimento materiale, ma si differenziano tra loro per l'atteggiamento psicologico o per altri aspetti esteriori, i quali determinano una diversità nel trattamento sanzionatorio concretamente applicabile.

[198] Per una completa ricostruzione della nozione di agevolazione sia in rapporto alla disciplina del concorso di persone nel reato, sia come figura qualificante di singole fattispecie incriminatrici, vedi l'importante opera monografica di L. STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Cedam, 1981.

condotte ben lontane anche dalla sola messa in pericolo di un interesse tutelato, tanto da coinvolgere meri atteggiamenti interiori di ribellione all'ordinamento[199].

Che agevolare significhi facilitare, aiutare, rendere più agevole non è questione da porre in dubbio. Ma come ancorare una mera spiegazione etimologica a un criterio più definito?

L'agevolazione in questa prospettiva diviene il punto più delicato dell'intera materia del concorso di persone nel reato, in quanto viene a delineare quella soglia oltre la quale si reputa legittimo l'intervento penale. Il problema coincide esattamente con quello sotteso alla punibilità o meno di chi, pur non facendo parte di un'associazione criminosa, instauri con essa un contatto, un rapporto.

Affermare che rileva penalmente quella condotta lesiva dell'interesse tutelato non può essere soddisfacente, è solamente un asserto che si risolverebbe in una mera tautologia. L'unico terreno sul quale sembra possibile trovare una soluzione, come del resto emerge dalla copiosa elaborazione che si è occupata dell'argomento, è quello della causalità[200].

Il richiamo a categorie di origine sociologica, come quelle di "contiguità compiacente" e "contiguità soggiacente", se esprime la necessità di rinvenire una spiegazione per la punibilità di determinate condotte, rischia al contempo di accentuare la violazione dei principi cardine del diritto penale quando viene sganciato dalla realtà degli accadimenti materiali. In questo si sostanzia l'efficacia determinante del nesso eziologico, nel ricondurre a un concreto accertamento storico di effettiva partecipazione e influenza sulla lesione dell'interesse tutelato dalla norma penale condotte la cui punizione resterebbe altrimenti affidata a valutazioni ideologiche, se non politiche, del caso concreto.

Per individuare il criterio causale idoneo a distinguere tra condotte punibili e condotte di mera agevolazione non basta tuttavia il solo superamento della

---

[199] Così, se la fornitura del veleno sicuramente aiuta l'omicida, nessuno si sentirebbe di incriminare l'amico per il suo sguardo rassicurante.

[200] Per tutti, vedi A. R. LATAGLIATA, voce *Concorso di persone nel reato*, in *Enc. Dir.*, Vol. VIII, 570, che osserva come fosse precisa intenzione del legislatore ancorare la regolamentazione giuridico-penale della compartecipazione criminosa ai principi che presiedono il rapporto causale tra condotta umana ed evento, per cui l'istituto del concorso trova il suo antecedente logico nel rapporto di causalità.

teoria dell'accessorietà a favore della teoria della fattispecie plurisoggetiva eventuale, poiché questa consente sì di trovare una giustificazione dommatica alla disciplina del concorso di persone nel reato e di fornire una risposta a quelle ipotesi problematiche in cui nessuno dei concorrenti realizza singolarmente la fattispecie tipica di reato, ma richiede di essere integrata con un criterio che consenta di punire con la maggiore oggettività possibile ciò che la singola fattispecie incriminatrice non prevede espressamente[201].

Nel tentativo di ricostruire la struttura della causalità nel concorso di persone nel reato, le riflessioni degli studiosi si sono concentrate principalmente sulle difficoltà derivanti dall'adozione del criterio della *condicio sine qua non*, nonché sull'individuazione in via unitaria del secondo termine della relazione causale.

Sotto il primo profilo le perplessità ruotano in ordine alla possibilità di applicare il procedimento di eliminazione mentale sotteso al criterio della *condicio sine qua non*, che seppure idoneo a definire il nesso causale rilevante per le fattispecie monosoggettive di parte speciale, tanto da individuare la condotta tipica nelle fattispecie causalmente orientate, condurrebbe a un'eccessiva restrizione dell'area del penalmente rilevante se utilizzato per designare la condotta atipica punibile a titolo di concorso nel reato. Nella partecipazione criminosa « si verificherebbe l'apparente paradosso per cui il criterio condizionalistico, che rispetto al reato monosoggettivo è troppo ampio, applicato al concorso di persone è troppo ristretto »[202].

---

[201] Sostanzialmente da respingere sono quelle teorie finalistiche che nascono dal timore che il solo ricorso al criterio causale finirebbe con il punire le più remote azioni e che sostengono che sarebbe la comune volontà di agire a rendere penalmente rilevanti comportamenti non tipici. Se l'elemento psicologico viene calato sul piano dell'azione, questo porterebbe ad affermare la necessità che il concorso di persone nel reato richieda sempre un identico elemento soggettivo per tutti i correi. Sul finalismo calato nella teoria del concorso di persone nel reato, vedi A. R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Morano, 1964, e l'importante monografia sulla teoria finalistica dell'azione nella dottrina tedesca di M. GALLO, *La teoria dell'azione finalistica nella più recente dottrina tedesca*, Giuffrè, 1967. In una prospettiva non dissimile vedi A. PAGLIARO, *Principi, cit.*, pp. 528 e ss., secondo il quale il criterio di imputazione non starebbe nella causalità, che potrebbe pure mancare, bensì nella "realizzazione del volere", richiedendosi che sul piano oggettivo «ciascun compartecipe apporti un contributo che faccia "sua" l'intera realizzazione criminosa».

[202] G. INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. II, 437.

È dunque opinione diffusa che numerose condotte considerate pacificamente meritevoli di pena non sarebbero penalmente rilevanti ai sensi dell'art. 110 c.p., in quanto non dotate di un'efficacia condizionante[203]. Non si tratterebbe soltanto di disquisire sulla meritevolezza o meno di pena di una condotta, poiché sarebbe lo stesso dato normativo, e in particolare l'art. 114 c.p., che consente al giudice di ridurre la pena per chi abbia avuto minima importanza nella preparazione o nelle esecuzione del reato, a suggerire la rilevanza penale di condotte prive del carattere di *condicio sine qua non* dell'evento[204].

Simili problematiche si accentuano particolarmente quando si debba procedere a delineare la relazione causale tra la condotta del soggetto estraneo al sodalizio criminoso e l'evento della permanenza dell'organizzazione. Quel procedimento di eliminazione mentale non porterebbe mai al risultato di considerare la condotta esterna quale *condicio sine qua non* dell'evento, poiché l'associazione criminosa continuerebbe sempre a permanere, a prescindere o meno dal contributo prestato dell'*extraneus*.

In tale prospettiva, sembrerebbe funzionare meglio il riferimento a uno "stato di fibrillazione" dell'associazione, cui le Sezioni Unite avrebbero condizionato in un primo momento l'efficacia causale del contributo dell'*extraneus*, e rispetto al quale risulterebbe più facile stabilire che senza il contributo esterno l'associazione non avrebbe superato il momento di crisi nel quale versava.

Anche se simile interpretazione è ormai del tutto superata in quanto priva di un qualunque aggancio normativo e soprattutto insufficiente a risolvere i casi più problematici, può in ogni modo aiutare a comprendere come la ricerca di un

---

[203] Sul punto vedi F. ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura oggettiva della partecipazione,* in *Ind. pen.,* 1977, 404, F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale, cit.*, p. 466 e A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, cit.*, p. 547. Gli esempi di condotte di c.d. partecipazione non necessaria sono molteplici, e vanno dalla fornitura di un mezzo non necessario o di uno strumento del quale l'esecutore in concreto non si avvalga, alla figura del palo che non sempre apporta un contributo essenziale alla realizzazione del fatto.

[204] Fra i tanti, L. VIGNALE, *Al confine della tipicità, cit.*, pp. 180-181; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale, cit.*, pp. 540-541; F. ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura oggettiva della partecipazione, cit.*, pp. 409-410; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, 5ª ed., Giappichelli, 2013, pp.494-495.

criterio di tipizzazione delle condotte punibili a titolo di partecipazione nel reato fondato sul legame eziologico richieda una preliminare verifica in ordine all'individuazione del secondo termine del rapporto causale, e quindi dell'evento al quale debba essere ricollegata la condotta[205].

Non condivisibile è prima di tutto una concezione dell'evento in senso naturalistico. Asserire che l'evento da prendere in considerazione consista in una modificazione del mondo esterno conseguente alla condotta umana equivarrebbe a sostenere l'inconfigurabilità di un concorso di persone nei reati di mera condotta, privi per definizione di un evento in senso naturalistico.

Ugualmente non può ritenersi che l'evento cui si ricollega la condotta nel concorso di persone nel reato sia un evento in senso giuridico[206]. L'offesa all'interesse giuridicamente tutelato non costituisce una conseguenza della condotta umana che da questa si distacca in modo da delineare un legame causale, ma esprime il significato, la portata "economica" dell'intera fattispecie di reato[207].

Ebbene, se di nesso di causalità può parlarsi quando più persone partecipano alla commissione di un reato, questo può avvenire solamente quando la fattispecie concreta riproduca lo schema dell'accessorietà. Quando una condotta atipica accede a un altrui fatto tipico che presenti un evento in senso naturalistico, la condotta penalmente rilevante potrà individuarsi

---

[205] L'individuazione del secondo termine della relazione causale dipende chiaramente dalla teoria accolta per descrivere la struttura del fenomeno concorsuale. Nell'ottica della teoria dell'accessorietà, dove il legame causale viene ricercato nel rapporto tra condotte, il contributo atipico ai sensi della fattispecie incriminatrice di parte speciale sarà punibile soltanto laddove acceda al fatto principale di un altro concorrente, fatto che sarà tipico, tipico e antigiuridico, tipico, antigiuridico e colpevole a seconda del grado di accessorietà cui si fa di volta in volta riferimento. La dottrina dominante respinge però la teoria dell'accessorietà sulla base di una critica fondamentale, ossia per la sua incapacità di fornire una risposta ai casi di esecuzione frazionata del reato, ove nessuno dei concorrenti realizza solo la condotta tipica di parte speciale. Sul punto, vedi per tutti l'approfondita analisi di M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato, cit.*, pp. 36 e ss.. Ma neanche individuando il secondo termine della relazione causale nell'evento inteso in senso naturalistico potrebbe fornirsi una risposta alla questione, in quanto questo impedirebbe la formulazione di un criterio unico per rinvenire l'elemento oggettivo del fenomeno concorsuale laddove si sia in presenza di reati di mera condotta, privi per definizione di un evento quale modificazione del mondo esterno. Così F. ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, *cit.*, p. 408.

[206] Pretende ad esempio di rinvenire un nesso causale tra la condotta concorsuale e l'evento in senso giuridico F. ALBEGGIANI, *ibidem*, p. 410.

[207] M. GALLO, *Diritto penale italiano*, Vol. II*, cit.*, pp. 118-119.

rinvenendo un legame eziologico tra condotta ed evento. Il fatto tipico altrui diviene evento rispetto alla condotta atipica del partecipe.

Diversa è la situazione quando nessuno degli agenti realizzi singolarmente e per intero la fattispecie astratto di reato. In questo caso, non vi sarà bisogno di alcuna ricerca di ordine causale tra le condotte dei concorrenti, risultando viceversa sufficiente per la loro rilevanza rinvenire un collegamento obiettivo tra le varie condotte, che dovranno possedere ciascuna la nota di tipicità parziale e inquadrarsi in un unico episodio. Dove la contestualità non è data tanto da un medesimo episodio cronologico, ma dovrà essere valutata da un punto di vista logico-normatico[208]. Ciò che rileva è che si partecipi a un'offesa tipica.

Per quanto attiene in particolare all'identificazione delle condotte di partecipazione atipiche attraverso il criterio della *condicio sine qua non*, appare problematica la sua applicazione a fronte di talune condotte di partecipazione ritenute sicuramente rilevanti, ma non condizionanti la realizzazione concorsuale.

La *condicio sine qua non*, fondandosi su un giudizio *ex post*, a fatto compiuto, escluderebbe dal concorso i contributi non necessari ma soltanto agevolatori, previsti nel piano criminoso al solo fine di facilitare la realizzazione di un reato che sarebbe comunque stato commesso[209]. Lo stesso varrebbe per quei contributi *ex ante* necessari, ma rivelatisi *ex post* inutili o finanche dannosi[210].

La teoria causale-condizionalistica incontrerebbe degli ostacoli anche nell'accertamento probatorio volto a individuare il carattere di *condicio sine qua non* del contributo, risultando arduo stabilire se gli altri concorrenti avrebbero agito o meno senza il contributo del partecipe[211].

---

[208] M. GALLO, *Diritto penale italiano,* Vol. II, pp. 119-120. *Contra*, L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità*, *cit.*, p. 1364, secondo cui: « […] la condotta atipica del partecipe potrebbe influire causalmente sull'evento o limitarsi invece a "condizionare" la condotta tipica dell'autore principale ».

[209] Così la partecipazione di una persona incaricata di tenere lontano dal luogo del furto il proprietario che sarebbe stato comunque neutralizzato se fosse giunto sul luogo.

[210] È il caso del palo rimasto inattivo o dell'esperto scassinatore quando la stanza blindata sia rimasta aperta. La partecipazione può essere invece dannosa quando ad esempio il palo ostacoli la commissione del furto per il suo fare sospetto che attiri l'attenzione dei passanti.

[211] F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale, cit.*, p. 514.

La problematicità dell'utilizzo del paradigma causale traspare in tutta la sua interezza in quella recente opinione che propone di abbandonarla per identificare i connotati delle condotte concorsuali, quando si afferma l'impossibilità di ricorrere in questo ambito alle leggi scientifiche per il carattere « necessariamente "individualizzante" – e per l'appunto storicamente non ripetibile – del giudizio inerente alla sussistenza di una partecipazione criminosa. […] Non vi sono percorsi eziologici da indagare – "ridescrivendoli" nel loro svolgimento "naturale" verso un risultato –; si tratta invece di stabilire se in quel caso particolare (e solo in esso), *i contributi prestati siano stati resi operativi grazie alla "scelta" di mettere a frutto gli apporti con essi forniti* »[212].

Poiché il concorso implica un rapporto tra condotte umane, frutto di corrispondenti "atti di volontà", l'unico collegamento ipotizzabile non sarebbe tra le predette condotte e un evento, ma si rinverrebbe nella stessa interrelazione tra condotte. Per stabilirne la rilevanza penale ci si dovrebbe limitare ad accertare se le condotte risultino funzionali al reato, se siano state concretamente utilizzate per commetterlo o siano comunque servite nel contesto complessivo della vicenda. In un'ottica non causale, bensì "strumentale", al giudice spetterà accertare se i concorrenti si siano concretamente avvalsi della condotta di concorso nella realizzazione del proprio comportamento.

A noi pare tuttavia che un'impostazione che pretenda di discostarsi definitivamente dal legame causale tra una condotta e un evento rischi di pervenire all'incriminazione di condotte che in alcun modo pongono in pericolo l'interesse giuridicamente tutelato dalla norma, in violazione non solo di un dato normativo che espressamente pone alla base della rilevanza penale azioni od omissioni cui consegua un evento, ma degli stessi principi fondamentali di colpevolezza e offensività del reato[213].

---

[212] Si allude alla teoria sviluppata da G. DE FRANCESCO, *Diritto penale, Forme del reato*, Giappichelli, 2003, pp. 130-132.

[213] Vedi l'osservazione di S. RANIERI, *Il concorso di più persone in un reato*, Giuffrè, 1938, pp. 42-43, il quale trae dall'art. 40 c.p., ult. cpv., la conclusione che il concorso di persone realizza un concorso causale, con conseguente applicazione delle stesse norme. Così anche Mezger, quando afferma che è autore colui che ha cagionato, in via immediata o mediata, l'evento, e neppure vi è istigazione o aiuto se non vi è causazione dell'evento. Sulle soluzioni "non – causali" in nome di una meritevolezza di pena, vedi P. COCO, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, Jovene, 2008, pp. 87-134.

Laddove peraltro si dovesse obiettare che il criterio della strumentalità non esclude la necessità di accertare un nesso causale, si porrebbe nuovamente il problema della rilevanza causale di condotte che apparentemente non sembrino essere *condiciones sine quibus non* dell'evento.

1.2. Dalla teoria della causalità agevolatrice alle c.d. teorie "soggettive". Critica.

Un'impostazione ormai diffusa soprattutto nelle decisioni dei giudici si avvale di un altro criterio per delimitare la soglia della rilevanza penale di quelle condotte non necessarie al verificarsi dell'evento: è la teoria della c.d. causalità agevolatrice o di rinforzo.

Si afferma che ai fini della configurabilità del concorso di persone nel reato il contributo concorsuale assume rilevanza non solo quando abbia efficacia causale, ponendosi come condizione dell'evento lesivo, ma anche quando assuma la forma di contributo agevolatore, e cioè quando il reato sarebbe stato ugualmente commesso, ma con maggiori incertezze di riuscita o difficoltà. A fondare la penale responsabilità è sufficiente una condotta di partecipazione che si manifesti in un comportamento esteriore idoneo ad arrecare un contributo apprezzabile alla commissione, del reato, mediante il rafforzamento del proposito criminoso o l'agevolazione dell'opera degli altri concorrenti, e che il partecipe, per l'effetto della sua condotta, idonea a facilitarne l'esecuzione, abbia aumentato la possibilità della produzione del reato, perché in forza del reato associativo diventano sue anche le condotte degli altri concorrenti[214].

[214] Cass. pen., Sez. V, 13 aprile 2004, n. 21082, in *C.E.D. Cass.*, n. 229200; Cass. pen., Sez. IV, 22 maggio 2007, n. 24895, in *C.E.D. Cass.*, n. 236853; Cass. pen., 15 gennaio 2013, n. 18745, in *C.E.D. Cass.*, n. 255261. Così, ad esempio, la Suprema Corte ha affermato la corettezza della decisione del giudice di merito che ha ritenuto sussistente la responsabilità a titolo di concorso nel furto di una cassa bancomat a carico dell'imputato che aveva promesso al complice di fargli da palo, quindi, ancorché giunto sul luogo del furto quando al cassa bancomat era stata già divelta, aveva provveduto a scortarlo sino al capannone nel quale avevano programmato di aprirla, ricevendo una paritaria spartizione della refurtiva. Per un approfondimento sulla causalità psichica si rinvia alla monografia di L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Giappichelli, 2007.

Ci si preoccupa poi di specificare che, al fine di evitare la punizione di condotte agevolatorie *ex ante* necessarie alla realizzazione collettiva del reato, ma rivelatesi *ex post* inutili o addirittura dannose, il giudizio andrà condotto *ex post* secondo i consueti canoni di accertamento causale[215]. Non sono poche le pronunce che, soprattutto in passato, hanno ritenuto sufficiente per statuire in ordine alla penale responsabilità del compartecipe un contributo non necessariamente causale, purché idoneo secondo un giudizio di prognosi postuma alla realizzazione della condotta tipica[216].

In dottrina l'utilizzo di quel giudizio di tipo probabilistico, che i tedeschi chiamano di prognosi postuma, si traduce nella teoria dell'aumento del rischio, quando si afferma che nel concorso di persone nel reato non possa parlarsi di causalità, ma di realizzazione del volere, e perché ciascun compartecipe faccia propria l'intera realizzazione criminosa è sufficiente che apporti un contributo qualsiasi che favorisca o renda più probabile l'evento quale offesa di interessi socialmente rilevanti[217]. All'approccio causale si finisce con il sostituire un giudizio di semplice prognosi.

Un siffatto criterio, oltre a non trovare alcun fondamento normativo, non potendosi invocare l'art. 56 c.p. che dovrebbe legittimare la punibilità di atti di

---

[215] Per tutti, vedi in dottrina F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale, cit.*, p. 516, secondo cui la partecipazione nel reato sussiste o quando l'agente abbia posto in essere una *condicio sine qua non* dell'evento stesso, oppure quando abbia solamente facilitato la realizzazione del reato secondo un giudizio *ex post*, nel senso di averla resa più facile, più probabile o più grave.

[216] Cass. pen., Sez. I, 18 maggio 1984, n. 8870, in *Cass. pen.*, 1985, 2223; Cass. pen., 16 aprile 1984, Amendola, in *Cass. pen.*, 1985, 2219; Cass. pen., Sez. V, 9 maggio 1986, n. 10841, in *Cass. pen.*, 1987, 1106. T. PADOVANI, *Diritto penale,* 10ª ed., Giuffré, 2012, p. 372 osserva invece che le attività rivelatesi *a posteriori* inutili o addirittura dannose saranno rilevanti al più sul piano della partecipazione psichica, come forma di istigazione.

[217] È interessante la posizione di A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, cit.,* pp. 550-551:« […] la volontà tipica trova la sua realizzazione non già attraverso il gioco delle forze naturali, ma attraverso il convergere delle iniziative di più soggetti. Sicché, mentre è logico esigere il rapporto condizionalistico quando si mettono in moto forze naturali (se tale rapporto tra condotta ed evento manca, è segno che quest'ultimo si è verificato per un'altra causa), non ha più alcun senso porre il medesimo requisito quando ci si affidi alla originale iniziativa di altri: perché allora il semplice favorire, con la volontà tipica rispetto a una fattispecie criminosa, il verificarsi dell'evento previsto dalla stessa fattispecie fa sì che l'altrui condotta, con tutte le sue sfumature e tutti i suoi autonomi interventi sul divenire causale, diventi realizzazione del proprio volere criminoso ». La prospettiva muove evidentemente dalla meritevolezza di pena di talune condotte che, pur risultando utili in una prospettiva *ex ante* alla realizzazione concorsuale, si rivelino *ex post* non necessari. Si fa quindi l'esempio del soggetto che fornisca al ladro un grimaldello che, al momento dell'uso, si riveli inidoneo ad aprire la cassaforte che venga aperta in altro modo.

partecipazione che si inseriscono in una realizzazione collettiva che però giunge a compimento, è tuttavia addirittura in contrasto con il dato positivo laddove conduce alla punizione del tentativo di partecipazione[218]. Il giudizio prognostico puro avrebbe senso solo quando si prescinda dagli sviluppi reali dell'azione, per valutarne l'attitudine a provocare sviluppi di un certo genere, e non davanti a un risultato concreto.

Non si comprende, del resto, sotto il profilo politico criminale, la necessità di punire contributi rivelatisi *ex post* inutili, poiché si tratterebbe di casi di complicità non influenti concretamente sulla realizzazione del fatto, e che quindi non hanno contribuito all'offesa dell'interesse giuridicamente tutelato. La vera obiezione alle teorie esposte si sostanzia quindi in una semplice osservazione. Quando vengano in rilievo partecipazioni atipiche al reato non si può prescindere dall'accertamento di un effettivo collegamento causale tra un antecedente e un evento concreto che si verifica *hic et nunc*, circostanziato nel tempo e nello spazio, senza che si tenga conto di processi causali ipotetici[219].

La deviazione da uno schema puramente causale nella ricostruzione dell'elemento oggettivo del concorso di persone nel reato è emersa peraltro anche in quelle opinioni che ritengono di spostare il problema delle condotte atipiche sulla necessità di rinvenire un requisito psichico per compiere il quadro della partecipazione. L'idea sottesa è che affidarsi al solo criterio causale determinerebbe un'espansione incontrollabile dell'area del penalmente rilevante, sicché la tipicità del contributo deve rintracciarsi in una fusione tra criteri ciecamente causali o puramente soggettivi, in una integrazione tra volontà ed azione, dove traspare il recupero della teoria finalistica dell'azione all'interno del concorso di persone nel reato[220].

---

[218] Cfr. al riguardo la critica di M. ROMANO – C. GRASSO, *Commentario al codice penale, cit.*, Vol. II, p. 159.

[219] In tal senso, G. FIANDACA – M. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale, cit.*, p. 507; E. MARINUCCI – G. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, cit.*, pp. 357 e ss..

[220] Principale sostenitore di questa teoria in Italia è A. L. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, *cit.*. Per un'analisi approfondita delle teorie del Welzel e più in generale della teoria finalistica dell'azione, vedi M. GALLO, *La teoria dell'azione finalistica nella più recente dottrina tedesca*, *cit.*.

In questa prospettiva il reo o correo si distingue dal partecipe perché egli solo possiede il dominio finalistico del fatto, oppure, ancora, si afferma che mentre autore è colui che agisce con dolo d'autore o nell'interesse proprio, partecipe è colui che agisce nell'interesse altrui o con dolo di partecipe[221].

Al di là di ogni considerazione su quanto accade nella realtà dei fatti, e quindi sulla circostanza che il dolo di autore può esservi anche in chi non pone in essere la condotta tipica descritta dalla fattispecie incriminatrice di parte speciale, le teorie in questione trovano difficile accoglimento all'interno del nostro sistema, la cui connotazione mista vuole che quando manchi l'elemento soggettivo venga meno per il partecipe il reato, ma non il fatto stesso[222].

La consapevolezza di cooperare al fatto altrui non è tanto un elemento ulteriore del fatto oggettivo di reato, quanto piuttosto una parte integrante dell'elemento soggettivo, sicché il collegamento tra la condotta atipica e il fatto principale, che pur deve riflettersi nella coscienza del soggetto, non può essere solamente di natura psichica. D'altronde, lo stesso criterio del dolo è « troppo labile e incerto perché su di esso si possa basare la distinzione tra autore e partecipe »[223].

Nell'ambito della disciplina del concorso di persone nel reato non può che tornare a giocare un ruolo centrale il dogma causale, che consente di punire solamente quando un determinato evento sia conseguenza di un'azione od omissione. Come si chiede opportunamente un illustre Autore, « […] la norma integrativa ha ragione di essere proprio perché esistono condotte le quali, pur contribuendo a dar vita a un fatto previsto come reato, sfuggono alle fattispecie primarie, mancando dei requisiti formali dell'azione tipica. Se a quelle condotte

---

[221] Taluni ravvisano poi l'essenza del concorso nel previo accordo, rinvenendovi l'elemento idoneo a dare rilievo sul piano normativo a comportamenti non pienamente causali ma comunque tali da influire oggettivamente sul risultato (così A. CASSIA, *Rapporto di causalità e concorso di persone nel reato*, Ferri, 1968, pp. 42 e ss.). La teoria non solo dimentica che del previo accordo non vi è traccia tra gli elementi costitutivi del concorso, ma supera quel principio generale della struttura del reato per cui il dolo attiene all'elemento soggettivo del reato, tanto che nessuno dubita che chi concorre all'insaputa dell'altro soggetto risponda di concorso nel reato così come il concorso può configurarsi anche in presenza di una improvvisa determinazione di cooperare.

[222] Per una disamina dei diversi tipi di sistemi penali e per la natura mista del diritto penale italiano, vedi F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale, cit.*, pp. 98 e ss..

[223] G. BETTIOL, *Diritto penale, Parte generale*, *cit.*, p. 568.

togliamo l'influsso causale sul fatto tipico, cosa resta che giustifichi una pena?»[224].

Se così è, non resta che accogliere quel criterio ormai pacificamente utilizzato per le indagini sul nesso causale nel diritto penale: il criterio della *condicio sine qua non*, il solo in grado di fornire una risposta sufficientemente precisa ai problemi sollevati dalla causalità[225].

1.3. La teoria della *condicio sine qua non*.

Non pare azzardato ritenere che una più attenta riflessione sulla teoria della *condicio sine qua non*, anche alla luce dei principi espressi dalla sentenza Franzese, ne consenta l'applicazione al concorso di persone nel reato in modo tale da ricomprendere nell'area del penalmente rilevante le condotte considerate di minima importanza[226].

---

[224] C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, G. Priulla, 1952, p. 70.

[225] Così A.R. LATAGLIATA, *Concorso di persone nel reato, cit.*, p. 571.

[226] La teoria della causalità adeguata e della causalità umana devono ormai considerarsi superate dalla costante elaborazione giurisprudenziale. Per completezza espositiva se ne riportano in nota i tratti salienti unitamente alle obiezioni principali che ne determinano l'insostenibilità.

La teoria della causalità umana di F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 16ª ed., Giuffré, 2003, pp. 245 e ss., parte dal presupposto fondamentale per cui l'uomo è un essere fornito di coscienza e volontà, e questa sua qualità non può non avere un peso decisivo nelle sue relazioni con il mondo esterno. La coscienza e l'esperienza aiutano a calcolare in anticipo gli effetti che derivano da determinate cause, sicché « […] mediante la volontà egli può inserirsi nel processo causale ed imprimere ad esso una direzione desiderata, eccitando le forze esteriori che sono inattive, arrestando quelle in moto, oppure lasciando che le forze stesse si svolgano liberamente ». Poiché esiste una sfera di signoria dell'uomo, dallo stesso dominabile in virtù dei suoi poteri conoscitivi e volitivi, solo i risultati che rientrano in questa sfera possono considerarsi causati dall'uomo e a lui imputabili. La teoria in questione si scontra tuttavia con un dato normativo che inequivocabilmente attribuisce una rilevanza idonea a spezzare il legame causale solamente a fattori sopravvenuti ed eccezionali, mentre il concetto di dominabilità dei risultati dell'azione dovrebbe riconoscere anche agli eventi preesistenti e concomitanti con l'azione un'efficacia interruttiva del nesso causale.

La teoria della causalità adeguata, che viene fatta risalire allo scritto di Kries che apparve nel 1888, dal titolo *Über den Begriff der obiektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben*, per poi essere accolta ampiamente dalla dottrina tedesca, trova in Italia diversi sostenitori, tra cui autorevoli studiosi come Delitala, Grispigni e Florian. L'idea sottesa è di porre un argine ai rischi insiti nella *condicio sine qua non*, che si sostanziano nella c.d. *regressio ad infinitum*. Si introduce pertanto quell'ulteriore requisito dell'adeguatezza della condotta rispetto al verificarsi dell'evento, che sarebbe idoneo a evitare l'imputazione di eventi totalmente sproporzionati

La teoria della *condicio sine qua non* muove da un'osservazione della realtà fenomenica, per cui un evento è sempre conseguenza di una serie di condizioni, l'insieme delle quali è necessario e sufficiente alla produzione dell'evento, di talché, se considerati individualmente, i singoli fattori sono condizioni necessarie ma non sufficienti al prodursi dell'evento[227].

Poiché tutte le condizioni sono equivalenti in quanto ugualmente necessarie alla produzione dell'evento, affinché una singola condizione possa considerarsi causa dell'evento è necessario accertare, per il tramite di un giudizio controfattuale di eliminazione mentale, che senza quel determinato fattore l'evento non si sarebbe verificato[228]. La condotta umana può dirsi causa dell'evento quando, escludendola mentalmente, l'evento non si sarebbe verificato. Perché a un soggetto possa imputarsi un determinato evento, è dunque necessario che la sua condotta costituisca *condicio sine qua non* dello stesso[229].

Il passo successivo dell'indagine causale richiede poi l'individuazione delle leggi scientifiche di copertura, delle quali possa avvalersi l'interprete nello stabilire quando una condotta umana sia causa di un evento. Non è infatti

---

rispetto alla condotta tenuta dal soggetto agente. La teoria in parola non solo non trova un riscontro nel dato normativo codicistico, laddove manca un qualunque riferimento al concetto di "adeguatezza" della condotta, ma incorre nel grave errore di prendere in considerazione non l'evento come concretamente verificatosi, ma l'evento in astratto, il che, come si osserva nel presente paragrato, condurrebbe ad esiti paradossali.

[227] La teoria della *condicio sine qua* non vede in Von Buri il suo primo sostenitore, ma è importante ricordare l'esposizione del filosofo inglese John Stuart Mill, che nella sua opera *Système de Logique déductive ed inductive* espone molto chiaramente il concetto che rinviene la causa nella totalità degli elementi indispensabili per il verificarsi dell'effetto.

[228] M. GALLO, *Diritto penale italiano,* Vol. I*, cit.*, pp. 243-244.

[229] La principale obiezione mossa alla teoria della *condicio sine qua non* attiene alla c.d. *regressio ad infinitum* e quindi all'eccessiva estensione della responsabilità penale. Della morte del convalescente che sia uscito a fare una passeggiata e sia morto per l'imprudenza di un automobilista saranno ad esempio responsabili il medico che avrà dato l'autorizzazione a uscire di casa, il fratello che avrà consigliato di prendere quella determinata via, l'amico che lo avrà trattenuto, domandandogli notizie sulla sua salute e anche colui che ha rilasciato al guidatore la patente di circolazione. Per una completa esposizione delle critiche alla teoria della *condicio sine qua non*, vedi F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità, cit.*, pp. 27 e ss.. Basti in questa sede osservare che il correttivo alla teoria della *condicio sine qua non* è da rinvenirsi nell'art. 41, comma 2, c.p., che pone un argine alle conseguenze paradossali cui si perverrebbe con il procedimento di esclusione mentale, riservando alle sole cause sopravvenute da sole sufficienti a determinare l'evento l'idoneità a spezzare il legame causale tra la condotta umana e l'evento. Cfr. sul punto M. GALLO, *Diritto penale italiano,* Vol. I*, cit.*, pp. 244 e ss..

possibile affermare l'esistenza di una *condicio sine qua non* se non si conosce la legge scientifica secondo la quale al verificarsi di una certa condotta segue un certo evento.

Come hanno avuto modo di chiarire definitivamente le Sezioni Unite Franzese[230], poco conta che la legge di copertura abbia un coefficiente probabilistico più o meno alto, dal momento che bisogna calarla nel fatto concreto. Nell'accertamento causale il procedimento di esclusione dei fattori causali alternativi consente di avvalersi anche di leggi scientifiche dotate di un coefficiente probabilistico basso[231].

Queste affermazioni, che ormai si sono consolidate nell'esperienza giurisprudenziale, consentono di ricondurre al concreto quel giudizio di causalità che normalmente viene inteso in termini astratti, e di introdurre l'elemento decisivo sul quale ci sembrano errare quelle opinioni che respingono l'ammissibilità di un ricorso al criterio della *condicio sine qua non* quando si tratti di accertare il contributo di più soggetti alla realizzazione di un'offesa ingiusta.

È proprio vero che un simile criterio riveli la sua incapacità di risolvere l'accertamento causale in sede concorsuale, quando abbia a oggetto quelle condotte prima definite di minima importanza ai fini della realizzazione del reato?

---

[230] Cass. pen., Sez. Un., 10 luglio 2002, n. 30328, Franzese, in *Cass. pen.*, 2002, 3661.

[231] Cass. pen., Sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328, Franzese, *ibidem*: « […] con il termine "alta o elevata credibilità razionale" dell'accertamento giudiziale, non s'intende fare riferimento al parametro nomologico utlizzato per la copertura della spiegazione, indicante una mera relazione quantitativa entro generi di eventi ripetibili e inerente come tale alla struttura interna del rapporto di causalità, bensì ai profili inferenziali della verifica probatoria di quel nesso rispetto all'evidenza disponibile e alle circostanze del caso concreto: non essendo consentito dedurre automaticamente – e proporzionalmente – dal coefficiente di probabilità statistica espresso dalla legge la conferma dell'ipotesi sull'esistenza del rapporto di causalità. La moderna dottrina che ha approfondito la teoria della prova dei fatti giuridici ha infatti precisato che, mentre la "probabilità statistica" attiene alla verifica empirica circa la misura della frequenza relativa nella successione degli eventi (strumento utile e talora decisivo ai fini dell'indagine causale), la "probabilità logica", seguendo l'incedere induttivo del ragionamento probatorio per stabilire il grado di conferma dell'ipotesi formulata in ordine allo specifico fatto da provare, contiene la verifica aggiuntiva, sulla base dell'intera evidenza disponibile, dell'attendibilità dell'impiego della legge statistica per il singolo evento e della persuasiva e razionale credibilità dell'accertamento giudiziale […]. Si osserva in proposito che, se nelle scienze naturali la spiegazione statistica presenta spesso un carattere quantitativo, per le scienze sociali come il diritto – ove il relatum è costituito da un comportamento umano – appare, per contro, inadeguato esprimere il grado di corroborazione dell'explandandum e il risultato della stima probabilistica mediante cristallizzati coefficienti numerici, piuttosto che enunciare gli stessi in termini qualitativi»

Quando si parla della teoria logico naturalistica, è importante sottolineare un punto, che costituirà la chiave di volta per risolvere la problematica di cui ci siamo occupando: il procedimento di esclusione mentale non deve essere condotto in astratto, bensì in concreto, tenendo conto delle concrete circostanze e modalità nelle quali si è esplicata la condotta umana.

Marcello Gallo, nel dirigere la sua critica definitiva al criterio della causalità adeguata, sostiene che « Il rapporto di adeguatezza tra la condotta e l'evento non deve essere considerato in astratto, ma in concreto. […] Ciò che conta è se il concreto evento storico presenti caratteristiche, modalità, anche cronoligiche, dovute al fattore eccezionale»[232]. Assumendo quale punto di riferimento un evento in astratto, il padre che prevenga il boia uccidendo egli stesso l'assassino del figlio non dovrebbe rispondere di omicidio consumato, dal momento che il condannato sarebbe comunque morto, seppure in circostanze di tempo diverse.

Il richiamo a questi principi aiuta a spostare l'attenzione su una considerazione indispensabile ai fini dell'indagine sull'elemento eziologico del reato, ossia sulla necessità di ancorare l'accertamento causale al fatto concreto senza smarrirsi in giudizi astratti del tutto sganciati rispetto alle modalità di accadimento del fatto calato nella sua realtà storica e fenomenica.

Sono causali tutti quei contributi che abbiano effettivamente inciso, conformemente a leggi causali, su elementi costitutivi del fatto di reato nella loro conformazione concreta, anche se, eliminandoli mentalmente, l'evento avrebbe comunque potuto verificarsi[233]. In questo procedimento logico è del tutto irrilevante che un evento analogo avrebbe potuto verificarsi come conseguenza

---

[232] M. GALLO, *Diritto penale italiano,* Vol. I*, cit.,* pp. 255-256.

[233] Taluno ritiene che simili problematiche siano le stesse sottese alle ipotesi di causalità c.d. additiva, in cui più condotte umane, da sole sufficienti a determinare l'evento, vi hanno dato contemporaneamente luogo. In questi casi, la circostanza che si sia realizzata una condizione che abbia prodotto un evento è sufficiente a ritenere sussistente un nesso di causalità, per cui si dovrebbe integrare la formula della *condicio sine qua non*, affermando che « […] non si può considerare causa soltanto ogni condizione senza la quale il risultato non si sarebbe avverato, ma anche ogni condizione senza la quale il risultato non si sarebbe avverato, non considerando, perché se ne fa astrazione, il concorso di altra condizione che ha simmetricamente la stessa efficienza causale » (M. GALLO, *Diritto penale italiano,* Vol. I, *cit.*, pp. 263-265 e ss.). E questo criterio è utilizzabile anche quando alla produzione dello stesso evento concorra con una o più condotte umane una serie causale dovuta a forze naturali.

di fattori ipotetici rimasti di fatto inoperanti, poiché quello che conta è se il fatto, senza l'aiuto del partecipe, si sarebbe verificato nelle stesse modalità concrete[234].

In caso di esito negativo, non importa se un fatto assai simile si sarebbe ugualmente verificato, rilevando unicamente che l'influsso del partecipe si sia esercitato su qualche modalità particolare dell'impresa criminosa[235]. Un contributo che si riveli superfluo sul piano materiale potrà poi influire sull'altrui condotta sotto forma di un concorso morale, rafforzando la decisione dell'esecutore che abbia confidato nell'esistenza di uno strumento poi rivelatosi inutile ma comunque idoneo a influenzarne la decisione di operare[236].

Il criterio della *condicio sine qua non* trova una conferma nelle stesse disposizioni codicistiche sul concorso di persone nel reato, laddove l'art. 110 c.p. ha eliminato ogni distinzione tra contributi principali e secondari e ha previsto un eguale trattamento sanzionatorio cui sono sottoposti tutti i concorrenti quando contribuiscano alla produzione di un evento illecito[237].

La circostanza per cui l'influsso causale di chi agevola sia limitato a una sfera più ristretta rispetto a quello di chi pone in essere la condotta tipica non

---

[234] Chiarissime al riguardo le parole di M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, *cit*, pp. 57 e ss.: « […] se il fatto tipico, senza l'aiuto del partecipe, non si sarebbe verificato con le medesime modalità concrete, poco importerà accertare che un fatto assai simile, giuridicamente equivalente, si sarebbe verificato ».

[235] In dottrina l'obiezione principale che si rivolge all'impostazione in esame attiene alla "petizione di principio" in cui si incorrerebbe nel fare riferimento alle modalità concrete del fatto, dal momento che non viene specificato quali modalità dovrebbero assumersi come rilevanti, e non tutto ciò che accade in connessione con la vicenda criminosa può essere ritenuto significativo ai fini del concorso criminoso. L'ampliamento così operato trasfigurerebbe il criterio causale, non rapportandolo più al risultato, ma alle concrete modalità vanificandone le pretese finalità di tassativizzazione: confondendo la partecipazione al reato con la partecipazione al fatto storico ravviserebbe il concorso in qualsiasi condotta che modifichi tale fatto. Sarebbero, ad esempio, punibili a titolo di concorso l'automobilista che, incrociando la vettura che trasportava i rapinatori, abbia indotto a posteggiarla poco più avanti, oppure il passante inattivo che faccia comunque mutare ai ladri le modalità di accesso al luogo del furto. Vedi al riguardo le critiche di F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale, cit.*, p. 515 e T. PADOVANI, *Diritto penale, cit.*, p. 294. G. DE FRANCESCO, *Diritto penale, Forme del reato*, *cit.*, pp. 126-127 aggiunge peraltro come in questo modo si verrebbe a formulare comunque quel giudizio ipotetico che le teorie in questione si propongono di superare, laddove ci si dovrebbe chiedere se anche in assenza ad esempio di quella chiave o di quel fucile il fatto si sarebbe realizzato, in contrasto con il carattere reale e attuale della valutazione attuale. Non si condera però che il criterio della *condicio sine qua non* non guarda alle modalità dell'azione ma all'evento nel suo concreto ed effettivo verificarsi.

[236] Così T. PADOVANI, *Diritto penale, cit.*, p. 295.

[237] In tal senso, G. BETTIOL, *Diritto penale, Parte generale, cit.*, p. 567, il quale tuttavia aggiunge alla teoria della *condicio sine qua non* il requisito dell'adeguatezza della condotta rispetto all'evento.

rende insomma, per ciò solo, meno intenso il nesso fra condizionante e condizionato[238]. Nella concreta commisurazione della pena sarà del resto applicabile a chi abbia svolto un ruolo di minima importanza nell'esecuzione del reato la circostanza attenuante prevista dall'art. 114, primo comma, c.p., il cui ruolo sistematico non sarebbe tanto quello di fondare la punibilità di condotte prime del carattere della *condicio sine qua non*, quanto piuttosto quello di graduare la pena in relazione alle circostanze concrete in cui si è svolta una determinata condotta[239].

1.4. Il criterio della *condicio sine qua non* e la rilevanza penale del concorso eventuale nel reato associativo.

Una volta accertata la validità del criterio logico naturalistico per individuare i contributi concorsuali punibili, non rimane che vagliarne la compatibilità con la disciplina del concorso eventuale nel reato associativo.

Anche quando si tratti di accertare la rilevanza penale di condotte di sostegno all'organizzazione criminosa vengono in rilievo contributi il cui carattere di "insostituibilità" o di efficacia condizionante può essere ragionevolmente messo in dubbio, specie a fronte di organizzazioni di grandi dimensioni come quelle di stampo mafioso descritte dall'art. 416*bis* c.p.. La specificità del reato associativo non può tuttavia avere una rilevanza tale da escludere la validità di un accertamento causale volto a stabilire se il contributo dell'*extraneus* costituisca una condizione necessaria per la concreta realizzazione del fatto collettivo e la produzione dell'evento lesivo dell'interesse giuridicamente protetto.

---

[238] C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato, cit.*, p. 80.

[239] Giustamente osserva A.R. LATAGLIATA, *Il concorso di persone nel reato, cit.*, p. 571, secondo cui: « […] tale sistema ammette solo delle differenze quantitative che incidono esclusivamente sulla misura della pena da applicare ai singoli concorrenti ma non riguardano affatto la qualità della loro opera che resta contrassegnata unicamente dall'efficienza causale della cooperazione. Questo sarebbe, appunto, il significato della disposizione di cui alla prima parte dell'art. 114 che riconosce al giudice la facoltà di ridurre la pena qualora ritenga che l'opera prestata da taluna delle persone che sono concorse nel reato abbia avuto "minima importanza" nella preparazione o nell'esecuzione dell'azione collettiva ».

Se si individua nell'esistenza stessa dell'organizzazione criminosa l'evento lesivo di per sé dell'ordine pubblico nell'accezione da noi accolta, l'accertamento avrà a oggetto la concreta efficacia condizionante del contributo secondo un giudizio condotto *ex post* in termini di conservazione o rafforzamento dell'associazione criminosa. È esattamente quanto hanno affermato le Sezioni Unite Mannino in relazione all'elemento oggettivo del concorso eventuale nel reato associativo.

La scelta di individuare nell'organizzazione il secondo termine della relazione causale è tuttavia andata incontro a serrate critiche della dottrina, che ha evidenziato il paradosso derivante dal trasformare un reato di mera condotta in un reato a evento naturalistico, consistente per l'appunto nell'elemento della struttura organizzativa[240].

Per risolvere la questione può essere utile riportare l'opinione di Insolera che, pur pervenendo a una risposta negativa in ordine alla configurabilità di un concorso eventuale nel reato associativo, rinviene la soluzione delle c.d. ipotesi di partecipazione non necessaria nell'ambito del contesto organizzativo in cui si sostanzia il concorso di più persone nel medesimo reato[241].

L'Autore coglie la grande intuizione dell'Antolisei, che avrebbe avuto il merito di valorizzare come aspetto peculiare del fenomeno concorsuale il momento dell'unione delle varie componenti personali, ove le singole azioni perdono la loro individualità divenendo parti di un'unica operazione, di un unico blocco[242]. Che poi da questa premessa si faccia discendere la punibilità del

---

[240] Per la critica, vedi V. MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa, cit.*, pp. 162-164.

[241] G. INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone,* Giuffrè, 1986, pp. 57-59. In una prospettiva simile, vedi anche P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, 2ª ed., Cedam, 1982, pp. 372-373.

[242] Sul rapporto di causalità nel concorso di persone nel reato, vedi la monografia di F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Cedam, 1934, pp. 247 e ss.. L'Autore pone la centro della sua elaborazione il momento associativo derivante dall'unione di più persone, tanto che queste perdono la loro individualità divenendo parti di un'unica operazione. Tutti i compartecipi sono autori del reato, perché a ciascuno di essi appartiene l'operazione complessiva che ha dato origine al reato medesimo. Se è causale tutto ciò che si mantiene nell'ambito di dominabilità del soggetto agente, nella sua sfera di signoria rientrerà anche il fattore concorrente consistente nell'azione o omissione di un altro uomo. Nell'ipotesi di concorso di persone nel reato ciascuno dei concorrenti conosce di regola l'azione dell'latro e ne tiene conto nel suo operare, sicché l'azione di chi pone in essere la condotta tipica, essendo stata calcolata dal partecipante, si imputerà anche a costui in quanto sua propria. « L'attività dell'uno, in sostanza,

concorrente in forza del rapporto associativo, per il quale « diventano sue proprie anche le condotte causali dei soci », con un criterio che non si discosta molto dalla teoria dell'aumento del rischio, nulla toglie all'importanza di aver sottolineato il momento organizzativo quale nota peculiare della esecuzione in concorso[243].

Spostando il termine del giudizio causale nell'organizzazione, la punibilità di condotte apparentemente prive di quel carattere di condizione sufficiente al verificarsi dell'evento discende dalla loro appartenenza al piano organizzativo posto in essere, l'unico elemento che in quella prospettiva vale a distinguere la compartecipazione criminosa dalla semplice concorrenza accidentale di comportamenti umani nella determinazione del reato.

Concorrere nel reato significa contribuire alla sua organizzazione, prescindendo dalla necessità di una diretta concausazione dell'evento, dell'azione tipica o di una parte di essa. Non avrebbe senso distinguere tra elementi necessari ed elementi accidentali, con riferimento ad uno schema astratto di *iter criminis*, poiché tutte le azioni senza le quali in concreto non si sarebbe verificato quel dato avvenimento devono ritenersi concausali. A tal fine occorre avere riguardo alla concatenazione delle condotte nel piano organizzativo del crimine[244].

è attività dell'altro. Insomma, le varie azioni che sono concorse alla produzione del reato, formano un tutt'uno inseparabile: costituiscono, cioè, *un fatto solo* ».

[243] Così G. INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Vol. II, p. 462. L'Autore ha peraltro modo di specificare come la centralità del concetto di organizzazione non implica tornare a una risoluzione in termini soggettivistici della problematica del concorso di persone nel reato così come è stata elaborata dai sostenitori della teoria del previo concerto, ma significa riportare l'elemento dell'organizzazione all'interno della fattispecie oggettiva del reato.

[244] Tale criterio permette di risolvere anche il problema della punibilità dell'istigazione, che implica l'accertamento di un *quid pluris* rispetto alla mera comunicazione di volontà, dovendosi rintracciare quegli atti preparatori nella prospettiva monosoggettiva che diventano però momenti di organizzazione nell'interazione di più soggetti: « Si faccia l'ipotesi di Caio che invita Sempronio a rubare un certo dipinto: per essere un contributo punibile, nella ipotesi in cui il quadro venga effettivamente sottratto da Sempronio, occorrerà accertare che quell'invito sia stato accompagnato dall'indicazione precisa delle caratteristiche del luogo in cui l'opera si trova, da informazioni sul sistema di allarme posto a sua protezione, ovvero dalla promessa di un compenso per l'attività prestata » (G. INSOLERA, *Concorso di persone nel reato, cit.*, p. 465). Per le ipotesi di concorso materiale, P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale, cit.,* pp. 372-373, riporta l'esempio della rapina in una banca, in cui un compartecipe sia rimasto fuori alla guida di un'automobile, un altro abbia fatto da palo e solo due siano entrati effettuando materialmente la rapina. Qui non avrebbe senso affermare che l'azione del palo che non sia intervenuto non abbia

Se si mettono da parte le ulteriori conclusioni cui perviene Insolera in ordine al criterio causale utilizzabile[245], la tesi può comunque servire a evidenziare la centralità del momento organizzativo che si ripropone quando si tratta di individuare il termine causale cui deve riferirsi il contributo dell'*extraneus* penalmente rilevante alla commissione di un reato il cui elemento costitutivo è dato dalla necessaria pluralità di agenti. La punibilità deriva dall'idoneità della condotta a inserirsi e a incidere su quell'organizzazione di mezzi in cui si esprime l'associazione criminosa, e che di quel reato plurisoggettivo necessario qual è il reato associativo costituisce elemento stesso di tipicità della fattispecie.

Il reato associativo punisce generalmente la condotta di più soggetti che si associano per perseguire un determinato obiettivo criminoso, senza però chiarire nello specifico in cosa debba sostanziarsi la condotta dei singoli partecipi. L'art. 416, comma 2, c.p., così come l'art. 416*bis*, primo comma, c.p. puniscono il solo fatto di partecipare all'associazione. Per evitare che simili fattispecie si pongano in un contrasto insanabile con i principi cardine del diritto penale della sufficiente determinatezza e offensività del reato, l'opinione costante della stessa giurisprudenza tende dunque ad affermare che l'unione di più persone debba sostanziarsi in quel *minimum* di mezzi tale da far ritenere funzionante una struttura organizzativa.

È l'organizzazione di più persone a porre in pericolo l'interesse giuridicamente tutelato dell'ordine pubblico, ed è l'organizzazione di più persone a costituire la *ratio* dell'incriminazione del reato associativo. Conseguentemente, è verso di essa che deve dirigersi il contributo di chi non sia partecipe ma che con la sua condotta contribuisca alla realizzazione dell'offesa ingiusta alla cui tutela è preposta la fattispecie incriminatrice associativa,

---

avuto un'efficienza causale sulla commissione del reato, poiché in base al piano organizzativo concordato gli altri compartecipi hanno agito sentendosi le spalle coperte dalla presenza del palo.

[245] L'Autore ritiene di accogliere il criterio della causalità adeguata, l'unico in grado di porre un argine all'estrema dilatazione dell'area della responsabilità penale che deriverebbe dall'accoglimento di un modello pure di *condicio sine qua non*. Per la critica all'impostazione in esame, non solo priva di un riconoscimento normativo che faccia riferimento al requisito dell'adeguatezza della condotta rispetto all'evento, ma soprattutto errata nel momento in cui prende come punto di riferimento l'evento in astratto e non come concretamente svoltosi, vedi M. GALLO, *Diritto penale italiano,* Vol. I*, cit.*, pp. 248-258.

determinando un rafforzamento o anche solo una conservazione della struttura organizzativa.

La peculiarità della materia fa sì che nello svolgere quella cruciale operazione controfattuale di eliminazione mentale della condotta atipica del concorrente eventuale il giudice, non disponendo di leggi scientifiche di copertura, non possa che fare uso di massime di esperienza dotate di affidabile plausibilità empirica.

Il fatto che l'assenza di leggi scientifiche di copertura aumenti indubbiamente le difficoltà di ordine probatorio nell'accertamento della rilevanza penale della condotta dell'*extraneus*, non esclude comunque la necessità di rinvenire l'effettivo nesso condizionalistico tra la condotta stessa e la realizzazione del fatto di reato, così come storicamente verificatosi *hic et nunc*, con tutte le sue caratteristiche essenziali.

Un mero accertamento *ex ante* dell'idoneità causale del contributo rischierebbe di attribuire rilevanza penale a condotte che in una prospettiva *ex post* si rivelino per contro ininfluenti o addirittura controproducenti per la verificazione dell'evento lesivo, aprendo la strada a un'arbitraria anticipazione della soglia della punibilità contrastante con i principi di offensività e tipicità dell'illecito penale, fino a sfociare in un'impostazione sistematica di impronta meramente soggettivistica, con un'abnorme espansione dell'area della responsabilità penale[246].

Quelle obiezioni che mettono in luce l'impraticabilità di un criterio che pretenda di accertare un'efficacia anche solo condizionante di contributi di terzi "compiacenti", soprattutto in relazione ad organizzazioni fortemente strutturate, saldamente radicate nel territorio e dotate di imponenti risorse economiche e finanziarie, confondono d'altronde due aspetti diversi che richiedono di essere tenuti ben distinti. Se non si può negare l'indissolubilità di quel legame che porta il diritto penale a vivere nel processo penale e che si sostanzia nel concetto di

[246] Cass. pen., Sez. Un., 12 luglio 2005, n. 33748, Mannino, *cit.*.

"norma penale reale"[247], questo non significa che la definizione di illecito penale debba dipendere così tanto dalle difficoltà di accertamento probatorio.

La temuta "*probatio diabolica*" richiesta per accertare l'influenza causale della condotta dell'*extraneus* sull'associazione criminosa non si discosta di molto da quella sottesa a condotte che infatti vengono direttamente incriminate dal legislatore attraverso l'adozione del modello strutturale del reato di pericolo. È sicuramente evidente la differenza che intercorre tra fattispecie tipizzate direttamente dal legislatore e la fattispecie del concorso eventuale nel reato associativo, ove questo intervento diretto viene a mancare, rischiando di accentuare ulteriormente la violazione del principio di legalità penale. Ed è proprio per questo motivo che si auspica concordemente un intervento positivo che provveda a delineare i requisiti costitutivi richiesti per la sua rilevanza penale.

Tutto questo non significa però che si possano ignorare le potenzialità lesive di condotte che nel loro insieme pongono così tanto a repentaglio l'ordine pubblico di uno Stato minato nelle sue fondamenta da organizzazioni criminali la cui forza risiede proprio nello stato di assoggettamento e omertà cui è sottoposta la collettività che con esse si trova a fare i conti. Se al giurista non compete esprimere valutazioni di "valore" su cosa debba considerarsi lesivo per gli interessi giuridicamente tutelati dall'ordinamento, questo non significa che non possa esprimersi sulle questioni più specificamente giuridiche. E al riguardo, non sussistono ostacoli normativi che impediscano quel naturale effetto espansivo dell'art. 110 c.p. che rende penalmente configurabile un concorso di persone nel reato associativo.

Come chiarisce il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite Mannino, la condotta del soggetto esterno rispetto al sodalizio criminoso rileva a titolo di concorso nel reato associativo quando, secondo un accertamento condotto *ex post* e in concreto, abbia determinato una conservazione o un rafforzamento dell'associazione criminosa.

[247] Sul concetto di norma penale reale, vedi ampiamente M. GALLO, *Diritto penale italiano*, Vol. I., *cit.*, pp. 14-16.

1.5. Il *tempus commissi delicti* del concorso eventuale nel reato associativo.

In alcune recenti pronunce della Suprema Corte[248], una delle quali ha suscitato maggiore interesse per la particolare esposizione pubblica dell'imputato coinvolto, si intravede il tentativo di introdurre un ulteriore requisito di struttura del concorso eventuale nel reato associativo. Il principio affermato è il seguente: il concorso esterno in associazione per delinquere oppure in quella specificamente mafiosa si atteggia, al pari della partecipazione, di regola, come reato permanente.

Le caratteristiche del reato permanente si ravvisano, a parere della Corte, nella condotta di chi favorisca un accordo, avente a oggetto la promessa dell'aiuto elettorale da parte del capo di una consorteria mafiosa e la corrispondente promessa da parte del candidato di sdebitarsi assumendo specifiche iniziative legislative o amministrative di sua competenza, accordo che assurge esso stesso a momento consumativo del reato se dotato di tutti i requisiti per risultare capace di ingenerare negli appartenenti al sodalizio gli effetti di conservazione e rafforzamento del sodalizio criminoso.

« […] l'accordo serio e affidabile relativo alla protezione da attentati, assicurata a chi è costretto da necessità effettive a pagare cifre assai rilevanti per tale servizio, da parte di Cosa Nostra, costituisce, esso stesso – per chi se ne fa promotore, da un lato, anche, del sodalizio profittatore – un evento capace di contribuire all'avvio della compressione del bene tutelato dalla norma contestata, ossia l'ordine pubblico, che è vulnerato per il solo fatto che un'associazione mafiosa sia posta in condizioni di estendere ed estenda la propria area di illeciti affari sul territorio, anche sostituendosi ai poteri istituzionali, nella garanzia della difesa dei beni fondamentali di taluni cittadini

[248] Cass. pen., Sez. VI, 10 maggio 2007, n. 542, Contrada, in *C.E.D. Cass.*, n. 238241-3; Cass. pen., Sez. V, 11 dicembre 2009, n. 4123, in *Guida dir.*, 2010, 10, 94; Cass. pen., Sez. V, 9 marzo 2012, n. 15727, Dell'Utri, in *Foro it.*, 2012, II, 333, con nota di G. SILVESTRI, *Punti fermi in tema di concorso esterno in associazione di stampo mafioso*; Cass. pen., Sez. V, 5 giugno 2013, n. 35100, in *C.E.D. Cass.*, n. 255769, nella quale si precisa che il concorrente può far cessare la permanenza desistendo dal continuare a prestare il proprio apporto alla vita dell'associazione.

»[249]. Fintantochè il concorrente esterno protragga volontariamente la esecuzione dell'accordo che egli ha propiziato, di cui si fa garante, si manifesta il carattere permanente del reato. La condotta si esaurisce con il compimento delle attività concrete, sicché se il reato può dirsi iniziato con la realizzazione dell'accordo tra mafia e imprenditore, è destinato a cessare solo quando siano cessati i comportamenti tenuti dall'agente in esecuzione dell'accordo stesso.

Sembra quasi che la Corte di legittimità voglia estendere la natura permanente della fattispecie incriminatrice sui cui si innesta l'art. 110 c.p. al concorso eventuale, come se il reato associativo propagasse la sua natura giuridica al fenomeno concorsuale, segnando una sorta di inversione di rotta rispetto a tutta quella elaborazione giurisprudenziale che ha ricostruito i termini del "concorso esterno" contrapponendolo costantemente alla condotta partecipativa.

Non potrebbe d'altronde sicuramente dubitarsi che il fenomeno della criminalità organizzata si connoti per le sue caratteristiche di durata, per cui l'unione di più persone si protrae in maniera stabile per un periodo di tempo durevole ed indefinito. L'ampiezza del programma criminoso, al pari della saldezza della struttura operativa, rendono ben difficile stabilire dettagliatamente quando si consuma il reato associativo, e ancor più ardua si rivela l'individuazione del momento in cui possa dirsi cessata l'appartenenza dell'associato al sodalizio criminoso.

In linea di principio, per quanto attiene alla struttura organizzativa, la permanenza si considera protratta fino allo scioglimento dell'associazione o fino alla riduzione degli associati in un numero inferiore rispetto a quello richiesto per integrare la fattispecie incriminatrice. La condotta del partecipe si esaurisce invece con la rescissione definitiva dal vincolo associativo.

La situazione diviene più complessa a fronte di associazioni di stampo mafioso che si presentano con strutture articolare e ramificate in più famiglie, con forme di affiliazione rituale dagli effetti permanenti in cui sembra che la qualifica di "uomo d'onore" perduri per tutto l'arco della vita dell'associato. Perché la condotta possa considerarsi cessata, non sarà sufficiente che siano

[249] Così Cass. pen., Sez. V, 9 marzo 2012, n. 15727, Dell'Utri, *cit.*.

sospese o esaurite le attività offerte al gruppo criminoso in un determinato momento storico, residuando l'eventualità che il soggetto si riattivi a favore dell'associazione in qualunque momento dovesse essere richiamato dagli altri affiliati.

La peculiarità delle associazioni di tipo mafioso ha persino indotto la giurisprudenza a escludere l'interruzione della permanenza anche nel caso di arresto del partecipe [250], postulando una permanenza tendenzialmente inestinguibile della condotta dell'associato. L'unica eccezione si avrebbe quando sia effettivamente accertata la dissociazione volontaria del partecipe attraverso la decisione di collaborare con la giustizia.

Come è stato opportunamente osservato, simile conclusione non si pone in contrasto con una supposta violazione del principio del *ne bis in idem*, laddove successivamente alla condanna l'affiliato continui ad apportare contributi all'associazione criminosa, poiché quanto avviene in un momento successivo non potrà considerarsi il medesimo fatto oggetto del processo, ma sarà un fatto diverso suscettibile di altro accertamento.

A tal proposito si parla di "un'interruzione giudiziaria della permanenza" che consente, con una *fictio iuris*, di scomporre l'unitarietà del reato permanente e quindi di conoscere e perseguire eventuali condotte successive e distinte dello stesso soggetto, pur se riconducibili entro la stessa fattispecie incriminatrice[251].

La ricomposizione di quel "divario" creato dalla sentenza di condanna trova poi nel reato continuato la soluzione più adeguata a recuperare l'unitarietà del fenomeno criminoso, quando le condotte di partecipazione siano state tenute

[250] Cass. pen., Sez. I, 23 novembre 2000, n. 12907, in *Cass. pen*., 2002, 1391, nega l'idoneità dell'arresto a interrompere la permanenza, « […] atteso che in determinati contesti delinquenziali i periodi di detenzione sono accettati dai sodali come prevedibili eventualità le quali, da un lato, attraverso contatti possibili anche in pendenza di detenzione, non impediscono totalmente la partecipazione alle vicende del gruppo ed alla programmazione delle sue attività e dall'altro, non fanno cessare la disponibilità a riassumere un ruolo attivo non appena venga meno il forzato impedimento ».

[251] Anche la sentenza di assoluzione per una condotta di partecipazione ad associazione mafiosa in relazione a un periodo di tempo già trascorso potrebbe offrire argomenti per l'accertamento di fatti storici che costituiscano gli antecedenti di una condotta diversa e successiva dello stesso genere. Senza intaccare il giudicato, la condotta potrà essere oggetto di un successivo accertamento solo per verificare un antecedente fattuale e stabilire se vi siano i presupposti per dichiarare la penale responsabilità rispetto all'eventuale protrarsi della condotta associativa.

in diversi periodi temporali, specie se vicini tra loro[252]. Se il consapevole ingresso del soggetto nell'associazione comporta un impegno che si protrae fino alla morte, non può escludersi che ogni segmento della sua condotta, seppure delimitato da una sentenza di condanna, rientri nell'originario programma criminoso concepito nel momento in cui è entrato a far parte del sodalizio[253].

Sulla base di queste premesse, l'attribuzione di una natura permanente anche al concorso eventuale nel reato associativo richiede brevi cenni ai requisiti caratterizzanti del reato permanente per poi vagliarne la compatibilità con la figura in questione. Dove ciò che occorre tenere presente è che la qualifica di reato permanente deve avere come punto di riferimento la sola fattispecie astratta di reato e non il concreto manifestarsi del fatto storico. Altrimenti, di innumerevoli fattispecie potrebbe affermarsi la natura di reato permanente.

La differenza tra reati istantanei e reati permanenti risiede in ciò, che nel primo caso la realizzazione del fatto tipico integra ed esaurisce l'offesa ed è impossibile che la lesione si protragga nel tempo, mentre nel secondo caso l'offesa perdura oltre il momento del perfezionamento della fattispecie astratta. Nei reati permanenti l'agente ha il potere non solo di instaurare la situazione lesiva e di mantenerla volontariamente, ma anche di rimuoverla determinando la riespansione dell'interesse giuridico tutelato[254].

Applicato il modello in esame alla figura del concorso eventuale nel reato associativo, come correttamente ricostruita dalla Corte di legittimità riunita, viene meno ogni elemento a favore della natura permanente nel reato. Nel momento in cui il contributo, per potersi qualificare come penalmente rilevante, deve costituire secondo un criterio di accertamento *ex post* una condizione

---

[252] L'applicabilità dell'art. 81 c.p. ai reati associativi ha sempre suscitato diversi aspetti problematici. Per il contrasto in dottrina e in giurisprudenza sull'applicabilità della fattispecie di cui all'art. 81 c.p. ai reati associativi, vedi M. GAMBARDELLA, *In tema di continuazione tra reati associativi e delitti commessi in attuazione del programma*, in *Cass. pen.*, 1993, 2008. Per una recente analisi sui rapporti tra continuazione di reati ed elementi psichici di natura finalistica, si veda L. BRIZI, *La coniugabilità della continuazione di reati e in particolare del "medesimo disegno criminoso" con lo "stato di tossicodipendenza"*, in *Cass. pen.*, 2015, 3594.

[253] *Contra*, Cass. pen., 20 dicembre 1996, n. 10930, in *C.E.D. Cass.*, n. 206539.

[254] La dottrina dominante respinge la c.d. concezione bifasica del reato permanente, secondo cui l'instaurazione della permanenza dovrebbe realizzarsi solo con un'azione, e la fase del mantenimento con un'omissione. Per un approfondimento sulla questione, si rinvia a F. COPPI, voce *Reato permanente*, in *Dig. disc. pen.*, XI, 1996, 318.

necessaria della conservazione o del rafforzamento dell'associazione, tale da influire immediatamente ed effettivamente sulle capacità operative dell'ente, cade ogni motivo per escludere la natura istantanea del contributo.

Del resto, oltre a quell'assunto ormai pacifico secondo cui il concorrente esterno può esaurire la sua condotta criminosa con il compimento di un'unica prestazione occasionale, non vi è alcun appiglio normativo nella disciplina del concorso di persone nel reato che possa far discendere dalla natura del reato permanente su cui innesta l'art. 110 c.p., la natura anch'essa permanente del contributo atipico punibile alla stregua della nuova fattispecie plurisoggettiva eventuale che si viene a creare.

Non è un caso che le pronunce citate non si siano soffermate a valutare apertamente le diverse opzioni dogmatiche che potrebbero porsi alla base di una supposta natura necessariamente permanente del concorso eventuale nel reato associativo, preoccupandosi piuttosto di specifiche ipotesi di concorso nelle quali il contributo non si esaurisce in una sola condotta a carattere occasionale, ma comprende più operazioni svoltesi in un lungo arco temporale.

Siffatto modo di procedere evoca quel recente orientamento pretorio e dottrinale che anche in altri settori si avvale di un concetto di reato eventualmente permanente a fronte di situazioni in cui l'offesa sembra protrarsi per una certa durata senza che la permanenza sia requisito della fattispecie incriminatrice, e che nasce evidentemente dall'esigenza pratica di evitare gli effetti estintivi della disciplina della prescrizione[255].

---

[255] Più specificamente la questione si intreccia con quella dei reati a doppio schema, categoria elaborata originariamente in relazione ai reati di corruzione e di usura, talvolta indicati anche come "reati eventulamente permanenti": questi ultimi, tuttavia, si differenziano dai reati "a consumazione prolungata" e dai "reati progressivi", in quanto nei primi la condotta tipica resta la medesima e si caratterizza per la possibilità di essere continuativametne prolungata nell'arco del tempo, mentre nei secondi le condotte tipiche sono distinte ed alternativamente descritte. La categoria dei c.d. reati a consumazione prolungata è stata invece utilizzata dalla giurisprudenza in particolar modo per evitare gli effetti della prescrizione nei processi sul caso Tangentopoli in relazione al reato di corruzione e per il reato di usura, che ha visto però un intervento del legislatore diretto a disciplinare espressamente gli effetti della prescrizione, per farla decorrere dal giorno dell'ultima riscossione sia degli interessi che del capitale. È chiaro che lo schema del reato a consumazione prolungata contrasta con la definizione normativa per cui la consumazione si ha quando è perfetto lo schema legale. Sulla questione vedi la pronuncia di Cass. pen., Sez. Un., 25 febbraio 2010, n. 15208, Mills, in *C.E.D. Cass.*, n. 246581.

Lo schema del reato permanente è stato infine oggetto di un nuovo intervento della Corte di Cassazione nel caso Eternit, in relazione alla fattispecie di disastro ambientale. Si è in

Tralasciando questioni che travalicherebbero i confini del presente contributo, basti una considerazione che da sola dovrebbe portare a riflettere: se davvero il concorso nel reato associativo dovesse avere una natura permanente, verrebbe meno ogni ragione per distinguere tra soggetti che apportano un contributo all'associazione criminosa dall'esterno e soggetti che assumono la qualifica di veri e propri partecipi[256].

Giova infine riportare l'opinione di chi ricostruisce la natura di reato permanente del concorso nel reato associativo sulla base di motivazioni diverse rispetto a quelle sottese alle pronunce predette[257]. La permanenza in questa prospettiva non deriva dalla reiterazione dei singoli contributi forniti all'associazione criminosa, ma costituisce lo sviluppo del patto collaborativo stipulato con quest'ultima, nell'ambito del quale il soggetto si impegna a porsi a sua disposizione per soddisfarne le richieste strumentali al perseguimento delle finalità perseguite.

A prescindere dalle perplessità nascenti da una ricostruzione del concorso criminoso in chiave strumentale e non causale, il richiamo alla messa a disposizione a favore del sodalizio non solo connota più propriamente la condotta di partecipazione al sodalizio, ma neanche costituisce un elemento di fattispecie, rilevando al contrario quale risultato dell'accertamento probatorio in ordine all'inserimento del soggetto nella struttura organizzativa dell'associazione[258].

Individuare nella messa a disposizione il requisito caratterizzante del concorso nel reato associativo si porrebbe dunque in contrasto con il tentativo di

---

particolare esclusa la natura permanente del reato, rilevando che sono solo gli effetti ad essere permanenti: in un reato istantaneo, quale il disastro c.d. innominato, può aversi una scissione tra perfezione e consumazione del reato, la quale ultima non può considerarsi protratta oltre il momento in cui ebbero fine le immissioni delle polveri e dei residui della lavorazione dell'amianto prodotti dagli stabilimenti. È in definitiva dalla chiusura degli stabilimenti, con la cessazione della emissione di polveri, che inizia a decorrere il termine di prescrizione del reato. Vedi sul punto Cass. pen., Sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941, in www.penalecontemporaneo.it, 24 febbraio 2015, con nota di S. ZIRULIA, *Eternit, il disastro è prescritto. Le motivazioni della Cassazione*.

[256] G. FIANDACA, *Questioni ancora aperte in tema di concorso esterno, cit.*, 528.

[257] G. DE FRANCESCO, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità,* in *Cass. pen.,* 2012, 2552.

[258] V. MAIELLO, *Sul preteso carattere permanente del "concorso esterno"*, in *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale, cit.*, pp. 181-182.

ricostruire una disciplina che faccia salvi i principi di determinatezza e offensività del reato.

2. Il dolo del concorrente eventuale, tra consapevolezza e volontà di contribuire al raggiungimento degli scopi della *societas sceleris*.

« Come non si può avere concorso senza azione, non si può avere neppure concorso senza volontà »[259]. Perché si possa configurare un concorso nel reato, accanto all'elemento oggettivo deve sussistere anche l'elemento soggettivo. In cosa consiste l'elemento soggettivo dell'*extraneus* che apporti un contributo alla *societas sceleris*?

Ogni volta che ci si accinge ad analizzare l'elemento psicologico richiesto ai fini della configurabilità del concorso eventuale nel reato associativo è importante avere chiari i contenuti del dolo di concorso nel reato.

Un grande Maestro insegna in modo molto lineare che al concorso di persone nel reato si applicano i principi generali in materia di dolo, sicché tutto quanto costituisce il fatto criminoso deve riflettersi nella rappresentazione e volontà del soggetto agente[260].

Da un punto di vista oggettivo, la condotta dell'*extraneus*, che viene tipizzata tramite l'indagine sul rapporto di causalità, deve essere condizione necessaria alla permanenza e al funzionamento della struttura associativa. Ne deriva, allora, che nell'oggetto del dolo dovranno rientrare sia gli elementi essenziali del fatto tipico descritto dalla disposizione incriminatrice, sia il contributo causale arrecato alla conservazione o al rafforzamento del sodalizio. Il concorrente eventuale dovrà avere il dolo generico consistente nella consapevolezza e volontà di contribuire alla conservazione e al rafforzamento dell'associazione, senza che sia rinvenibile in lui la c.d. *affectio societatis*, la

[259] F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale,* Vol. I, 11ª ed., Unione tipografico-editrice torinese, 1924, § 342 e ss..

[260] M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato, cit.*, pp. 95 e ss.. Per la visione normativa del dolo, si veda in particolare M. TRAPANI, *La divergenza tra il voluto e il realizzato*, Giappichelli, 2006, pp. 172 e ss..

volontà di far parte dell'associazione, tipica della condotta del partecipe dell'associazione criminosa.

Questione interessante attiene peraltro a quella peculiare finalità che viene ricondotta all'interno della categoria del dolo specifico. Le norme che disciplinano i reati associativi richiedono infatti la sussistenza di un dolo specifico, fondamentale per dotare queste figure delittuose di un seppur minimo grado di configurazione tipica, supplendo così alle deficienze in tema di descrizione della condotta[261]. Anzi, nei reati associativi è proprio il dolo specifico ad assumere una funzione decisiva nell'esprimere quel limite fondamentale che l'ordinamento pone alla libertà di associazione.

Tutti i partecipi, semplici o qualificati, devono condividere il fine illecito perseguito dall'associazione e non semplicemente rappresentarselo negli altri, mentre il concorrente eventuale non dovrà condividere la peculiare finalità, risultando sufficiente la sola rappresentazione del dolo specifico altrui.

Questo è perfettamente coerente con i principi generali in materia di concorso di persone nel reato, poiché si ritiene ormai pacificamente che ai fini della punibilità di un concorso in un reato a dolo specifico sia sufficiente la consapevolezza dell'altrui agire con la particolare finalità richiesta dalla fattispecie incriminatrice, senza che si debba rinvenire il dolo specifico in ciascuno dei concorrenti nel reato[262].

Ebbene, mentre il socio ha come scopo quello di far conseguire all'associazione i fini suoi propri, il concorrente, pur perseguendo fini del tutto personali, avrebbe la coscienza del fatto che la sua condotta potrebbe fornire un contributo alla realizzazione degli scopi della *societas sceleris*.

La consapevolezza che sul piano oggettivo la disciplina del "concorso esterno" sia connotata da un *deficit* di tipicità ha tuttavia indotto la

[261] L'art. 416 c.p. esige ad esempio che ogni associato agisca con un dolo generico, il cui oggetto è rappresentato dalla propria condotta associativa e dall'associazione nel suo complesso, e con un dolo specifico, costituito dallo scopo di commettere più delitti. Anche le condotte associative di cui all'art. 416*bis* c.p. richiedono un dolo generico consistente nella consapevolezza e volontà di contribuire all'associazione che si avvale del metodo mafioso ovvero della commissione di atti d'intimidazione, e un dolo specifico che ricomprende però finalità che vanno ben oltre la commissione di delitti per la connotazione imprenditoriale e l'influenza che si intende esercitare sul sistema politico.

[262] Per tutti, M. GALLO, *Diritto penale italiano,* Vol. II*, cit.*, pp. 138-141.

giurisprudenza, a partire dalla sentenza Carnevale, a escludere sul piano soggettivo la forma meno intensa del dolo, il dolo eventuale.

Mentre in una prima fase si presumeva che il concorrente, pur consapevole dell'efficienza causale del contributo prestato rispetto al rafforzamento o al mantenimento in vita dell'organizzazione, potesse disinteressarsi della strategia complessiva e degli scopi ultimi che la stessa intendesse perseguire[263], si è successivamente iniziato a ritenere necessario quantomeno il dolo diretto. Il concorrente deve voler recare con il suo contributo un rafforzamento dell'associazione e altresì contribuire, sia pure in parte, al raggiungimento dei fini criminosi dell'organizzazione medesima[264].

Questo è il significato insito nelle parole delle Sezioni Unite Mannino quando richiedono che « […] il concorrente esterno, pur sprovvisto dell'*affectio societatis* e cioè della volontà di far parte dell'associazione, sia altresì consapevole dei metodi e dei fini della stessa (a prescindere dalla condivisione, avversione, disinteresse o indifferenza per siffatti metodi e fini, che lo muovono nel foro interno) e si renda compiutamente conto dell'efficacia causale della sua attività di sostegno, vantaggiosa per la conservazione o il rafforzamento dell'associazione: egli "sa" e "vuole" che il suo contributo sia diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso del sodalizio »[265]. Sembra dunque che l'agente debba accettare e perseguire la realizzazione dell'obiettivo criminoso come risultato certo o comunque altamente probabile della propria condotta, a prescindere dagli ulteriori scopi avuti di mira[266].

La restrizione dell'elemento soggettivo del concorrente eventuale al solo dolo diretto è stata oggetto di critiche da parte di chi ha constatato come, per tal via, si finisca col richiedere un tipo di atteggiamento che è proprio del

[263] Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 5 ottobre 1994, n. 16, Demitry, *cit.*.

[264] In tal senso, G. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso, cit.*, p. 139 e G. LATTANZI, *Partecipazione all'associazione criminosa e concorso esterno*, *cit.*, 3137.

[265] Cass. pen., Sez. Un., 12 luglio 2005, n. 33748, Mannino, *cit.*.

[266] In questo senso vedi anche Cass. pen., Sez. V, 9 marzo 2012, n. 15727, in *Guida dir.*, 2012, 24; Cass. pen., Sez. II, 17 maggio 2012, n. 34979, in *C.E.D. Cass.*, n. 253657.

partecipe[267]. L'esperienza empirica dimostra che l'estraneo agisce, per contro, quasi sempre perseguendo interessi egoistici, con la consapevolezza sì di recare un vantaggio alla *societas sceleris*, ma non certo con la volontà in senso stretto di contribuire alla realizzazione del programma criminoso.

E si può aggiungere dell'altro, ossia che la scelta della Cassazione non trovi alcun fondamento normativo, potendosi piuttosto giustificare alla luce di principi politico – criminali, nel tentativo di evitare incongrue imputazioni di responsabilità dovute al largo uso di massime di esperienza nei processi di criminalità organizzata[268]. Si vorrebbe cioè porre un argine all'eccessiva estensione dell'area del penalmente rilevante che si avrebbe sul versante dell'elemento oggettivo, assegnando all'elemento soggettivo il compito di controbilanciare i rischi insiti nell'adozione del solo strumento causale per punire le condotte di sostegno alle associazioni di tipo mafioso.

Delle incongruenze derivanti dalla restrizione dell'elemento soggettivo del concorso nel reato associativo al solo dolo diretto sembra essersi fatta legittimamente carico la giurisprudenza più recente, nella quale è emersa la preoccupazione che un *discrimen* basato sul solo requisito della *affectio societatis* possa rendere estremamente labile la linea di confine tra condotta partecipativa e condotta esterna[269].

Al riguardo deve apprezzarsi la seconda sentenza Dell'Utri, che pare discostarsi dall'orientamento predetto quando non richiede nell'*extraneus* la volontà di perseguire metodi e fini dell'organizzazione né tantomeno di condividerli, bensì la mera consapevolezza in ordine agli stessi a prescindere dalla loro condivisione, che anzi può avversare[270]. Perché sia configurabile il

---

[267] In tal senso, G. FIANDACA, *Questioni ancora aperte in tema di concorso esterno,* in *Foro it.*, 2012, 527.

[268] V. MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa, cit.*, p. 166.

[269] Vedi, ad esempio, Cass. pen., Sez. II, 20 aprile 2012, Giglio, in *C.E.D. Cass.*, n. 252827.

[270] Cass. pen., Sez. I, 9 maggio 2014, n. 28225, Dell'Utri, in *C.E.D. Cass.*, n. 260940, afferma infatti che: « […] la particolare struttura della fattispecie concorsuale comporta […] quale essenziale requisito, che il dolo del concorrente esterno investa, nei momenti della rappresentazione e della volizione, sia tutti gli elementi essenziali della figura criminosa tipica sia il contributo causale recato dal proprio comportamento alla realizzazione del fatto concreto, con la consapevolezza e la volontà di interarire, sinergicamente, con le condotte altrui nella produzione dell'evento lesivo del "medesimo reato" […] il concorrente esterno, pur sprovvisto dell'affectio societatis e, cioè, della volontà di far parte dell'associazione, deve essere consapevole

dolo di contribuzione sarà allora sufficiente che l'estraneo presti volontariamente il suo contributo, nella consapevolezza dell'effetto vantaggioso che potrebbe ricavarne l'associazione criminale[271].

Quello su cui ci pare doveroso riportare l'attenzione è quindi l'errore in cui talvolta incorre la giurisprudenza nel considerare l'elemento soggettivo come un criterio sussidiario destinato a colmare i vuoti probatori sottostanti all'impossibilità di accertare pienamente il nesso causale integrante la fattispecie oggettiva del reato. Ma non servono troppe parole per ricordare come il primo passo verso la responsabilità penale sia l'accertamento della fattispecie oggettiva del reato, e solo in un momento successivo soccorra l'individuazione dell'elemento psicologico.

3. I rapporti tra concorso eventuale nel reato associativo e favoreggiamento personale.

La lunga elaborazione che ha visto al suo centro la figura del concorso eventuale nel reato associativo ha avuto come costante termine di confronto il delitto di favoreggiamento personale di cui all'art. 378 c.p., richiamato anche

---

dei metodi e dei fini della stessa (a prescindere dalla condivisione, avversione, disinteresse o indifferenza per siffatti metodi e fini, che lo muovono nel foro interno) e si renda compiutamente conto dell'efficacia causale della sua attività di sostegno, vantaggiosa per la conservazione o il rafforzamento dell'associazione ». Si pone pertanto l'accento sul momento rappresentativo del dolo dell'*extraneus*, richiedendo in capo a questi tanto la consapevolezza dell'efficacia causale del suo contributo quanto la consapevolezza degli scopi e dei metodi propri del sodalizio criminale, senza però richiedere la condivisione degli scopi e metodi, ben potendo nel proprio foro interno provare avversione o indifferenza rispetto al programma criminoso.

[271] *Contra*, più di recente, Cass. pen., Sez. II, 13 aprile 2016, n. 18132, in *Dejure*, secondo cui: « Ai fini della sussistenza del dolo diretto del delitto di concorso esterno in associazione mafiosa occorre che l'agente, pur sprovvisto dell'*affectio societatis* e cioè della volontà di fare parte dell'associazione, sia consapevole dei metodi e dei fini della stessa, rendendosi conto dell'efficacia causale della sua attività di sostegno per la conservazione o il rafforzamento della struttura organizzativa, all'interno della quale i membri effettivi devono poter contare sull'apporto vantaggioso del concorrente esterno. A tal fine è sufficiente che l'agente abbia previsto, accettato e perseguito il suddetto risultato non solo come possibile o probabile, bensì certo o comunque altamente probabile della propria condotta. Nella valutazione degli indizi della sussistenza del dolo, si deve tener conto anche delle massime d'esperienza desumibili, ad esempio: a) dai rapporti che, in concreto, l'indagato abbia intrattenuto con i membri del sodalizio criminoso a fini elettorali; b) dalla conoscenza che egli aveva del ruolo che i suddetti membri ricoprivano nell'ambito della cosca; c) della natura (sotto il profilo sia quantitativo che qualitativo) della sua attività ove, in concreto, abbia favorito i singoli sodali o la cosca ».

insieme ad altre fattispecie, tra cui il reato di assistenza agli associati, quali forme di "contiguità" tipizzate dal legislatore e idonee nel loro insieme a dimostrare la volontà del legislatore di non punire altre forme di sostegno alle associazioni criminali al di fuori di quelle espressamente previste dalla legge. La disposizione assume un ruolo fondamentale nella materia anche in un'altra prospettiva, giacché aiuta a comprendere quali siano i requisiti che deve possere una determinata condotta per poterla ritenere punibile a titolo di concorso nel reato associativo.

L'art. 378 c.p. ha come specifica *ratio* quella di evitare ostacoli o intralci all'attività diretta all'accertamento e alla repressione dei reati, punendo tutte quelle condotte riconducibili a una forma di "aiuto" ad eludere le investigazioni e a sottrarsi alle ricerche, prevedendo al secondo comma una circostanza aggravante quando il delitto commesso sia quello previsto dall'art. 416*bis* c.p..

Poiché la disposizione non specifica in che forma debba presentarsi il sostegno fornito dall'agente, l'art. 378 c.p. viene solitamente considerato un reato a forma libera, dove ciò che rileva è che la condotta sia idonea a intralciare il normale corso della giustizia. L'assenza di una condotta ben delineata dalla fattispecie incriminatrice ha pertanto determinato un'espansione quasi incontrollata dell'incriminazione per favoreggiamento al fine di garantire una maggiore tutela dell'attività giudiziaria, specie per reprimere il terrorismo politico e la criminalità organizzata, con un'opera ermeneutica che richiama da lontano quanto è avvenuto per il concorso nel reato associativo.

Emblematica al riguardo è la pronuncia delle Sezioni Unite[272] che ha definitivamente ammesso la configurabilità di un favoreggiamento in forma omissiva, quasi obliterando la circostanza che, dovendosi passare per la clausola generale dell'art. 40, comma 2, c.p., non solo risulti problematico individuare nella fattispecie in questione un evento in senso naturalistico, ma occorra pur

[272] Cass. pen., Sez. Un., 22 febbraio 2007, n. 21832, in *C.E.D. Cass.*, n. 236371, ha statuito che il reato di favoreggiamento personale può essere realizzato con ogni condotta, anche omissiva, come il silenzio, la reticenza, o il rifiuto di fornire notizie all'autorità giudiziaria, che si traduca consapevolmente in un aiuto al terzo per sottrarsi agli accertamenti degli inquirenti.

sempre individuare un obbligo di garanzia avente a oggetto l'impedimento dell'intralcio delle indagini[273].

Per quanto interessa in questa sede, è opportuno premettere che la questione dei rapporti tra favoreggiamento personale e concorso eventuale si sia posta in ragione del largo utilizzo che la giurisprudenza ha fatto dell'incriminazione *ex* art. 378 c.p. nel campo della politica criminale per fronteggiare nel modo più efficace possibile il fenomeno della criminalità organizzata. Numerosi sono, ad esempio, i procedimenti penali a carico difensori di esponenti di gruppi criminali per il delitto di favoreggiamento personale dei loro assistiti[274]. Come si è visto, l'avvocato è una figura professionale che spesso rientra in quella categoria di difficile inquadramento della "borghesia mafiosa" che intrattiene rapporti con le associazioni di stampo mafioso, potendo dunque la sua condotta rilevare finanche come partecipazione all'associazione[275].

Si comprende a questo punto per quale motivo sia importante aver chiari i rapporti tra reati associativi, concorso di persone, e fattispecie di favoreggiamento per stabilire a quale ipotesi astratta di reato possa ricondursi una condotta di "vicinanza" al fenomeno associativo.

Premessa indispensabile è l'inciso "fuori dei casi di concorso" presente nel primo comma dell'art. 378 c.p., chiaro nello stabilire che il favoreggiatore non debba essere in alcun modo coinvolto nella realizzazione del reato, risultando altrimenti concorrente nel delitto chiunque appresti un qualsiasi contributo alla realizzazione di un fatto collettivo.

Dall'art. 378 c.p. emerge poi che la condotta penalmente rilevante debba essere proiettata a fornire un ausilio a un persona bene determinata, sicché la

---

[273] In tal senso, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale,* Vol. I*, cit.*, p. 404.

[274] La questione del *discrimen* tra difesa tecnica legittimamente esercitata e favoreggiamento si rivela particolarmente difficoltosa per il contenuto tipicamente intellettuale della professione svolta dal difensore nel fornire consigli che facilmente potrebbero sfociare in informazioni delle quali il cliente dovrebbe rimanere all'oscuro. Sui rapporti tra difesa tecnica e favoreggiamento, vedi ampiamente P. CORSO, *Difesa tecnica e favoreggiamento*, in *Ind. pen.*, 1982, 21. Per la giurisprudenza vedi Cass. pen., Sez. VI, 29 marzo 2000, n. 7913, in *Cass. pen.*, 2001, 1791; Cass. pen., Sez. VI, 5 aprile 2007, in *C.E.D. Cass.*, n. 238034; Cass. pen., Sez. VI, 18 maggio 2010, in *C.E.D. Cass.*, n. 247349.

[275] Vedi *retro*, Cap. II, par. 5.2.

distinzione tra concorso eventuale e favoreggiamento non può che essere fondata sul diverso termine della relazione causale.

Nel primo caso, l'aiuto sarà fornito all'associazione nel suo complesso, tanto da determinarne una conservazione o un rafforzamento; nel secondo caso, l'aiuto è prestato al singolo associato, poiché il favoreggiamento è un delitto caratterizzato nella sua tipicità dalla consapevolezza a volontà di aiutare taluno a eludere le investigazioni dell'autorità o a sottrarsi alle ricerche di questa, ovvero ad assicurarsi il prodotto o il profitto del reato, senza che il soggetto agente contribuisca con il suo comportamento all'esistenza dell'associazione criminosa nel suo complesso[276].

Insomma il favoreggiatore non solo si disinteressa completamente della struttura criminosa, ma ancor prima con il suo apporto non va minimamente a influirvi in termini causali. Non può pertanto considerarsi mero favoreggiatore il soggetto che, estraneo all'associazione, faccia da "corriere" tra un latitante e altri membri del sodalizio criminoso, mediante la consegna di messaggi inerenti alle attività delittuose del gruppo, potendosi piuttosto ricondurre la sua condotta nella fattispecie di concorso nel reato associativo per l'efficacia causale che ne deriva in termini di conservazione o rafforzamento dell'associazione[277].

Da quanto esposto si può ricavare in conclusione che qualora il contributo sia diretto nei confronti del singolo associato, esso realizzerà l'ipotesi del favoreggiamento. Quando invece sia causalmente diretto a determinare una conservazione o un rafforzamento dell'organizzazione criminosa darà vita a un concorso eventuale nel reato associativo, se non a una vera e propria partecipazione all'associazione criminosa nel caso in cui il soggetto sia stabilmente inserito nella struttura organizzativa con la consapevolezza e volontà di perseguirne il programma criminoso.

---

[276] Cass. pen., Sez. I, 13 giugno 1987, n. 3492, in *Cass. pen.*, 1988, 1812; Cass. pen., Sez. II, 17 settembre 2003, n. 40375, in *Cass. pen.*, 2005, 1233; Cass. pen., Sez. V, 6 maggio 2008, n. 34597, in *C.E.D. Cass.*, n. 241929.

[277] Così Cass. pen., Sez. I, 11 dicembre 2008, n. 54, in *C.E.D. Cass.*, n. 242577.

4. Confutazione delle teorie elaborate dalla dottrina per individuare i tratti essenziali del concorso eventuale nel reato associativo.

4.1. L'affiliazione tra concorso e partecipazione al reato.

Alcuni Autori e buona parte della giurisprudenza hanno individuato nell'affiliazione all'interno dell'associazione il criterio discretivo tra partecipazione e concorso eventuale[278]. Il partecipe sarebbe colui che "fa parte" dell'associazione, venendo da questa accettato come socio mediante rituali o *per facta concludentia* [279]. È emblematica in tal senso l'importanza che la giurisprudenza ha affidato al "giuramento di mafia", rinvenendovi una disponibilità conclamata a favore della *societas sceleris*, idonea da sola a provare la partecipazione[280].

Il concorrente eventuale si distinguerebbe di conseguenza dal partecipe sul solo piano psicologico, perché non vuole far parte dell'associazione condividendone i fini, ma ha la consapevolezza di contribuire all'associazione e agli scopi della stessa.

---

[278] Per la dottrina, vedi A. INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso, cit.*, p. 96; G. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso, cit.*, pp. 138-139; S. ARDIZZONE, *L'associazione per delinquere in Italia: rilevanza normativa e caratteristiche strutturali*, in AA.VV. *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, *cit.*, p. 221 e ss.. In questo senso, anche le Sezioni Unite Demitry, avvalendosi pure del criterio fondato sulla temporaneità del contributo fornito dal concorrente eventuale, affermano che partecipe è chi ha già posto in essere la condotta tipica, essendo e sentendosi parte dell'associazione, mentre concorrente eventuale è colui che non pone in essere la condotta tipica, che non fa parte e non si sente parte dell'associazione. Vedi Cass. pen., Sez. I, 30 gennaio 1992, n. 6992, in *Cass. pen.*, 1993, 1980 e Cass. pen., Sez. I, 28 settembre 1998, n. 13008, in *Cass. pen.*, 1999, 2510, secondo cui ai fini dell'affermazione della responsabilità di taluno in ordine al reato di partecipazione ad associazione di stampo mafioso, non occorre la prova che egli abbia personalmente posto in essere attività di tipo mafioso, essendo al contrario sufficiente la sola sua aggregazione ad un'organizzazione le cui obiettive caratteristiche siano tali da farla rientrare nelle previsioni dell'art. 416*bis* c.p..

[279] A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo, cit.*, p. 251.

[280] Con riferimento all'associazione Cosa Nostra, la sentenza conclusiva del primo "maxiprocesso" affermò la rilevanza dell'assunzione della qualifica di "uomo d'onore" « significativa non già di una mera adesione morale, ma addirittura di una formale affilliazione alla cosca mercé apposito rito (la c.d. legalizzazione), della coeva accettazione delle regole dell'agire mafioso e della messa a disposizione del sodalizio di ogni energia o risorsa personale per qualsiasi richiesto impegno criminale, nell'ambito della finalità di quella. […] l'obbligo solenne di prestare ogni propria disponibilità al servizio della cosca accresce così la potenzialità operativa e la capacità di inserimento subdolo e violento nel tessuto sociale, anche mercé l'aumento numerico dei suoi membri » (Cass. pen., Sez. I, 16 giugno 1992, n. 6992, Altadonna, in *Foro it.*, 1993, II, 15, con note di G. FIANDACA e G. DI CHIARA).

Simile impostazione incorre tuttavia nelle obiezioni precedentemente riportate, e attinenti al rischio nel quale si incorre nel legare il concetto di partecipazione alla mera affiliazione, che, seppure slegato dall'utilizzo di rituali di affiliazione, finisce con il punire meri atteggiamenti interiori legati a una presunta responsabilità da posizione.

Il timore dei risultati aberranti cui perverrebbe l'accoglimento di un criterio che lega il concorso nel reato associativo alla sola qualifica "formale" di associato ha del resto una sua ragion d'essere, come dimostra l'esperienza passata che ha effettivamente visto l'alternarsi di innumerevoli pronunce di condanna fondate sulla sola prova della messa a disposizione a favore della cosca secondo quanto raccolto dalle dichiarazioni di collaboratori di giustizia[281].

Al contrario, perché sia configurabile una condotta di partecipazione rilevante ai sensi della sola fattispecie incriminatrice di parte speciale, requisito ineludibile è l'aver fornito un contributo causale, stabile e idoneo a ledere l'interesse giuridicamente tutelato dalla norma, accompagnato non tanto dalla percezione interiore dell'essere inseriti all'interno dell'associazione, quanto piuttosto dalla consapevolezza di contribuire al perseguimento dei fini cui la *societas sceleris* è diretta[282]. Elemento centrale della partecipazione all'associazione è l'inserimento attivo nel tessuto organizzativo dell'ente, che si svolga tramite un contributo, sia pur minimo ma non insignificante, alla vita dell'istituzione

[281] Le parole di V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale, cit.*, pp. 56-57, esprimono perfettamente i rischi connessi a un'impostazione fondata sul solo criterio della mera affiliazione, quando sulla conseguente deriva verso un diritto penale d'autore afferma che: «È del tutto evidente che si tratta di preoccupazioni nient'affatto teoriche o tali, comunque, da riguardare improbabili casi-limite di mera scuola. Anzi, esse sono espressione della (talvolta) opprimente "concretezza" di molte pagine dell'esperienza giudiziaria del nostro recente passato, che ancora brucia nella vita dei non pochi soggetti che ne sono stati vittime, avendo essi dovuto sacrificare – in ragione di coinvolgimenti processuali affrettati e, sia pure soltanto in alcuni casi, finanche superficialmente assecondati – la libertà, innanzitutto, ma anche, non di rado, la buona reputazione, il lavoro e gli affetti. Sono quanti hanno pagato – in termini che la civiltà di uno Stato costituzionale di diritto non dovrebbe esitare a qualificare al di sopra della soglia tollerabile – la tesi (seguita in prevalenza dalla giurisprudenza di merito e, con ancora maggiore ampiezza, nella prassi cautelare) che riteneva raggiunta la prova (o il quadro indiziario grave) della partecipazione, a carico di chi veniva semplicemente indicato, da due (o più) collaboratori di giustizia, come persona "a disposizione" della cosca».

[282] A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo, cit.*, p. 255. Per la giurisprudenza, vedi Cass. pen., Sez. I, 24 giugno 1992, n. 8064, in *Giust. pen.*, 1993, II, 265; Cass. pen., Sez. V, 9 maggio 2001, n. 33717, in *Cass. pen.*, 2002, 3759; Cass. pen., Sez. II, 28 gennaio 2000, n. 5343, in *Cass. pen.*, 2001, 844.

criminosa, sorretto dalla rappresentazione nel soggetto dell'efficacia causale della sua condotta[283].

Come è stato opportunamente rilevato, la condotta dell'*intraneus* si articola in due distinte componenti, entrambe ugualmente necessarie perché possa dirsi perfezionata: l'una, corrispondente a un "modello organizzatorio", vuole che il soggetto sia stabilmente inserito nel tessuto organizzativo del sodalizio criminoso assumendovi un ruolo o una funzione; l'altra, correlata a un "modello causale", richiede un contributo eziologico apprezzabile che sia fornito a favore del consolidamento dell'ente[284]. Detti elementi devono poi rientrare nell'oggetto del dolo del soggetto agente, il quale dovrà per l'appunto avere la consapevolezza e volontà di partecipare e contribuire attivamente alla vita dell'associazione.

Un discorso diverso riguarda il c.d. giuramento di mafia, in relazione al quale è costante l'affermazione che la mera manifestazione d'impegno con cui il nuovo affiliato metta a disposizione dell'organizzazione le proprie risorse costituirebbe di per sé un contributo alla conservazione o al rafforzamento dell'ente, ampliandone le capacità operative[285]. La solennità dell'atto farebbe sì che la raggiunta prova della disponibilità conclamata ad agire come "uomo d'onore", specie nelle mafie "storiche", sia sufficiente a integrare quel contributo

---

[283] Così G. INSOLERA, *L'associazione per delinquere, cit.*, p. 228. Per la giurisprudenza, vedi Cass. pen., Sez. I, 5 maggio 2015, n. 44704, in *Dejure*.

[284] La necessaria presenza di entrambi i modelli viene rimarcata da G. FIANDACA, *Orientamenti della Cassazione in tema di partecipazione e concorso nell'associazione criminale*, in AA.VV., *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, a cura di M. Barillaro, Giuffré, 2004, p. 41.

[285] In tal senso, A. INGROIA, *L'associazione, cit.*, p. 40, secondo cui non è necessario rinvenire la prova dello svolgimento delle funzioni assegnategli, poiché il solo inserimento nel tessuto organizzativo dell'ente ne determina un rafforzamento per la consapevolezza degli associati di potersi avvalere di quel socio quando debbano essere svolte le funzioni a lui spettanti. Turone, Il delitto di associazione mafiosa, cit., pp. 370-371, sviluppa il discorso rilevando come se il giuramento di mafia costituisce la soglia minima per ritenere accertata la condotta di partecipazione, questo non significa che la stessa non possa essere comunque provata sulla base di altri elementi quando l'affiliazione rituale sia mancata: « […] dal punto di vista dell'ordinamento giuridico statuale, poiché la partecipazione a reato associativo è e rimane un reato a condotta libera, l'affiliazione *rituale* va considerata non già come se essa fosse un elemento costitutivo del reato, bensì esclusivamente come una *circostanza di fatto* sia pure di grande rilievo probatorio. Ed anche l'accettazione dell'associato da parte dell'associazione va valutata in termini di *facta concludentia* e non va fatta dipendere dal fatto che essa sia rivestita di formule rituali ».

alla vita associativa sussumibile nei contorni della condotta partecipativa, in quanto idoneo ad accrescere le potenzialità operative e la temibilità dell'associazione[286].

La peculiarità del fenomeno mafioso, fondato sulla forza di intimidazione derivante dal legame che unisce gli associati, dovrebbe far ritenere raggiunta la prova del contributo causale alla vita dell'associazione per la sua capacità di inserimento nel tessuto sociale mediante l'aumento numerico dei suoi membri, in virtù del valore vincolante che il giuramento viene ad assumere all'interno dei sodalizi di tal genere[287]. Decisivo, al riguardo, sarebbe il conforme atto di accettazione da parte degli altri associati, giacché l'inserimento stabile all'interno del sodalizio restituirebbe alla condotta di partecipazione quel contrassegno di tipicità sufficiente a integrarne il disvalore penale[288].

Cionondimeno, messe da parte le notevoli diversità strutturali del delitto di associazione di tipo mafioso, il criterio formalistico dell'affiliazione rischia anche qui di condurre all'incriminazione di fatti privi di idoneità lesiva rispetto all'interesse giuridicamente tutelato, rimettendo la qualifica di partecipe o

---

[286] Alcuni autori limitano infatti la rilevanza del rito di affiliazione, quale ingresso pienamente rappresentativo di una effettiva messa a disposizione del proprio operato, alle sole associazioni che presentino una struttura organizzativa sedimentata e un consolidato *modus operandi* che lega il rito di affiliazione alla piena partecipazione all'ente criminoso. Vedi sul punto C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia, cit.*, p. 319. Anche secondo Cass. pen., Sez. I., 16 giugno 1992, n. 6992, Altadonna, in *Giust. pen.*, 1992, II, c. 581, è partecipe dell'associazione mafiosa chi, a prescindere dal ricorso o meno a formali riti di affiliazione, abbia prestato la propria adesione con impegno di messa a disposizione della propria opera, poiché sarebbe atto di per sé idoneo ad ampliare le potenzialità operative della *societas sceleris*.

[287] Questo è quanto viene affermato anche nel primo maxiprocesso a Palermo, nella sentenza della Cass. pen., Sez. VI, 27 agosto 1996, Brusca, in *C.E.D. Cass.*, n. 206319.

[288] G. DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis, 416ter, 417, 418 c.p., cit.*, pp. 32-39, ritiene che la soluzione più coerente sarebbe quella di radicare la rilevanza della partecipazione nel contesto del tessuto organizzativo dell'associazione criminosa in termini di assunzione di un ruolo, partendo da una netta distinzione tra il profilo di disvalore dell'organizzazione delittuosa in quanto entità autonoma e destinata e perdurare nel tempo, e quello ricollegabile alle singole attività materiali esplicate nel perseguimento degli scopi associativi. Non può neanche dirsi peraltro che lo svolgimento in concreto di un'attività sia sempre maggiormente idoneo a determinare il rafforzamento dell'associazione, come dimostra l'esempio del soggetto di particolare fama criminale chiamato a partecipare all'associazione e che offra particolari garanzie di contribuzione agli scopi perseguiti dall'associazione. Anzi, focalizzare l'attenzione sullo svolgimento in concreto di attività materiali e allontanandola dall'esistenza di un ruolo stabile all'interno della struttura rischia di condurre al risultato di considerare partecipe anche il concorrente eventuale che avendo cooperato alla realizzazione di delitti-scopo abbia contribuito seppure indirettamente al mantenimento dell'ente criminoso.

concorrente alle regole interne dell'associazione mafiosa e punendo meri fattori interiori al soggetto agente che non vanno oltre il mero accordo non eseguito.

Sul versante del "concorso esterno" si creerebbe poi un'inaccettabile disparità di trattamento tra la punibilità del soggetto interno, che dipenderebbe dalla sola affiliazione, e quella del concorrente eventuale, che dovrebbe apportare un contributo effettivo all'organizzazione criminosa per rispondere a titolo di concorso nel reato associativo[289].

4.2. "Chiunque concorra è partecipe".

Un'opinione dottrinale esclude in radice la configurabilità di un concorso nel reato associativo, partendo dal presupposto dell'impossibilità di distinguere il concorso eventuale dalla condotta partecipativa interna, giacché vedrebbero entrambi la loro base comune in un contributo causale fornito all'associazione, a prescindere dalla prova di un'affiliazione o dall'occasionalità o stabilità del contributo prestato. Se la dinamica di tipizzazione causale è la stessa, o il contributo risulta causalmente adeguato rispetto alla struttura organizzativa tanto da costituire una partecipazione punibile, oppure non raggiunge i requisiti minimi della rilevanza penale e quindi non sarà punibile neanche alla stregua degli artt. 110 e ss. c.p.[290].

Un'attenta analisi delle opinioni manifestate da quegli autori che si sono mostrati tradizionalmente contrari all'ammissibilità del "concorso esterno" nel reato associativo può peraltro aiutare a capire perché giungano a siffatte conclusioni, nonché gli errori metodologici in cui incorrono[291].

---

[289] Richiedono l'espletamento di specifiche attività materiali finalizzate alla sopravvivenza o al rafforzamento dell'associazione A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo, cit.*, p. 254; G. FIANDACA-F. ALBEGGIANI, *Struttura della mafia e riflessi penal-processuali*, in *Foro it.*, 1989, II, c. 83; A. MANNA, *L'ammissibilità di un c.d. concorso "esterno", cit.,* p. 1191.

[290] G. CONTENTO, *Il concorso di persone nei reati associativi, cit.*, pp. 109 e ss. e G. INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone, cit.*, p. 148 e ss.. Per la giurisprudenza vedi invece Cass. pen., 21 settembre 2000, Villecco, in *Cass. pen.*, 2001, 2064.

[291] Per una dettagliata critica delle tesi di Contento e Insolera, vedi C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale, cit.*, pp. 280 e ss..

Partendo dalla tesi di Contento, occorre tenere presenti alcuni dati dai quali muove l'Autore che lo portano a sostenere determinate conclusioni. Da un lato la condotta di partecipazione viene descritta dall'Autore quale mera assunzione di ruolo all'interno della *societas sceleris*, secondo un modello di tipo prettamente organizzatorio, e dall'altro lato si rinviene il termine di incidenza dell'atto di concorso non nell'evento, bensì solo nell'azione od omissione che costituisce il reato.

Logica conseguenza di una simile impostazione è rimarcare le difficoltà che si riscontrerebbero nell'applicare il consueto schema causale in una fattispecie come quella associativa dove manca un evento nel significato comunemente fatto proprio ai fini del rapporto causale. Ugualmente, se si rinviene nel particolare disvalore soggettivo della condotta di partecipazione la *ratio* della punibilità del reato associativo, questo non può non dover assistere anche l'atto di concorso nella condotta di partecipazione.

Ne deriva allora che «se è comunque necessaria l'*affectio societatis* per configurare il concorso, qualsiasi condotta o contributo causale soggettivamente caratterizzati da tale particolare profilo psicologico sono penalmente rilevanti ai sensi della fattispecie incriminatrice di parte speciale»[292].

Si ritiene infatti inspiegabile una scelta legislativa che si sia espressa nell'incriminazione autonoma di determinati contributi forniti da terzi estranei al sodalizio, come le fattispecie di propaganda e assistenza ai singoli associati, da cui discende una sanzione ben più lieve rispetto a quella applicabile qualora si ritenesse configurabile un più generale "concorso esterno" nel reato associativo.

L'opinione di Contento trova tuttavia la sua criticità sin dal momento in cui sembra non avere presente quell'elemento differenziale, ribadito più volte dalla giurisprudenza a Sezioni Unite, idoneo a distinguere tra fattispecie di sostegno ai singoli membri del sodalizio espressamente tipizzate e contributi forniti dall'*extraneus* all'associazione complessivamente intesa.

Insolera ricostruisce diversamente la natura della condotta partecipativa penalmente rilevante, sposando una concezione incentrata sulla rilevanza causale della condotta rispetto alla vita associativa, in cui l'effettivo ruolo svolto

[292] C. VISCONTI, *ibidem*, p. 297.

all'interno dell'organizzazione non ha più alcuna consistenza. Concorrere nel reato significa contribuire alla sua organizzazione, a prescindere dalla necessità di una diretta concausazione dell'evento, ovvero della azione tipica o di una parte di essa. L'organizzazione sarà l'evento, il risultato alla cui stregua valutare in termini di concreta adeguatezza ogni singolo contributo.

Rispetto alla organizzazione, l'apprestamento di mezzi finalizzati alla consumazione del reato configura un valido e concretamente adeguato contributo alla organizzazione. Tale acquisizione non può ritenersi smentita dal successivo ricorso in fase esecutiva ad altri strumenti sempre collocabili nel tessuto preparatorio dell'illecito[293].

Risulta chiaro sotto il profilo criminologico il significato che può rivestire la predisposizione di più mezzi utilizzabili in alternativa, anche se poi solo uno di essi sarà utilizzato. Lo stesso vale per la condotta del palo che permette di aumentare le *chances* di impunità.

Per quanto attiene al contributo morale, per essere punibile dovrà sostanziarsi in indicazioni e informazioni organizzative, minacce, promesse, ecc., che qualifichino il contributo in termini di adeguatezza alla preparazione del reato.

Il fenomeno del concorso di persone nel reato si impernea dunque in quel momento, oggettivamente rilevabile, in cui trovano integrazione i vari apporti, le diverse forze.

Di conseguenza « […] Da un lato l'autonoma incriminazione della partecipazione all'associazione si fonda nella rilevanza causale del contributo rispetto all'organizzazione criminale, dall'altra parte su un'analoga dinamica di tipizzazione si impernia il concorso eventuale »[294]. Quel contributo causale e adeguato rispetto alla struttura organizzativa non può che costituire una partecipazione all'associazione, mentre in assenza di tale connotazione verrà meno ogni spazio applicativo per la rilevanza penale della condotta[295].

---

[293] G. INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, *cit.,* p. 58.

[294] G. INSOLERA, *ibidem*, p. 149.

[295] Se il contributo si dovesse rivelare significativo ed adeguato rispetto alla struttura organizzativa predisposta, la condotta rientrerebbe nell'ambito applicativo della fattispecie di

Cadrebbe dunque in un grave fraintendimento lo stesso Contento, quando fonda la soluzione del problema su una visione soggettivistica dell'illecito associativo. La risposta deve invero rinvenirsi ben prima, sul piano oggettivo del reato, come avviene più in generale per l'individuazione del contributo punibile a titolo di concorso nel reato *ex* art. 110 c.p..

Insolera si spinge poi oltre queste affermazioni, estendendole anche all'ipotesi della istigazione e apportando un'altra e importante critica alla tesi sostenuta da Contento, il quale al contrario ritiene ammissibile un concorso morale nel reato associativo facendo leva sulla sufficiente determinatezza del contributo punibile[296].

Non solo sarebbe difficile distinguere quella posizione esterna di sostegno all'associazione i cui confini tendono a sovrapporsi con la condotta del "reclutatore" sussumibile all'interno della fattispecie della organizzazione, ma, e qui sta l'obiezione decisiva, si rischierebbe di fondere l'incriminazione sulla sola sussistenza di una manifestazione di volontà adesiva a prescindere dal reiterarsi della condotta, elemento invece necessario per la configurabilità della partecipazione punibile.

I reati associativi costituiscono del resto attività preparatorie, nell'ambito delle quali già rientrano le attività connotabili in termini morali, con una vistosa deroga all'art. 115 c.p.. È indubbio quindi come un'interpretazione del 1° comma dell'art. 114 c.p. che ravvisi, con diverse sfumature, il contributo minimo

---

partecipazione. Altrimenti, si potrà al più ragionare in termini di atti preparatori o comunque solo parzialmente sussumibili nella fattispecie incriminatrice. Cfr. G. INSOLERA, *ibidem*, p. 149.

[296] Anche quella giurisprudenza che in passato aveva escluso la configurabilità del concorso eventuale nel reato associativo ammetteva al contrario un concorso morale: « L'ipotesi concorsuale ai sensi dell'art. 110 c.p. non trova ingresso nello schema dell'art. 416 c.p. al di là del concorso morale e limitatamente ai soli casi di determinazione od istigazione a partecipare o a promuovere, costituire, organizzare l'associazione per delinquere. Pertanto, una condotta che coerentemente favorisce le attività ed il perseguimento degli scopi sociali, posta in essere da un soggetto estraneo al sodalizio, non potrà essere ritenuta condotta di partecipazione al reato associativo ove non sia accompagnata, non dalla mera connivenza, bensì dalla coscienza e volontà di raggiungere attraverso quegli atti, anche se di per se stessi leciti, pure i fini presi di mira dall'associazione e fatti propri, trattandosi, in tal caso, non già di concorso nel reato di associazione, bensì di atttività che realizza, perfezionandosi l'elemento soggettivo e quello oggettivo, il fatto tipico previsto dalla norma istitutiva della fattispecie associativa » (Cass. pen., Sez. I, 21 marzo 1988, Agostani, in *Cass. pen.*, 1991, 223).

in una condotta superflua rispetto alla produzione dell'evento, abbia la capacità di scardinare ogni impalcatura causale del concorso di persone nel reato[297].

La teoria esposta non tiene anch'essa conto dei risultati interpretativi cui dottrina e giurisprudenza sono pervenuti nell'individuare il fulcro caratterizzante la condotta partecipativa nella profonda compenetrazione con l'associazione, il che dimostrerebbe come da un punto di vista meramente pratico e naturalistico sia effettivamente possibile operare una distinzione tra chi sia membro dell'associazione in via stabile e permanente e chi di questa non voglia far parte, limitandosi a fornire un contributo esterno per il perseguimento di fini anche ben lontani dalla conservazione o dal rafforzamento dell'associazione.

Soprattutto, le opinioni in esame, se portate alle estreme conseguenze, condurrebbero a ritenere che nei reati causalmente orientati e a forma libera tutte le condotte meritevoli di pena e legate sul piano eziologico al medesimo evento finale rileverebbero direttamente alla stregua della stessa fattispecie incriminatrice di parte speciale, senza lasciare spazio alcuno alla funzione incriminatrice dell'art. 110 c.p.[298].

Non è allora eccessivo rilevare come chi neghi un fondamento dogmatico alla punibilità di condotte di sostegno alle organizzazioni criminali sia spinto piuttosto da quei già accennati timori lamentati nei confronti di un dato normativo che sembra minare principi cardine del diritto penale quali sono la determinatezza e tassatività della fattispecie penale[299].

---

[297] G. INSOLERA, *Problemi di struttura nel concorso di persone nel reato, cit.*, p. 52.

[298] Il rilievo è di C. VISCONTI, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa, cit.*, pp. 1324-1325, il quale riporta l'esempio del soggetto che fornisce la pistola all'assassino, dove, pur essendovi uno stesso processo causale in funzione di tipizzazione delle condotte di chi spara e di chi fornisce la pistola, il complice che fornisce la pistola sarà incriminato a titolo di concorso per una condotta che già sul piano causale è perfettamente distinguibile rispetto alle altre conducenti al medesimo evento. L'Autore prosegue rilevando che, come è pacifica la punibilità del soggetto che fornisce una mazza da golf all'amico coinvolto in una rissa a titolo di concorso nel reato necessariamente plurisoggettivo di cui all'art. 588 c.p., in cui le condotte dei concorrenti sono indicate genericamente nel "partecipare", allo stesso modo nell'associazione di tipo mafioso entra in campo l'ordinaria funzione incriminatrice *ex novo* svolta dall'art. 110 c.p..

[299] Più di recente, a negare la configurabilità di un concorso nel reato associativo è G. COCCO, *Manuale di diritto penale, Parte generale* I, 2, *Il reato*, Cedam, 2012, pp. 406-407, che sottolinea la problematicità di una distinzione sul piano materiale tra atto partecipativo rilevante direttamente *ex* art. 416*bis* c.p. e concorso *ex* art. 110 c.p., e che condurrebbe a punire come partecipe colui che tale non è perché non agisce con il dolo tipico dell'associato. Il risultato finale dell'innesto dell'art. 110 c.p. sul reato associativo si tradurrebbe in un'indebita estensione analogia della fattispecie associativa, con l'ulteriore problema del rispetto dei principi di tassatività e precisione.

4.3. La tesi di Muscatiello e il concorso nella singola condotta associativa.

Delle diverse teorie elaborate intorno all'istituto del concorso esterno nel reato associativo, particolare interesse suscita l'opinione di Muscatiello, il quale propone di "scambiare" il termine di efficacia causale della condotta dell'*extraneus*, spostando l'attenzione dall'associazione vista nel suo complesso alle singole condotte dei partecipi[300].

L'Autore parte come tanti altri da un presupposto specifico, ossia dal più volte sottolineato *deficit* di determinatezza insito nei reati associativi e dalla tanto problematica nozione di associazione penalmente rilevante, che rischia di assumere un'ampiezza applicativa tale da ricomprendere perfino mere convergenze di opinioni[301]. L'accertamento dell'esistenza di un legame causale, anche se solo agevolatore, tra una condotta di sostegno esterna e l'evento della conservazione o rafforzamento dell'associazione si rivelerebbe però particolarmente difficile, specie a fronte di associazioni di grandi dimensioni o che siano già costituite e particolarmente solide.

Inoltre, e in questo risiede il fulcro della teoria, non si tratta tanto di contestare il *deficit* di tipicità delle condotte di sostegno esterno all'associazione criminosa, quanto piuttosto di constatare che l'evento su cui dovrebbe fondarsi la rilevanza del contributo partecipativo, quindi il mantenimento dell'integrità dell'associazione, non possa essere assimilato al paradigma della fattispecie tipica di reato. Pur dando per assunta l'unitarietà ontologica dell'associazione, che si esplica attraverso una struttura organizzativa adeguata alla lesione dell'ordine pubblico, rimarrebbe del resto il dato costante dell'autonoma rilevanza delle singole condotte dirette alla comune realizzazione delittuosa. Sono queste ad assumere rilevanza penale, e non l'organizzazione in quanto tale.

---

[300] Vedi l'interessante monografia di V. MUSCATIELLO, *Il concorso esterno nelle fattispecie associative, cit.*.

[301] V. MUSCATIELLO, *ibidem*, pp. 117 e ss..

Dall'esegesi delle fattispecie di parte speciale traspare come il legislatore si preoccupi sovente di distinguere le diverse condotte coinvolte nella fattispecie plurisoggettiva, servendosi di qualifiche riconducibili a categorie, quali quelle di "promozione", "costituzione", "organizzazione" o "direzione", per adeguare il trattamento sanzionatorio al diverso grado di colpevolezza manifestato dal singolo partecipe, tanto da indurre taluno a postulare un rapporto di *species ad genum* tipico delle figure circostanziate[302].

Il loro accostamento troverebbe sì una ragione giustificativa nell'autonoma lesività giuridica dovuta all'unione di più soggetti, ma questo non eliminerebbe comunque la diversità strutturale insita in condotte di promozione, costituzione e organizzazione solo eventualmente da considerarsi plurisoggettive, rispetto a condotte di partecipazione, direzione e supremazia gerarchica, che invece presenterebbero necessariamente un carattere plurisoggettivo.

Logica e diretta conseguenza di un'impostazione che si fonda sull'autonoma valenza dogmatica delle condotte associative descritte all'interno della fattispecie è allora l'affermazione secondo cui sarebbe erroneo parlare di "concorso esterno" come contributo all'associazione *lato sensu* intesa, poiché questo postulerebbe la configurabilità di un concorso interno all'associazione stessa che sia riconducibile ad un'autonoma categoria dogmatica.

Più specificamente, l'Autore rileva che il soggetto esterno che fornisca il proprio contributo all'organizzazione, promozione o costituzione del sodalizio non risponderà in ragione della forza espansiva del sistema consentita dalle norme sul concorso di persone nel reato, ma la sua condotta rileverà direttamente ai sensi della fattispecie incriminatrice di parte speciale, rientrando nell'oggetto del dolo del promotore, costitutore o organizzatore sia interno che esterno lo stesso evento della genesi dell'associazione[303].

---

[302] In tal senso vedi V. PATALANO, *L'associazione per delinquere, cit.*, p. 20 e M. BOSCARELLI, *Associazione per delinquere, cit.*, p. 871. Per l'impossibilità di ricondurre a una natura circostanziale le condotte qualificate, in ragione dell'assenza di una qualunque indicazione legislativa nonché delle conseguenze aberranti che ne derivano, vedi P. SEVERINO, *Problemi di definizione della figura circostanziata e di applicazione delle regole sul concorso eventuale in riferimento al reato di cospirazione politica mediante associazione*, in *Cass. pen.*, 1977, 1109.

[303] V. MUSCATIELLO, *Il concorso esterno nelle fattispecie associative, cit.*, pp. 133-134. Se poi il soggetto, oltre alla partecipazione alla fase prodromica al perfezionamento dell'associazione,

"Concorrente esterno" che vedrà insorgere la sua responsabilità penale per via dell'innesto dell'art. 110 c.p. sulla fattispecie associativa di parte speciale sarà piuttosto chi partecipi all'azione od omissione che costituisce il reato di partecipazione all'associazione, con un recupero, in questa prospettiva, dei principi posti alla base della teoria dell'accessorietà dell'atto di concorso.

Il "concorso esterno" nel reato associativo potrà dunque assumere una dignità autonoma unicamente nell'accezione di un contributo all'altrui partecipazione interna, dovendosi rinvenire un nesso eziologico non tanto tra la condotta dell'*extraneus* e la struttura organizzativa, quanto piuttosto tra la condotta stessa e l'altrui condotta interna di partecipazione[304].

La conferma di siffatta soluzione si rinverrebbe in maniera evidente nei casi di partecipazione morale, rispetto ai quali finanche i più contrari avversari dell'istituto del "concorso esterno" si ritrovano a sostenere la punibilità a titolo di concorso nel reato associativo di quelle forme di sostegno morale che da un punto di vista causale non possono che rivolgersi al processo motivazionale del singolo partecipe. È affermazione ricorrente che la partecipazione psichica, nelle forme dell'accordo e dell'istigazione, si correli a una condotta tipica la cui risoluzione criminosa viene in tal modo indotta o rafforzata.

Orbene, la teoria in questione va incontro a facili obiezioni già nel momento in cui pretende di escludere la configurabilità di un concorso eventuale al rafforzamento o mantenimento dell'associazione adducendo a suo fondamento pretese difficoltà di accertamento processuale, che sicuramente non possono costituire un buon motivo per escludere in via astratta la validità di un istituto[305]. Del resto, è la stessa realtà criminologica a rivelare che sovente i contributi siano rivolti indistintamente a favore dell'organismo mafioso, e non a ben individuati associati.

L'obiezione più importante attiene all'eccessivo allargamento dell'ambito della responsabilità penale che si avrebbe nel punire ogni singolo contributo alle

---

decida di farvi ingresso stabilmente, risponderà di entrambe le fattispecie unificate dal vincolo della continuazione.

[304] V. MUSCATIELLO, *ibidem*, pp. 136-140.

[305] A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, *cit.*, p. 264.

condotte di partecipazione, anche se occasionale o privo di efficienza causale rispetto al rafforzamento dell'intera associazione.

Risponderebbe, ad esempio, di "concorso esterno" alla partecipazione all'associazione il soggetto che, consapevole del fine del passaggio e dell'associazione illecita, accompagni in automobile alle riunioni periodiche dell'ente criminale un amico membro del sodalizio e privo di patente o automobile. La sua condotta rileverebbe infatti come *condicio sine qua non* dell'altrui partecipazione, mentre, una volta esclusa senza alcun dubbio la sua efficacia causale se riferita all'associazione nel suo complesso, potrebbe semmai ricondursi alla meno grave fattispecie criminosa del favoreggiamento personale[306]. Diversamente opinando, si perverrebbe a una risposta punitiva eccessivamente rigorosa nell'attribuire la responsabilità per l'intero fatto associativo a chi abbia fornito il proprio contributo esclusivamente a un partecipante dell'associazione.

Tale ultima osservazione porta peraltro a riflettere sulle consequenziali problematicità che si riscontrerebbero nella ricerca di un ulteriore criterio idoneo a distinguere il concorso eventuale dalle fattispecie di favoreggiamento e assistenza agli associati, laddove l'opinione costante rinviene ormai il tratto differenziale di queste fattispecie nel termine causale cui è diretto il contributo fornito dall'*extraneus*, che non sarebbe più l'intera organizzazione criminale, bensì il singolo associato[307].

---

[306] C. VISCONTI, *Il concorso esterno, cit.*, pp. 1320-1321.

[307] Attribuendo così al reato di assistenza agli associati «una funzione politico-criminale complementare e nei fatti sussidiaria al concorso esterno inteso come contributo all'associazione complessivamente considerata» (C. VISCONTI, *ibidem*, p. 1311). Per la giurisprudenza, vedi la massima di Cass. pen., Sez. VI, 9 novembre 1995, Passaro e altri, in *Foro it.*, 1996, Vol. 119, n. 11, 628: «Il reato di assistenza agli associati, la cui condotta può consistere nell'assicurare ad un associato beni anche non alimentari indispensabili per garantirgli il minimo vitale (secondo un'accezione sufficientemente ampia della locuzione "fornire vitto" contenuta nell'art. 418 c.p.), si differenzia dalla partecipazione o concorso nell'associazione perché il contributo è fornito al singolo componente dell'associazione criminale (pur se diverso di volta in volta) invece che all'organizzazione nel suo complesso, e dal favoreggiamento in quanto non postula, come quest'ultimo, la cessazione della permanenza del reato presupposto e cioè del delitto associativo». Sul favoreggiamento personale, vedi invece Cass. pen., Sez. V, 6 maggio 2008, n. 34597, in *C.E.D. Cass.*, n. 241929, secondo cui nel concorso esterno in associazione di tipo mafioso l'aiuto non solo è prestato a uno o più partecipi mentre l'associazione è ancora in atto, ma è rivolto al singolo in quanto componente del gruppo criminale.

Per di più, la teoria analizzata finirebbe con il rafforzare quelle opinioni che escludono in radice l'ammissibilità di un concorso *ex* art. 110 c.p. nell'associazione, proprio in quanto le condotte di sostegno esterno all'associazione che dovrebbero rientrarvi rimarrebbero assorbite nelle fattispecie di assistenza agli associati e favoreggiamento personale[308].

5. Il caso Dell'Utri. Un'occasione per cogliere l'autentico *punctum dolens* dei processi sulla mafia.

La decisione adottata dalla Suprema Corte nel caso Dell'Utri[309], insieme alle stringenti parole del procuratore sostituto Iacoviello, sembrano riaprire uno spiraglio di luce nello scenario di una giurisprudenza sovente mossa da pregiudizi di natura per così dire "etica" e da istanze repressive nel pervenire a condanne prive di un adeguato supporto motivazionale. In questo contesto, la pronuncia del 2012 finisce con l'assumere quasi il ruolo di pronuncia "esemplare", capace di dimostrare come il rispetto dei principi fissati dalle Sezioni Unite Mannino possa condurre a soluzioni conformi al principio di legalità in materia penale.

Merito della requisitoria di Francesco Iacoviello è l'aver posto l'attenzione su una tendenza ormai particolarmente diffusa dell'accusa, consistente nel costruire l'imputazione assemblando tutti gli elementi di fatto risultanti dalle indagini senza distinguere preliminarmente se attengano al piano delle condotte

[308] C. VISCONTI, *Il concorso esterno, cit.*, p. 1322.

[309] Cass. pen., Sez. V, 9 marzo 2012, n. 15727, Dell'Utri, *cit.*. La pronuncia annulla la sentenza di condanna per concorso esterno nel reato di cui all'art. 416*bis* c.p. pronunciata dalla Corte d'Appello di Palermo del 29 giugno 2010, per aver l'imputato mantenuto contatti con esponenti della malavita organizzata, per aver prestato aiuto a latitanti appartenenti a detta organizzazione e per aver agevolato quest'ultima grazie alla propria conoscenza del mondo imprenditoriale, ed ai propri contatti in tale ambiente. I fatti principali contestati all'imputato riguardavano dunque i contatti che avrebbe avuto con mafiosi siciliani, come emerso dalle dichiarazioni di testimoni e collaboratori di giustizia e l'attività di agevolazione del sodalizio mafioso determinante era stata individuata nell'utilizzo delle aziende appartenenti al gruppo Fininvest al fine di riciclare somme di denaro di provenienza illecita.

Per la seconda pronuncia sul caso Dell'Utri, che ha concluso il processo con la condanna definitiva dell'imputato, vedi Cass. pen., Sez. I, 9 maggio 2014, n. 28225, Dell'Utri, *cit.*.

oggetto di addebito ovvero al versante probatorio, determinando in tal modo una sovrapposizione tra fatto e prova.

A essere messa in discussione non è la meritevolezza di pena di quegli aiuti forniti alle consorterie mafiose, né tantomeno l'opera ricostruttiva svolta dalla Corte di legittimità nel tentativo di restituire un "protocollo" di tipicità all'istituto del "concorso esterno", ma più semplicemente la sua incapacità a divenire diritto giudiziario a fronte di oneri probatori ritenuti evidentemente troppo pregnanti[310].

La peculiare "duttilità" della figura si presta facilmente ad essere "plasmata" dai giudici, che in diverse occasioni hanno preferito avvalersi di questa categoria in luogo dell'inquadramento del fatto nell'ambito di fattispecie criminose di parte speciale più definite, come il favoreggiamento personale, sia pure aggravato, con soluzioni che sembrano piuttosto celare la volontà di « veicolare messaggi pedagogici alla pubblica opinione anche in chiave di etichettamento simbolico del disvalore politico o etico – sociale che, al di là della lesione giuridica strettamente intesa, si ritiene insito nei fatti in questione »[311].

È quanto è avvenuto nel caso Cuffaro, imputato per "concorso esterno" nonostante la condanna per rivelazione di segreti di ufficio e favoreggiamento aggravati dal fine di agevolare la mafia. Nel presupposto dell'insufficienza della condanna a esaurire il disvalore delle condotte tenute dall'ex presidente della Regione siciliana, si è voluto riprendere gran parte dei medesimi fatti posti alla base della condanna passata in giudicato per considerarli elementi di prova del ruolo di concorrente nel reato associativo, con un'impostazione accusatoria che si pone limpidamente in contrasto con il principio del *ne bis in idem*.

---

[310] Sulla reazione della magistratura a quanto statuito dalla pronuncia Mannino, vedi il contributo di V. MAIELLO, *Luci ed ombre nella cultura giudiziaria del concorso esterno*, in *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale, cit.*, pp. 157 e ss., il quale osserva come a una prima fase in cui erano diffuse le assoluzioni, nell'ambito di programmi probatori diretti a verificare l'esistenza di rapporti di vicinanza all'associazione sulla base delle sole dichiarazioni di collaboratori di giustizia, anziché la produzione di effettivi vantaggi in favore del sodalizio, sia seguito un fenomeno opposto, caratterizzato da condanne emesse anche in caso di mancata prova del contributo al consolidamento dell'organizzazione criminosa.

[311] Sono le parole di G. FIANDACA, *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica, cit.*, in commento alla requisitoria del procuratore generale di Cassazione Francesco Iacoviello.

Dello schema del "concorso esterno" la magistratura fa talora uso quando non siano chiari i fatti per i quali si procede, ricomprendendo nell'imputazione fatti che poi vengono letti sia quali elementi costitutivi del reato sia come elementi di prova. Il fatto è che spesso nei procedimenti per "concorso esterno" non è chiaro agli stessi giudici per quali fatti specifici si proceda o se si proceda proprio per una condotta di partecipazione all'associazione criminosa.

La prima parte della requisitoria del sostituto procuratore generale Iacoviello pone l'enfasi sull'esigenza di formulare i capi di imputazione in maniera più dettagliata e comprensibile, poiché l'imputazione è la proiezione processuale del principio di tipicità della fattispecie penale. Non si tratta solo di rendere chiari all'imputato i fatti addebitati, ma anche di porre delle basi chiare per la motivazione della sentenza.

Nel caso Dell'Utri, « […] dalla motivazione si ricava l'imputazione ». Ma se la motivazione è diversa dalla sentenza, come la si può ritenere valida? Come può la condotta del concorrente avere i caratteri dell'estorsione, in un processo che però perviene alla condanna per il solo concorso nel reato associativo?

Secondo Iacoviello la sentenza del giudice di merito avrebbe dovuto dapprima affrontare la responsabilità dell'imputato per concorso nell'estorsione, per poi argomentarsi dal carattere strategico e continuato della condotta per un ampio lasso di tempo l'eventualità di una responsabilità per concorso nell'associazione.

Non è da porre in dubbio che il concorso possa consistere anche in un'attività lecita, ma perché a fronte di una fattispecie che consentiva un'iniziale contestazione per il delitto di estorsione riducendo i *deficit* di tipicità non si è scelto di contestare estorsione e concorso esterno, con un'imputazione decisamente più determinata?

Evidentemente « Il rischio era che se cadeva la partecipazione all'estorsione cadeva tutto ».

Qui non si tratta tanto di un problema di correlazione tra accusa e sentenza quando da un'iniziale contestazione per la partecipazione all'associazione si passi nel corso del processo a una contestazione per il "concorso esterno". Nei processi a carico di soggetti indiziati di contribuire dall'esterno alla permanenza

dell'organizzazione criminosa avviene ben altro: si contesta il "concorso esterno", indicando determinati fatti; poi si condanna sempre per il medesimo titolo di reato, ma per fatti completamente diversi che non sono indicati nel capo di imputazione. Prima ancora di un problema di correlazione si pone un problema di contestazione.

Venendo alla seconda parte della requisitoria, il p.g. ha contezza di stigmatizzare quell'uso così diffuso di "metafore" per descrivere la condotta dell'imputato.

Limitarsi a contestare la messa a disposizione del sodalizio, il ruolo di "canale di collegamento", di "canale" o di "mediatore", l'esercizio della propria posizione di influenza derivante dalla posizione di esponente del mondo finanziario e imprenditoriale senza indicare le forme concrete di condotta tenute dall'imputato e l'effettiva efficacia causale in termini di consolidamento o rafforzamento dell'associazione semplicemente, annulla quel preciso schema strutturale ben definito dalle Sezioni Unite Mannino per delineare l'istituto del concorso eventuale nel reato associativo.

« Le metafore non possono sostituire la condotta. Non si condanna sulle parole, ma sui fatti ». Prima bisogna descrivere la condotta, e solo dopo la si potrà qualificare.

Secondo Iacoviello, la sentenza impugnata sembra dire: « se tu sei amico della vittima tronchi ogni rapporto con gli estorsori e con i loro emissari, altrimenti sei complice ». Un capovolgimento totale di quanto anni di tormentato cammino hanno lasciato: le frequentazioni, i rapporti con membri del sodalizio criminoso non sono sufficienti a fondare incriminazioni a titolo di concorso nel reato associativo se non sia appurato un effettivo e concreto influsso causale sulla struttura e sulla vita associativa.

In una realtà in cui i giudici non di rado pervengono a condanne a titolo di concorso eventuale nel reato associativo anche in assenza della prova di un'efficacia causale sul consolidamento dell'organizzazione criminale, si colloca « […] il preteso scetticismo e/o nichilismo di Iacoviello. Il suo "grido" non ha natura "prescrittiva": non esorta a fare a meno del concorso esterno. La sua è una constatazione: al concorso esterno non si crede perché esso ha smarrito la

capacità di disciplinare la materia del fiancheggiamento associativo, secondo criteri capaci di rendere prevedibili gli esiti processuali »[312].

Sembra allora che sia la stessa magistratura a voler collocare il "concorso esterno" nell'ambito della lotta giudiziaria contro la mafia, allontanandosi dagli schemi del diritto penale "normale" fino ad impiegare una struttura causale debole al posto del rigoroso criterio causale, rimettendo così in discussione quanto deve ormai considerarsi pacifico.

6. Il "concorso esterno" nell'associazione di tipo mafioso innanzi alla Corte europea di diritti dell'uomo. Riflessioni a margine della sentenza Contrada e prime reazioni della giurisprudenza.

6.1. Introduzione. Il caso Contrada.

La pronuncia resa dalla Corte Edu sul caso Contrada[313] ha riportato recentemente l'attenzione sulla tanto discussa figura del "concorso esterno" nel reato associativo e merita un particolare approfondimento volto a individuare gli eventuali effetti sull'ordinamento interno, soprattutto per risolvere l'interrogativo finale sull'eventualità che la figura in esame, in quanto priva di un espresso fondamento normativo, si ponga in constasto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, se non con la stessa Costituzione italiana.

Prima di procedere alla disamina del contenuto della pronuncia, è importante ricordare che probabilmente, trattandosi di una decisione isolata ed emessa da una sezione semplice, essa non avrebbe comunque una dignità tale da vincolare i giudici nazionali a un'interpretazione conforme secondo i canoni fissati dalla sentenza n. 49 del 2015 della Corte Costituzionale[314].

---

[312] V. MAIELLO, *Luci ed ombre nella cultura giudiziaria del concorso esterno*, in *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale, cit.*, p. 160.

[313] Corte EDU, Sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, n. ric. 66655/13, *cit.*.

[314] Si riportano al riguardo i tratti salienti della sentenza della Corte Costituzionale del 14 gennaio 2015, n. 49, in www.cortecostituzionale.it: « Non sempre è di immediata evidenza se una certa interpretazione delle disposizioni della CEDU abbia maturato a Strasburgo un adeguato consolidamento, specie a fronte di pronunce destinate a risolvere casi del tutto

Il caso portato innanzi alla Corte europea vedeva l'imputato Bruno Contrada condannato con sentenza passata in giudicato per aver realizzato, in qualità dapprima di funzionario di polizia e quindi di capo di gabinetto dell'alto commissario per la lotta contro la mafia e direttore aggiunto dei servizi segreti civili, specifiche condotte di favoreggiamento a vantaggio di soggetti mafiosi, di agevolazione della latitanza di mafiosi e di comunicazione di informazioni confidenziali su programmate indagini di polizia giudiziaria a carico di appartenenti a Cosa Nostra[315].

La questione su cui ha ritenuto di doversi soffermare la Corte di Strasburgo richiedeva di stabilire se all'epoca dei fatti ascritti al ricorrente (tra il 1979 e il

---

peculiari, e comunque formatesi con riguardo all'impatto prodotto dalla CEDU su ordinamenti giuridici differenti da quello italiano. Nonostante ciò, vi sono senza dubbio indici idonei ad orientare il giudice nazionale nel suo percorso di discernimento: la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano.

Quando tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano, secondo un giudizio che non può prescindere dalle peculiarità di ogni singola vicenda, non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una "sentenza pilota" in senso stretto.

Solo nel caso in cui si trovi in presenza di un "diritto consolidato" o di una "sentenza pilota", il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di «ogni strumento ermeneutico a sua disposizione», ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale (sentenza n. 80 del 2011). Quest'ultimo assumerà di conseguenza, e in linea di massima, quale norma interposta il risultato oramai stabilizzatosi della giurisprudenza europea, dalla quale questa Corte ha infatti ripetutamente affermato di non poter «prescindere» (ex plurimis, sentenza n. 303 del 2011), salva l'eventualità eccezionale di una verifica negativa circa la conformità di essa, e dunque della legge di adattamento, alla Costituzione (ex plurimis, sentenza n. 264 del 2012), di stretta competenza di questa Corte.

Mentre, nel caso in cui sia il giudice comune ad interrogarsi sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione, va da sé che questo solo dubbio, in assenza di un "diritto consolidato", è sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della CEDU, così prevenendo, con interpretazione costituzionalmente orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale. ».

[315] Cass. pen., Sez. VI, 10 maggio 2007, n. 54208, in *C.E.D. Cass.*, n. 2382413. I giudici di merito avevano individuato in particolare nove episodi, dall'agevolazione dell'allontanamento dall'Italia del mafioso John Gambino nell'ottobre del 1979 all'intimidazione della singora Ziino nel febbraio 1988.

1988) la legge applicabile definisse precisamente il reato di "concorso esterno" in associazione di tipo mafioso.

Sin da subito emerge dunque che la pronuncia non abbia in alcun modo messo in discussione l'istituto del concorso esterno nel reato associativo, ponendosi piuttosto la questione della conformità ai principi convenzionali di una condanna per fatti svoltisi in un'epoca in cui ancora non erano ancora stati delineati dalle Sezioni Unite i tratti essenziali della figura.

È la Corte stessa che ha modo di sottolineare come non sia oggetto di contestazione l'origine giurisprudenziale del concorso esterno in associazione di tipo mafioso. Del resto, nel sistema fatto proprio dalla Corte di Strasburgo non vige il principio *iura novit curia*, e si rimette al principio dispositivo la ricostruzione del quadro normativo e dei relativi orientamenti giurisprudenziali rilevanti.

Dopo aver ribadito il ruolo fondamentale dell'art. 7 Cedu nel sistema di protezione imposto dalla Convenzione, la Corte europea ricorda che il principio di legalità dei diritti e delle pene, oltre a vietare l'applicazione analogica *in malam partem*, vieta di estendere il campo di applicazione dei reati esistenti a fatti che in precedenza non costituivano reato. La legge deve definire chiaramente i reati e le pene, e simile requisito può ritenersi soddisfatto solamente se la persona sottoposta a giudizio sia posta in condizione di conoscere previamente gli atti e le omissioni da cui derivi una sua penale responsabilità nonché la pena comminata a fronte della commissione dii un fatto penalmente rilevante[316].

Alla Corte spetta dunque verificare se, nel momento in cui l'imputato ha commesso il fatto, esistesse una disposizione di legge che rendeva l'atto punibile, e quindi se vi sia una base legale per infliggere la pena.

Da un'analisi della giurisprudenza fornita dalle parti risultava che il reato di "concorso esterno" in associazione di tipo mafioso avvesse fatto la sua prima comparsa verso la fine degli anni ottanta, ma è solo con la sentenza Demitry che si è finalmente ammessa in maniera esplicita l'esistenza del reato di concorso

[316] Sulla nozione europea di legalità, vedi per tutti V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, in A.AV.V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. MANES – V. ZAGREBELSKY, Giuffré, 2011, pp. 69 e ss..

esterno in associazione mafiosa, con una compiuta ricostruzione degli elementi strutturali del reato[317].

All'epoca dei fatti ascritti il reato non era invece sufficientemente chiaro e prevedibile da parte del ricorrente, che non era posto in condizione di conoscere le conseguenze penali derivanti dalla sua condotta. La Corte ha pertanto concluso per la violazione dell'art. 7 Cedu, rilevando che la fattispecie di concorso esterno in associazione mafiosa non era sufficientemente chiara e prevedibile dal ricorrente negli anni in cui erano stati commessi i fatti a lui addebitati.

Le statuizioni apparentemente dirompenti della sentenza Contrada non hanno tardato a farsi sentire nell'ordinamento interno, ove si sono prestate alle più disparate letture anche nelle decisioni giurisprudenziali alternatesi nel periodo immediatamente successivo. Un'analisi di quelle pronunce che hanno tentato di fornire un'intepretazione del principio affermato dalla Corte europea contribuisce a fornire un'idea del dibattito sul quale si torna oggi a discutere[318].

6.2. Due interpretazioni antitetiche fornite dalla giurisprudenza in risposta alle statuizioni della Corte Edu.

6.2.1. La sentenza "Infinito".

Nella sentenza Contrada si è visto il pretesto per sollevare la questione di illegittimità costituzionale degli artt. 110 e 416*bis* c.p. nella parte in cui incriminano il "concorso esterno", in quanto contrastanti con l'art. 25, comma

[317] Più specificamente la Corte rileva come la Corte di Cassazione si fosse occupata per la prima volta del reato in questione nel caso Cillari del 1987, contestandone l'esistenza con un orientamento ribadito in altre sentenze successive, citando le sentenze Agostani del 1989, Abbate e Clemente del 1994. La configurabilità del reato era stata invece riconosciuta nelle pronunce Altivalle, Altomonte, Turiano e Di Corrado.

[318] Per la dottrina, vedi i commenti di F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i circuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1061 e V. MAIELLO, *Consulta e Cedu riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, *ivi*, 2015, 1008.

2, Cost. e con gli artt. 117 Cost. e 7 Cedu, per violazione del principio di legalità in materia penale.

Il riferimento è alla recente pronuncia della Suprema Corte di Cassazione sul caso "Infinito", che con un ragionamento particolarmente attento e logicamente ineccepibile esclude che vi siano gli estremi per prospettare una questione di costituzionalità della fattispecie in esame[319].

Piuttosto che limitarsi a constatare l'inapplicabilità delle statuizioni fissate nel caso Contrada ai fatti oggetto di giudizio, tutti commessi successivamente alle Sezioni Unite Mannino[320], la Suprema Corte ha preferito cogliere l'occasione per tornare ad approfondire la questione del concorso nel reato associativo, con una chiarezza espositiva talmente apprezzabile da non poterne non riportare i passaggi fondamentali del percorso argomentativo seguito.

La Corte introduce il discorso premettendo con chiare parole che sotto il profilo tecnico – giuridico la punibilità del "concorso esterno" nel reato associativo nasca dalla normale combinazione della clausola generale dell'art. 110 c.p. con la fattispecie incriminatrice di parte speciale. La matrice del

[319] Cass. pen., Sez. II, 21 aprile 2015, n. 34147, Perego, in *Dejure*. La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dai ricorrenti Ivano Perego e Carlo Chiriaco. Per il primo la Corte d'appello di Milano mutava l'originaria imputazione di associazione a delinquere di stampo mafioso in concorso esterno in asociazione, per aver favorito l'ingresso nella società di Strangio, capo dell'associazione mafiosa denominata "Lombardia", quale amministratore delle società del gruppo Perego, di aver richiesto l'intervento di quest'ultimo per indurre imprenditori concorrenti a ritirare le offerte; di intrattenere rapporti privilegiati sia con esponenti politici che con pubblici dipendenti al fine di ottenere l'aggiudicazione di commesse pubbliche, sia in generale affinché la società Perego fosse favorita nei rapporti con la pubblica amministrazione; di dare direttive ai dipendenti e di organizzare lo smaltimento illecito di rifiuti anche tossici derivanti da bonifiche e demolizioni di edifci in discariche abusive. Chiriaco era imputato di concorso eventuale nel sodalizio criminoso "Lombardia", perché con la piena consapevolezza di favorire il sodalizio criminoso contribuiva con condotte costanti e reiterate nel tempo al mantenimento in vita e al rafforzamento della capacità operativa dell'associazione mafiosa. Quale direttore sanitario della Asl di Pavia, costituiva elemento di raccordo tra alti esponenti della 'ndrangheta lombarda e alcuni esponenti politici; favoriva gli interessi economici della 'ndrangheta garantendo appalti pubblici e proponendo varie iniziative immobiliari; si prestava a riciclare denaro provento di attività illecite degli associati; procurava voti della 'ndrangheta a favore di candidati in occasione di competizioni elettorali; forniva protezione a imprese "amiche" e compiva atti di ritorsione nei confronti di imprese "nemiche"; si metteva a disposizione per ogni esigenza sanitaria degli esponenti della 'ndrangheta e dei loro familiari.

[320] A. ESPOSITO, *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario,* in www.penalecontemporaneo.it, 2 ottobre 2015, critica la decisione della Corte di Cassazione per aver rivendicato « una politica giudiziaria isolazionista e marcatamente individualista », quando avrebbe dovuto concludere per una manifesta irrilevanza della questione in quanto la regola di giudizio estraibile dal caso Contrada non era chiaramente applicabile al caso sottoposto alla sua attenzione.

"concorso esterno" nel reato associativo è « esclusivamente e inequivocabilmente normativa », per cui « […] In virtù dell'art. 110 c.p. (che ha, dunque, una funzione estensiva dell'ordinamento penale, portato a coprire fatti altrimenti non punibili, ove ciascun concorrente abbia posto in essere non l'intera condotta tipica, ma soltanto una frazione "atipica" di essa), possono, pertanto, assumere rilevanza penale tutte le condotte, anche se atipiche (ovvero singolarmente non integranti quella tipizzata dalla norma penale incriminatrice), poste in essere da soggetti diversi, che, se valutate complessivamente, siano risultate conformi alla condotta tipica descritta dalla norma incriminatrice, ed abbiano contribuito causalmente alla produzione dell'evento lesivo da essa menzionato ». È la stessa Corte Costituzionale ad aver affermato che il "concorso esterno" non è un reato di origine giurisprudenziale, ma trova il suo fondamento negli artt. 110 e 416*bis* c.p.[321].

Se la condotta si partecipazione richiede la permanente messa a disposizione del proprio apporto e l'accettazione da parte dell'associazione, appare chiaro che residua uno spazio per la valutazione di comportamenti che, per il loro carattere episodico, o perché provenienti da parte di soggetti non inseriti nell'associazione, non possono essere ricondotti alla fattispecie di partecipazione interna, ma che pure rappresentano un rilevante significato per la vita dell'associazione.

Perché sia configurabile il concorso eventuale nel reato associativo, tre sono i presupposti richiesti in applicazione della disciplina generale dell'art. 110 c.p.:

a) L'atipicità della condotta concorsuale rispetto alla fattispecie associativa.

b) Il contributo morale o materiale, occasionale o continuativo, dotato di un'effettiva rilevanza causale per la costituzione, conservazione o rafforzamento delle capacità operative del sodalizio criminoso o per le associazioni di vasta dimensione di un suo particolare settore ramo di attività, o di una sua articolazione territoriale, ad opera di un soggetto che non sia stabilmente inserito nella struttura organizzativa.

[321] Il riferimento è alla recente pronuncia della Corte Costituzionale n. 48 del 2015.

c) Il dolo del concorso, che non richiede il dolo specifico di persguire il programma criminoso, ma la coscienza e volontà di contribuire alla costituzione, conservazione o rafforzamento dell'associazione, stante la possibilità del concorso generico nel reato a dolo specifico, purché almeno uno degli agenti agisca con la particolare finalità richiesta dalla norma incriminatrice. Il concorrente eventuale deve inoltre essere privo della c.d. *affectio societatis*.

Il prendere parte al fenomeno associativo implica invece, sul piano fattuale, l'assunzione di un ruolo dinamico e funzionale, in esplicazione del quale l'interessato fornisca uno stabile contributo rimanendo a disposizione dell'organizzazione criminosa per il perseguimento dei suoi fini. La condotta del partecipe può assumere forme e contributi diversi e variabili proprio perché, per raggiungere i fini propri dell'associazione, occorrono diverse competenze e diverse mansioni, ognuna delle quali svolta da membri diversi contribuisce in modo sinergico al raggiungimento del fine comune [322]. Le condotte concretizzantesi in un ausilio occasionale all'associazione poste in essere senza essersi messi a disposizione del sodalizio e senza entrarne a fare parte, non possono rilevare come partecipazione all'associazione perché atipiche rispetto alla previsione tassativa della norma incriminatrice del reato associativo.

La *ratio* della rilevanza penale del "concorso esterno", giuridicamente configurabile dal punto di vista dogmatico, deve essere rinvenuta nell'esigenza di attribuire rilevanza penale anche alle condotte di soggetti che, pur estranei alla struttura organizzativa dell'associazione, abbiano fornito, anche solo occasionalmente, un contributo causalmente rilevante alla sua permanenza e operatività o al raggiungimento delle sue finalità, ponendo ugualmente a pericolo l'interesse giuridicamente tutelato dell'ordine pubblico.

Solitamente l'attenzione si concentra sull'aspetto più deplorevole dell'associazione mafiosa, ossia sulla commissione di reati fine come estorsione, usura e omicidi, ma questo non esclude che siano meno rilevanti le attività poste in essere da soggetti apparentemente al di sopra di ogni sospetto, che possiedono

[322] Cass. pen., Sez. II, 20 aprile 2012, n. 18797, *cit.*. Vedi anche Cass. pen., Sez. VI, 16 aprile 2014, n. 16958, in *C.E.D. Cass.*, n. 261475.

competenze professionali decisive per consentire quell'effetto più pericoloso e preoccupante del fenomeno mafioso della sua diffusione all'interno della società civile.

I soggetti che rientrano nella c.d. borghesia mafiosa, siano essi politici, pubblici funzionari, professionisti o mafiosi, devono considerarsi partecipi dell'associazione quando assolvano a uno specifico compito stabile e duraturo finalizzato al soddisfacimento delle esigenze dell'associazione. « Il contributo di questi soggetti della "borghesia mafiosa" è per l'associazione fonte di potere, relazione, contatti. Occorre ricordare, in proposito, che le associazioni mafiose sono tali perché hanno relazioni con la società civile; ed invero tali relazioni che uniscono i boss con una rete di politici, pubblici amministratori, professionisti, imprenditori, uomini delle forze dell'ordine, avvocati e persino magistrati, costituiscono uno dei fattori che rendono forti le associazioni criminali e che spiegano perché lo Stato non sia ancora riuscito a sconfiggerle. Basti pensare che gli infiltrati, "le talpe", le fughe di notizie riservate e, in casi ancora più gravi, le collusioni di investigatori, inquirenti o magistrati, con le cosche mafiose, possono portare al fallimento parziale o totale delle indagini ».

La configurabilità di un concorso eventuale nel reato associativo troverebbe conferma in alcuni indici testuali forniti dallo stesso legislatore. Sia l'art. 307 c.p. sia l'art. 418 c.p. contengono quella iniziale clausola di riserva ("fuori dei casi di concorso nel reato") che ammette la possibilità di un mero concorso eventuale nei reati associativi.

Chi svaluta la rilevanza dei predetti agganci normativi, ritiene, come già rilevato, che l'espressione "al di fuori dei casi di concorso nel reato" di cui all'art. 418 c.p. si riferirebbe al solo istituto del concorso necessario, e non anche al concorso eventuale, e la stessa osservazione si estenderebbe anche al primo comma dell'art. 307 c.p., che vorrebbe escludere l'applicabilità della norma nel caso di concorso eventuale morale.

Al riguardo è stato giustamente osservato come l'art. 418 c.p. presenti due espressioni differenti, "concorso nel reato" e "persone che partecipano all'associazione", che richiamano due situazioni ugualmente differenti, risultando altrimenti illogico che il legislatore abbia voluto fare riferimento per

due volte al medesimo concetto all'interno di uno stesso comma. La locuzione "concorso nel reato" non allude alla partecipazione allo stesso, ma al concorso eventuale nel reato associativo, così ammettendosi esplicitamente la sua configurabilità.

Dette conclusioni trovano una conferma nella Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, in cui si precisa che il concorso richiamato nell'art. 418 c.p. non è il concorso degli esterni rispetto al reato fine che gli associati si propongono di commettere, bensì il concorso rispetto al reato associativo. E il maggior rigore della disposizione sarebbe reso necessario « […] per la esigenza di non confondere questa speciale figura delittuosa – che, non v'è dubbio, punisce un certo contributo esterno prestato agli associati, ai partecipanti – con il concorso nell'associazione per delinquere »[323].

Scardinato l'ultimo argomento contrario alla figura del "concorso esterno" la Suprema Corte conclude nel senso che il contributo del concorrente eventuale al reato associativo rileva come accade ordinariamente per ogni altra fattispecie incriminatrice, in forza dell'art. 110 c.p., che ha la funzione di estendere l'ordinamento onde ricomprendervi i contributi atipici, causalmente rilevanti e consapevoli alla condotta tipica posta in essere da uno o più concorrenti. Il contributo dovrà necessariamente accedere ad una *societas sceleris* preesistente o anche solo contemporaneamente costituita da terzi.

È di conseguenza manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 110 e 416*bis* c.p. nella parte in cui incriminano il "concorso esterno" in associazioni di tipo mafioso, poiché non si tratta di un istituto frutto di una non consentita creazione giurisprudenziale, ma è solamente un'espressione dell'ordinaria funzione incriminatrice *ex novo* assolta dall'art. 110 c.p.[324].

---

[323] Vedi *retro*, Cap. I, par. 3.4.

[324] Più di recente, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 416*bis* e 110 c.p. per contrasto con gli artt. 25, comma 2, e 117 Cost., quest'ultimo in riferimento all'art. 7 Cedu, è stata dichiarata manifestamente infondata da Cass. pen., Sez. II, 13 aprile 2016, n. 18132, *cit.*. La Corte di legittimità afferma che la fattispecie di "concorso esterno" in associazione mafiosa non costituisce un istituto di creazione giurisprudenziale, ma è una conseguenza della generale funzione incriminatrice dell'art. 110 c.p., e la sua configurabilità trova una conferma testuale nell'art. 418, primo comma, c.p.. Non è ipotizzabile neppure una violazione del principio di determinatezza e ragionevolezza della pena, in quanto, per il concorrente esterno, la pena è

6.2.2. Tribunale di Catania del 21 dicembre 2015.

Una recente pronuncia del Tribunale di Catania[325] offre un ulteriore spunto perché ci si chieda se, e in quali limiti, la pronuncia della Cedu sul caso Contrada possa influire sui risultati cui si è ormai pervenuti nel delineare i tratti costitutivi del concorso eventuale nel reato associativo. È proprio il richiamo ai principi enunciati dalla Corte Edu e alla sentenza della Corte Costituzionale a indurre il Tribunale a dichiare il non doversi procedere nei confronti dell'imputato accusato di concorso nel reato di cui all'art. 416*bis* c.p., perché il fatto non è previsto dalla legge come reato.

Si assiste dunque alla prima pronuncia che dopo anni di consolidata giurisprudenza pone nuovamente in dubbio la configurabilità del "concorso esterno" nel reato associativo, fondando la propria decisione su un supposto mutamento della situazione rispetto all'esigenza di giustizia particolarmente avvertita in quegli anni in cui la giurisprudenza ha iniziato a fare uso dell'istituto. Negli anni Ottanta e soprattutto Novanta quell'intuizione di Giovanni Falcone, che si ritrova esplicitata nell'ordinanza conclusiva del primo maxi processo a Cosa Nostra per coprire una zona senza dubbio meritevole di tutela, trovava una sua giustificazione a fronte delle criticità del momento storico che vedeva per la prima volta un'espansione incontrollata del fenomeno mafioso.

Nel 2015, a ormai trent'anni dalla nascita della figura del "concorso esterno", nonostante si siano alternati ben due progetti di legge con lo scopo di regolare il concorso esterno nel reato di cui all'art. 416*bis* c.p., il legislatore non è pervenuto a una positivizzazione dell'istituto. E « se i giudici sono soggetti soltanto alla legge secondo il disposto dell'art. 101 della Costituzione, occorre una norma di legge affinché il giudice adotti un provvedimento giurisdizionale motivato ».

---

prevista dall'art. 416*bis* c.p. e il giudice può comminare una pena adeguata al concreto disvalore della condotta tenuta dall'agente, applicando norme generali come le circostanze attenuanti nonché gli artt. 132 e 133 c.p..

[325] GIP Catania, 12 dicembre 2015, n. 1077, in www.giurisprudenzapenale.com

La sentenza Cedu del 2015 avrebbe riproposto in tutta la sua attualità l'applicazione di un reato « che non esiste nella legislazione italiana », quando nel soffermarsi sull'evoluzione della giurisprudenza delle Sezioni Unite si è resa conto della graduale vanificazione del concetto di "concorso esterno" enucleato nel 1994. Ancora una volta si insiste sulla "nebulosa applicazione" dei canoni individuati dalla giurisprudenza, seppure astrattamente ineccepibili.

In via ulteriore occorre considerare, a parere del Tribunale, anche la recente vicenda nota come "Mafia capitale", nell'ambito della quale le sentenze confermative della custodia cautelare in carcere emesse dalla Corte di Cassazione hanno concluso per l'appartenenza degli imprenditori a un'associazione di tipo mafioso, in relazione a comportamenti che invece avrebbero potuto essere inglobati in ipotesi di "concorso esterno"[326].

Tutte queste novità si inseriscono in una società che ha subito notevoli cambiamenti strutturali, tanto che da organizzazioni mafiose nettamente separate dalla società civile si è assistito alla progressiva insinuazione dell'apparato mafioso all'interno delle strutture essenziali della società stessa. Oggi non si può più immaginare il mafioso come colui che fa uso della forza fisica per intimidire, ma anche come colui che opera nella propria attività economica o professionale con la piena consapevolezza di essere sostenuto dal sodalizio mafioso e di utilizzare tale situazione per ampliare i propri guadagni.

Un professionista quale può essere un avvocato o un magistrato, se in astratto non avranno sicuramente la volontà di partecipare all'associazione, la potranno ben avere in concreto quando decidano di servirsi di utilità e favori ottenuti dall'associazione. Anche qualora dovesse mancare quella *affectio societatis*, e poi in concreto il soggetto ponga in essere con l'associazione un rapporto sinallagmatico duraturo al fine di trarre benefici di qualunque natura, viene a sfumare proprio quel criterio posto alla base della distinzione tra concorrente esterno e partecipe.

In altri termini, « oggi qual è il motivo per non considerare associato un soggetto che, pur non aderendo in modo formale alla compagine mafiosa, nella

[326] Sulle sentenze rese nei procedimenti de libertate nell'ambito del processo "Mafia capitale", vedi il commento di C. VISCONTI, *A Roma una mafia c'è. E si vede…*, *cit.*.

sostanza si comporti come tale, traendone benefici e, anche solo a voler considerare un lungo lasso temporale durante il quale egli presta i propri servigi, rafforzando e contribuendo causalmente alla vita dell'associazione? ». Per il "concorso esterno" in associazione mafiosa residuerebbe ormai un spazio limitato a ipotesi marginali.

Nel caso di specie si contestavano peraltro diverse tipologie di condotte, ricollegabili a diverse attività imprenditoriali svolte in tempi diversi e in più occasioni, nell'arco di un periodo temporale di circa quarant'anni. Ma come si potrebbe ritenere compatibile un concorso esterno che si dovrebbe caratterizzare per il carattere occasionale del contributo, con un rapporto di una durata così estesa nel tempo?

La Corte territoriale coglie ancora l'occasione per evidenziare come siano fondati i timori esposti nella requisitoria del Procuratore Generale nel processo Dell'Utri a fronte di contestazioni che non individuano specificamente le condotte rilevanti da un punto di vita temporale e fattuale, ma si limitano a enucleare tipologie di comportamenti, senza definire gli specifici tempi né tantomeno le precise condotte di determinati soggetti. Nei processi per "concorso esterno" continua a sussistere una certa ambiguità di rapporti tra "fatto" e "prova", tanto da indurre nel caso specifico a una sentenza di non doversi procedere.

La sentenza richiamata non basa dunque la propria motivazione solamente sulla difficoltà di ipotizzare in via generale il c.d. concorso esterno in associazione mafiosa, ma afferma che non sia comunque possibile inquadrare la contestazione astratta nel caso concreto, essendo stata contestata una partecipazione ultra quarantennale, con un'ipotesi accusatoria che avrebbe dovuto piuttosto incentrarsi sulla fattispecie di partecipazione all'associazione piuttosto che sulla figura del concorso eventuale.

Ciò che interessa rilevare in questa sede è la lettura che il Tribunale ha fornito della sentenza Contrada, che avrebbe in definitiva negato un fondamento normativo all'istituto del concorso nel reato associativo, ponendosi in contrasto con la sentenza Infinito.

6.3. Considerazioni conclusive.

Affinchè possa meglio comprendersi il ruolo spettante alla sentenza della Corte Edu si rendono necessarie alcune precisazioni sul principio di legalità così come descritto dagli artt. 6 e 7 Cedu.

La Corte fa infatti applicazione del nuovo concetto di legalità in materia penale fondato sull'idea di prevedibilità, cui resta estraneo il tradizionale principio della riserva di legge così come recepito dall'art. 25, comma 2, Cost.[327]. La legalità penale nella prospettiva europea si carica di contenuti diversi e più ampi rispetto a quel principio di legalità che vede le sue origini nell'ideologia illuministica di matrice ottocentesca.

Nel nostro ordinamento il principio di legalità assume infatti una veste eminentemente legislativa, richiedendo che i fatti costitutivi di reato siano considerati tali soltanto da una previa legge. La *ratio* sottesa al principio di riserva di legge in materia penale è una *ratio* di garanzia, per cui limitazioni alla libertà dei singoli individui così stringenti possono stabilirsi solamente all'esito di un procedimento legislativo, di un procedimento liberal democratico che consente un'accurata e attenta riflessione sulla materia che si va a disciplinare[328].

Il principio così inteso si trova però a dover fare i conti con un sistema sovranazionale di tutela dei diritti dell'uomo in cui ordinamenti di *civil law*, a legalità formale, convivono con ordinamenti di *common law*, che assegnano alla giurisprudenza il ruolo di fonte di creazione del diritto contribuendo a formare un concetto di legalità più ampio e meno legato alle qualifiche formali proprie del principio di riserva di legge interno.

Il principio di legalità descritto dagli artt. 6 e 7 Cedu, dovendo applicarsi a sistemi giuridici così diversi ha dunque dovuto assumere inevitabilmente una nuova fisinomia. Non si guarda più soltanto alla fonte formale della norma penale e il principio richiede ulteriori presupposti sostanziali di garanzia, in cui

[327] Per l'esatta individuazione e portata del principio di riserva di legge in materia penale, si veda M. TRAPANI, voce *Legge penale*, *I) Fonti*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990, Vol. XVIII, 1.

[328] L'atto di rango legislativo è poi sottoponibile al *referendum* abrogativo e al sindacato di legittimità costituzionale.

l'accessibilità e la calcolabilità del rischio penale sono sia il risultato del dato legislativo che il frutto dell'opera ermeneutica dei giudici.

Un semplice sguardo al diritto interno è tuttavia sufficiente a far emergere sin da subito come, almeno secondo un "dover essere" del diritto, non possano esserci dubbi: il giudice è soggetto solo e soltanto alla legge, mentre il formante giurisprudenziale non può intervenire a riempire di contenuti la norma penale.

La Corte Costituzionale ha preso posizione sul punto, quando nel 2012 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p. per contrasto con gli artt. 3, 13, 25, comma 2, 27, comma 3, 117, comma 1, Cost., nella parte in cui non prevede la revoca della sentenza di condanna nel caso di mutamento giurisprudenziale che escluda che un certo tipo di fatto sia previsto come reato[329].

Il dato formale, la precisa scelta dell'ordinamento a favore di una concezione "illuministica" del diritto penale, dove i ruoli tra i diversi poteri dello Stato sono perfettamente delineati e distinti, deve confrontarsi però con un fenomeno che negli ultimi decenni sta assumendo un'espansione preoccupante: una giurisprudenza che tende sempre con maggiore scalpore a sostituirsi al legislatore nella creazione del diritto, travalicando i limiti della stretta interpretazione della norma[330]. È questo quanto è accaduto anche per l'istituto del "concorso esterno"?

---

[329] Corte Cost., sentenza n. 230 del 2012, annotata da V. MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra diritto giurisprudenziale e legge*, in *Giur. Cost.*, 2013, 3474.

[330] Per descrivere il processo di "degenerazione" del ruolo della magistratura nel nostro ordinamento, un'Autrice ha di recente richiamato l'affascinante immagine del *romanzo a catena* descritto da Dworkin: « […] i singoli interventi giurisprudenziali sono i diversi capitoli di uno stesso romanzo, scritto da più romanzieri, in cui la coerenza narrativa dovrebbe essere assicurata dall'essere la decisione del giudice *la ragionevole prosecuzione di una pagina già scritta*. Ogni giudice dovrebbe essere in buona misura vincolato – secondo una *vincolatività* morbida – dai brani già scritti, perché dovrebbe proseguirli rispettandone lo stile, i contesti, le regole "narrative", e tuttavia egli aggiunge qualcosa di *creativo* che si incorpora nel romanzo in costruzione. Ogni sentenza di inserisce in un processo di riproduzione, di creazione e quindi di sviluppo della trama normativa. E ogni giudice è al tempo stesso lettore – sperabilmente avido e curioso – e scrittore. […] Osservando, invece, le continue e serrate schermaglie prodotte dagli inediti duellanti dell'arena giudiziaria, ciò che sembra spesso realizzarsi è l'abbandono della scrittura corale di un testo narrativo, preferendosi la solpsistica redazione di un testo argomentativo, con cui convincere i destinatari della bontà della propria tesi, screditando, minimizzando, obliterando quanto già scritto nelle pagine precedenti, talvolta anche procedendo, forzatamente, per semplificazioni e malintesi teorici » (A. ESPOSITO, *Ritornare ai fatti. La materia del contendenre quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, *cit.*).

Chi sostiene che la sentenza Contrada abbia voluto censurare la validità dogmatica del "concorso esterno" richiama a suo sostegno il paragrafo 66, ove si sottolinea come non sia contestata dalle parti l'origine giurisprudenziale della figura di reato in questione, il che implicherebbe che il rappresentante del Governo abbia accettato questa impostazione.

Sostenere poi che il reato sarebbe il risultato dell'evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni Ottanta e consolidatasi nel 1994, e che all'epoca dei fatti non era sufficientemente chiaro e prevedibile, equivarrebbe a considerarlo un reato privo di base legale.

La sentenza Contrada ci direbbe che, nonostante a quei tempi gli artt. 110 e 416*bis* c.p. fossero già vigenti, erano disposizioni senz'altro insufficienti a fondare la rilevanza penale di condotte di sostegno alla *socieras sceleris* vista nel suo complesso. Che poi nel 1994 il reato sia stato definito nella sua tipicità da una fonte giurisprudenziale non porrebbe problemi di compatibilità con l'art. 7 Cedu, in quanto il principio di legalità nella prospettiva della Corte dei diritti può essere garantito anche dal formante giurisprudenziale.

I soli artt. 110 e 416*bis* c.p. non sarebbero invece sufficienti a punire le condotte di sostegno alle associazioni mafiose nell'ordinamento interno, dove al contrario potrebbe prospettarsi un loro contrasto con l'art. 25, comma 2., Cost..

Simili conclusioni non possono tuttavia accogliersi poiché, come già è stato evidenziato, la pronuncia della Cedu non ha chiaramente contestato la validità di una figura di origine giurisprudenziale, ma si è limitata a censurare la retroattività di un orientamento che si sarebbe consolidato solamente nel 1994. Ciò che viene in rilievo non è una prevedibilità "in astratto" attinente al grado di precisione, chiarezza e linearità del disposto normativo, ma la prevedibilità "in concreto" dell'applicazione pratica del diritto per il destinatario della contestazione, delle conseguenze sanzionatorie, dell'esito giudiziario. Quali spunti è pertanto possibile trarre da una simile pronuncia?

La particolare efficacia che ormai è riconosciuta alla giurisprudenza Cedu all'interno del nostro ordinamento, quale norma interposta che entra nel parametro di costituzionalità in virtù dell'art. 117 Cost., non implica che qualsiasi statuizione della Corte dei diritti debba essere automaticamente

accettata senza alcun vaglio critico. E di questa sentenza non può sottacersi come diversi siano i punti "deboli"[331].

Anzitutto, la Corte Edu sembra essersi limitata a un'approssimativa analisi della situazione giurisprudenziale sul "concorso esterno", prendendo in considerazione solamente la giurisprudenza di legittimità a scapito del vivace dibattito nella realtà giudiziaria italiana, già fortemente presente a partire dai primi anni Ottanta[332]. In questa visione superficiale dello stato del "concorso esterno", la Corte si è spinta oltre, fino a ritenere non pertinente la difesa del Governo italiano che, per dimostrare come la figura facesse già parte del diritto vivente ai tempi dello svolgimento dei fatti, aveva fatto leva sulla giurisprudenza che ammetteva il concorso nei reati di banda armata e associazione con finalità di terrorismo.

Tradotta in altri termini, questa asserzione equivale a dire che il "concorso esterno" nel reato associativo sarebbe questione diversa rispetto al "concorso esterno" nell'associazione di tipo mafioso. Su questo già sono state spese diverse pagine per dimostrare come il problema del "concorso esterno" si risolva nel problema della compatibilità dell'art. 110 c.p. con figure di reato caratterizzate nella loro struttura tipica dalla pluralità di agenti[333].

Se il dibattito era già vivo negli anni in cui il Contrada ha commesso i fatti, e non si contesta il fondamento dogmatico del "concorso esterno", non è a questo punto azzardata un'ulteriore constatazione avanzata di recente da un autorevole studioso: « Nell'ottica italiana della scusante soggettiva (dell'errore

---

[331] In un recente contributo G. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. pen.*, 2016, fasc. 1, 12, critica la sentenza della Corte europea rinvenendovi una scarsa considerazione per il ruolo di integrazione sul piano normativo prorprio delle disposizioni di parte generale, che sebbene talvolta permeate da un alone di incertezza, rivestono pur sempre un'importanza centrale nell'individuazione delle condotte rilevanti per giustificare l'imputazione del reato.

[332] Vedi *retro*, Cap. I, par. 1.1.

[333] Taluno ha ulteriormente sottoposto a vaglio critico la scelta della Cedu di ancorare alla pronuncia Demitry il momento in cui la responsabilità per il reato di "concorso esterno" fosse sufficientemente prevedibile: le successive pronunce della Corte di legittimità dovrebbero essere lette nel senso che nel 1994 la discussione sugli elementi costitutivi del concorso esterno non era ancora stabilizzata. Basti qui rilevare che in realtà gli interventi delle Sezioni Unite non avevano lo scopo di modificare la struttura del "concorso esterno", ma si ponevano di volta in volta come un argine a incriminazioni fondate su requisiti "fumosi", indirizzandosi piuttosto ai giudici per fornire i criteri da seguire per accertare la rilevanza penale di condotte di sostegno esterno alle associazioni criminali.

sull'illiceità ingenerato da affidamento incolpevole nella giurisprudenza) lo stato della giurisprudenza sul concorso esterno non sarebbe stato un buon argomento »[334]. Ricondotta nell'oggetto del dolo l'antigiuridicità sostanziale e quindi la coscienza del disvalore dell'offesa[335], un uomo di polizia che fornisca dolosamente agli esponenti di Cosa Nostra notizie riservate riguardanti indagini e operazioni di polizia, come potrebbe non essere consapevole dell'illiceità di tale comportamento, del disvalore derivante dal prestare sostegno alla mafia?

Nel diritto interno non vi è stato alcun mutamento legislativo, poiché la base di qualunque concorso nel reato associativo continua a fondarsi sull'innesto dell'art. 110 c.p. sulla singola fattispecie incriminatrice plurisoggettiva. Spostando allora i termini della questione dal piano dell'antigiuridicità formale per incentrare la funzione della legalità europea su un'integrazione garantista del principio di colpevolezza, senza dunque rinvenirvi un'alternativa al principio di riserva di legge riduttiva della legalità nazionale, « […] La realizzazione dolosa di un tipo di fatto costituente delitto, caratterizzato da un riconoscibile carattere offensivo, dovrebbe essere sufficiente a fondare il rimprovero di colpevolezza, per il quale è necessaria (e sufficiente) la possibilità di coscienza dell'illiceità; in concreto la volontà del fatto offensivo dovrebbe essere sufficiente a mediare (salvo che in situazioni eccezionali) una effettiva coscienza dell'illiceità »[336].

In questo senso potrebbe apprezzarsi l'importanza dell'intervento della Cedu sul "concorso esterno", cogliendovi l'occasione per rileggere il principio di legalità in vista di una maggiore attenzione alla tutela dell'individuo, quale monito al legislatore, che dovrebbe procedere a un'attività normativa maggiormente dettagliata e precisa, e ai singoli giudici, che nell'esercizio della loro funzione dovrebbero rimanere saldamente ancorati a quanto il diritto scritto positivamente stabilisce.

---

[334] D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 luglio 2015.

[335] Sulla coscienza del disvalore dell'offesa quale oggetto del dolo, vedi ampliamente M. GALLO, voce Dolo (dir. pen.), in *Enc. dir.*, Vol. XIII, Giuffrè, 1964, 750.

[336] D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge, cit.*, p. 11.

Così letta la sentenza Contrada, lo scalpore da essa suscitato sarebbe solamente una conseguenza della particolare delicatezza della materia su cui va a incidere. Essa non nega il "concorso esterno", né tantomeno ne statuisce la natura di fattispecie di origine giurisprudenziale, ma censura solamente un concorso nel reato associativo indeterminato, la cui sussistenza venga accertata mediante l'utilizzo di termini vaghi. La base legale non è sufficiente, nel senso che si richiede una prevedibilità della decisione giudiziaria che si leghi a una condotta chiara e descritta in termini specifici nel capo d'imputazione. Non si tratta di scardinare il principio di tipicità della fattispecie, ma di andarvi oltre integrandolo con il concetto di prevedibilità.

Il vero problema sul quale occorrerebbe riflettere, e che continua a profilarsi in maniera sempre pià preocuppante, attiene alla rilevanza nel nostro ordinamento del mutamento giurisprudenziale, che di fatto esiste ma non è regolato. Ciò che si censura non è la corretta formulazione di una fattispecie incriminatrice, ma l'evoluzione giurisprudenziale subita da un testo legislativo dato dal combinato disposto degli artt. 110 e 416*bis* c.p..

Con una sentenza che ha fatto molto discutere, le Sezioni Unite Beschi del 2010 hanno affermato che il mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata[337].

La Corte ha precisato che tale soluzione è imposta dalla necessità di garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona in linea con i principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il cui art. 7, come interpretato dalle Corti europee, include nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale.

Una volta riconosciuto il ruolo ineludibile della giurisprudenza, atteso il carattere generale e astratto delle leggi, il cui testo non può presentare una precisione assoluta, è apparso indispensabile includere nel concetto di "nuovo elemento di diritto" previsto dall'art. 666, comma 2, c.p.p., che dispone l'inammissibilità della richiesta di incidente di esecuzione se basata sui

[337] Cass. pen., Sez. Un., 21 gennaio 2010, n. 18288, Beschi, in *C.E.D. Cass.*, n. 246651.

"medesimi elementi" di una richiesta già rigettata in precedenza, il mutamento di giurisprudenza caratterizzato dall'autorevolezza della pronuncia a Sezioni Unite.

Di diverso avviso è stata la Corte Costituzionale nel 2012, quando ha ritenuto non fondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p. nella parte in cui non consente la revoca della sentenza di condanna in caso di mutamento giurisprudenziale intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la quale abbia stabilito che il fatto per il quale è intervenuta sentenza di condanna irrevocabile non è previsto dalla legge come reato[338].

Dopo aver escluso che la Corte Edu abbia sancito un generale principio di retroattività del mutamento giurisprudenziale in *in bonam partem* tanto da determinare il travolgimento del giudicato, il giudice delle leggi ha affermato chiaramente che a ciò si oppone non solo la considerazione attinente al difetto di vincolatività di un semplice orientamento giurisprudenziale, ancorché avallato da una pronuncia delle Sezioni Unite, ma anche e prima ancora, insieme al principio di riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost., il principio di separazione dei poteri, specificamente enunciato nell'art. 101, comma 2, Cost., disposizione che vuole un giudice soggetto soltanto alla legge.

« Né la conclusione perde di validità per il solo fatto che la nuova decisione dell'organo della nomofilachia sia nel segno della configurabilità di una *abolitio criminis*. Al pari della creazione delle norme, e delle norme penali in specie, anche la loro abrogazione – totale o parziale – non può infatti dipendere nel disegno costituzionale da regole giurisprudenziali, ma soltanto da un atto di volontà del legislatore (*eius est abrogare cuius est condere*) ».

La Corte Costituzionale ha pertanto avuto modo di ribadire come nel nostro ordinamento al formante giurisprudenziale non spetti alcun ruolo di creazione del diritto, ma lo ha fatto pur sempre in relazione al mutamento

[338] Corte Cost., 12 ottobre 2012, n. 230, in www.cortecostituzionale.it. Il caso di specie aveva a oggetto una sentenza di condanna per il delitto di omessa esibizione dei documenti e del permesso di soggiorno di cui all'art. 6, comma 3, d.lgs. 286/1998 pronunciata nei confronti di uno straniero presente irregolarmente sul territorio nazionale, e divenuta irrevocabile prima che le Sezioni Unite si pronunciassero nel senso che tale delitto – in seguito alle modifiche apportate dalla l. n. 94/2009 – non si applica allo straniero il cui soggiorno sia irregolare.

giurisprudenziale in bonam partem. Del resto, di incalcolabilità del rischio penale non può parlarsi nei confronti di chi ha accettato il rischio di incorrere in conseguenze limitatative della sua libertà personale nel momento in cui agiva.

Diverso è il caso, come quello oggetto delle statuizioni della Corte europea nel caso Contrada, in cui il mutamento giurisprudenziale abbia effetti sfavorevoli per il soggetto agente, e dove al più potrebbe trovare applicazione l'ignoranza inevitabile di cui all'art. 5 c.p..

Il vero è che in un'epoca in cui il legislatore sembra produrre normative sempre più frastagliate, ambigue e discutibili nelle stesse formulazioni, tanto da dare adito a contrasti interpretativi sin dalla loro promulgazione[339], e in cui la funzione giurisdizionale si allontana dalle disposizioni scritte in maniera così vistosa da trasformare quella che dovrebbe essere solamente un'interpretazione giuridica in vera e propria creazione del diritto, il monito della sentenza Contrada diviene decisivo. Discorsi sulla prevedibilità della risposta punitiva fondati sugli orientamenti giurisprudenziali hanno una loro ragion d'essere in sistemi costruiti sullo *stare decisis*, sul precedente vincolante, e non in un sistema fondato sulla legge scritta.

Se davvero valesse il principio proclamato solennemente all'interno della Costituzione di un giudice "*bouche de la lois*", questioni attinenti alla prevedibilità del mutamento giurisprudenziale non dovrebbero neanche porsi in via astratta. Nel momento in cui si rinviene la *ratio* della riserva di legge in materia penale nel procedimento democratico che vi è sotteso, cosa rimane di questi principi se al giudice, che non è organo eletto dai cittadini, è rimessa la possibilità di modificare il diritto andando a incidere direttamente sulla libertà dei singoli?

Lo scalpore suscitato dal " concorso esterno", a nostro avviso, deriva solamente dalla particolare delicatezza della tematica sulla quale va a incidere, in quanto fortemente legata a condizionamenti di carattere politico criminale.

Del resto non si è mai dubitato della legittimità di reati imperniati sulla sola causazione di un evento, dove pure spetta al nesso di causalità una funzione

[339] È sufficiente richiamare al riguardo le questioni interpretative suscitate dalla recente riforma della disciplina penale delle false comunicazioni sociali, che hanno già portato alla rimessione alle Sezioni Unite della questione concernente la riconducibilità entro l'attuale fattispecie dei c.d. falsi valutativi.

di tipizzazione delle condotte punibili. Basta andare oltre quello "schermo" di figura simbolo della lotta giudiziaria contro la mafia, per capire come dietro si celi un problema di carattere più generale, che coinvolge anche altre modalità di incriminazione presenti nel codice Rocco.

Il vero *punctum dolens* del diritto penale sono clausole generali, come l'art. 110, l'art. 56 e l'art. 40, comma 2, c.p., che si prestano tutte a un'espansione del sistema dando vita a nuove figure di reato la cui descrizione compiuta non può che rimanere affidata alla singola situazione concreta che viene a verificarsi.

L'art. 56 c.p. determina un'estensione dell'area del penalmente rilevante anticipando la punibilità descritta dalle singole fattispecie incriminatrici a una soglia precedente in cui, secondo l'opinione ormai dominante, il soggetto non abbia ancora iniziato a compiere l'azione descritta nel modello astratto di reato delineato dal legislatore. Il problema si pone per quegli atti preliminari che si interpongono tra la risoluzione ad agire e l'inizio della vera e propria esecuzione del reato, quali, in via esemplificativa, il procacciamento dei mezzi necessari alla realizzazione del reato, l'appostamento presso il luogo di esecuzione, le perlustrazioni e l'assunzione di informazioni necessarie per le riuscita del progetto criminoso.

Anche la diatriba sull'inizio dell'attività punibile per il delitto tentato è inevitabilmente destinata a riprensentarsi nella varietà della casistica giurisprudenziale, contrassegnata com'è da perenni scontri tra istanze di prevenzione e difesa sociale ed esigenze di tassatività e difesa dell'individuo, tanto da aver indotto taluno a individuare nell'art. 56 c.p. un *vulnus* al principio di legalità, quale fattispecie che rinuncia alla tipizzazione dell'illecito in un sistema che invece su di essa si basa[340].

Ancora più vistosa appare la violazione dei principi di tassatività e sufficiente determinatezza della fattispecie insita in una disposizione come l'art.

[340] A. PALAZZO, *Il Tentativo: un problema ancora aperto? (tipicità ed offesa tra passato e futuro)*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Vol. I, Giappichelli, 2011, pp. 247-270. Vedi anche G. FIANDACA, *Diritto penale, Parte generale, cit.*, p. 467, quando afferma che: « Il vero *punctum dolens* della incriminazione del tentativo sta nella preoccupazione di evitare che l'istituto si presti, nella sua applicazione pratica, ad essere manipolato in senso illiberale: conformemente a questa preoccupazione, veramente decisivo deve ritenersi l'impegno diretto a concretizzare i due requisiti della idoneità e univocità alla luce del criterio sostanziale che fonda la punibilità – e cioè una "plausibile" esposizione a pericolo del bene protetto ».

40, capoverso, c.p., che consente di convertire le fattispecie incriminatrici tipizzate dal legislatore in forma commissiva in corrispondenti ipotesi omissive. Al giudice è rimesso l'arduo compito non solo di selezionare le singole fattispecie da convertire, ma anche di individuare gli obblighi di agire che possano giustificare una responsabilità per omesso impedimento dell'evento.

Proprio la forte tensione che genera questa clausola generale rispetto al principio di legalità induce autorevoli opinioni a sollecitare un intervento del legislatore che si occupi di selezionare direttamente le ipotesi di omesso impedimento dell'evento meritevoli di sanzione, con motivazioni assolutamente simili a quelle prospettate in relazione all'art. 110 c.p.. Seppure si comprende l'esigenza di non lasciare aperti vuoti di tutela, non bisogna dimenticare che il diritto penale si connota per la sua frammentarietà in ragione della forte incidenza che esso provoca sulla libertà dei cittadini, tanto da costituire una *extrema ratio* dell'ordinamento[341].

Ancora una volta tutto dipende da una precisa scelta politico criminale, della cui validità si può infinitamente discutere come accade per la punibilità di condotte di sostegno alle organizzazioni criminali. Ma questo è il diritto vigente, e con esso bisogna fare i conti.

Poiché non potrà mai negarsi alla legge quel carattere di astrattezza che le è proprio ed è ad essa indissolubilmente legato per renderla suscettibile di applicazione a una sfera indeterminata di fattispecie e destinatari, il giudice nell'applicare il diritto vigente può decidere del significato normativo da attribuire a un testo legislativo per adattarlo alla realtà fenomenica e alle sue molteplici manifestazioni, purchè la sua attività non si traduca in una vera e propria creazione del diritto.

Ritenere che il "concorso esterno" nel reato associativo abbia un fondamento normativa non significa di certo ammettere un'attività interpretativa che si spinga oltre i suoi limiti sino a divenire fonte di produzione del diritto. Altra questione è sollecitare l'intervento del legislatore che dovrebbe questa volta impegnarsi a rispettare quel canone di determinatezza idoneo a far comprendere con chiarezza l'ambito di estensione dei divieti penali.

---

[341] Così G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale, cit.*, p. 594.

Nell'epoca attuale l'ordinamento penale si trova a fare i conti con una sovrabbondanza di fattispecie incriminatrici di carattere "artificiale" o con funzioni di tutela sempre più di frequente anticipata rispetto anche alla mera messa in pericolo degli interessi giuridicamente tutelati, come esplicazioni di una politica legislativa convinta di poter fronteggiare le questioni emergenziali con il solo ricorso allo strumento penale. Questa normativa spesso frastagliata e oscura non fa altro che accentuare e sovraccaricare la funzione giudiziaria di compiti che non le sono propri, contribuendo a interventi che fuoriescono dai limiti della stretta interpretazione giuridica.

In questo contesto deve cogliersi il monito della sentenza Contrada, quale pretesto per rivedere e affrontare le criticità cui sta andando incontro il diritto penale odierno, e occasione per imparare quanto di positivo può trarsi da un ordinamento sovranazionale ove il principio di legalità si presenta in un'accezione sempre più attenta alla tutela delle garanzie del singolo individuo. Su questi profili dovrebbe focalizzarsi l'attenzione, e non tanto su una figura che d'altra parte non ha stimolato l'attenzione dei più autorevoli studiosi del diritto penale in anni in cui l'espansione incontrollabile dell'operazione ermeneutica degli operatori del diritto non era ancora all'ordine del giorno.

BIBLIOGRAFIA

ALBAMONTE A., *Le modifiche apportate all'art. 416bis c.p. e la mafia politica*, in *Cass. pen.*, 1992, 3165;

ALBEGGIANI F., *Imputazione dell'evento e struttura oggettiva della partecipazione,* in *Ind. pen.,* 1977, 404;

ALEO S., *Sistema penale e criminalità organizzata, Le figure delittuose associative*, 3ª ed., Giuffrè, 2009;

ANTOLISEI F., *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Cedam, 1934;

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte generale,* 16ª ed., Giuffrè, 2003;

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte speciale,* Vol. II, 14ª ed., Giuffrè, 2003;

ARDIZZONE S., *Il concorso esterno di persone nel delitto di associazione di tipo mafioso e negli altri reati associativi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, 745;

ARDIZZONE S., *L'associazione per delinquere in Italia: rilevanza normativa e caratteristiche strutturali*, in AA.VV. *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, a cura di V. Militello, L. Paoli, J. Arnold, Giuffrè, 2000;

BETTIOL G., *Diritto penale, Parte generale*, 11ª ed., Cedam, 1982;

BORRELLI G., *Massime di esperienza e stereotipi socio-culturali nei processi di mafia: la rilevanza penale della "contiguità mafiosa"*, in *Cass. pen.*, 2007, 1074;

BOSCARELLI M., *Associazione per delinquere*, in *Enc. Dir.*, III, 1958, 865;

BRICOLA F., *Commento all'art. 25, comma 2°*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, 1981;

BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Nov.mo dig. it.*, Vol. XIX, 1974, 83;

BRIZI L., *La coniugabilità della continuazione di reati e in particolare del "medesimo disegno criminoso" con lo "stato di tossicodipendenza"*, in *Cass. pen.*, 2015, 3594;

CADOPPI A. – VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale, Parte generale*, 6ª ed., Cedam Wolters Kluwer, 2015;

CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale,* Vol. I., 11ª ed., Unione tipografico-editrice torinese, 1924;

CASELLI G. C. – PERDUCA A., *Terrorismo e reati associativi: problemi e soluzioni giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 1982, IV, 233;

CASSIA A., *Rapporto di causalità e concorso di persone nel reato*, Ferri, 1968;

CAVALIERE A., *Associazione di tipo mafioso,* in *Trattato di diritto penale,* a cura di S. Moccia, Edizioni scientifiche italiane, 2007;

CAVALIERE A., *Associazione per delinquere*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di S. Moccia, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007;

CAVALIERE A., *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003;

CENTONZE A., *Contiguità mafiose e contiguità penali*, Giuffrè, 2013;

COCCO G., *Manuale di diritto penale, Parte generale* I, 2, *Il reato*, Cedam, 2012;

COCO P., *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, Jovene, 2008;

CONTENTO G., *Il concorso di persone nei reati associativi e plurisoggettivi*, in *Scritti 1964-2000*, a cura di G. Spagnolo, Laterza, 2002;

COPPI F., voce *Reato permanente*, in *Dig. disc. pen.*, XI, 1996, 318;

CORSO G., voce *Ordine pubblico (diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, XXX, 1980, 1057;

CORSO P., *Difesa tecnica e favoreggiamento*, in *Ind. pen.*, 1982, 21;

CORVI A., *Il concorso esterno del magistrato nell'associazione di tipo mafioso,* in *Dir. pen. proc.,* 2006, 1112;

DE FRANCESCO G., voce *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, 1987, Vol. I., 289;

DE FRANCESCO G., *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. pen.*, 2016, fasc. 1, 12;

DE FRANCESCO G., *Commento all'art. 11ter d.l. 8 giugno 1992, n. 306*, in *Legisl. pen.*, 1993, 122;

DE FRANCESCO G., *Concorso di persone, reati associativi, concorso nell'associazione: profili sistematici e linee di politica legislativa,* in *Scenari di mafia,* Giappichelli, Torino, 2010;

DE FRANCESCO G., *Diritto penale, Forme del reato*, Giappichelli, 2003;

DE FRANCESCO G., *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato,* in *Riv. It. Dir. proc. Pen.,* 1994, 1265;

DE FRANCESCO G., *Gli artt. 416, 416bis, 417, 418 c.p.,* in *Giurisprudenza sistematica,* diretta da Bricola – Zagrebelsky, Utet, I, 1995*;*

DE FRANCESCO G., *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità,* in *Cass. pen.,* 2012, 2552;

DE FRANCESCO G., *Paradigmi generali e concrete scelte repressive nella risposta penale alle forme di cooperazione in attività mafiosa,* in *Cass. pen.,* fasc. 11, 1996, pp. 3487 e ss.;

DE LIGUORI L., *L'oggetto giuridico della tutela penale nell'art. 416bis: limiti e funzioni*, in *Cass. pen.*, 1990, 1712;

DELL'ANDRO R., *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Giappichelli, 1956;

DELLA TERZA E., *Struttura del reato a concorso necessario*, Giuffrè, 1971;

DE VERO G., *Tutela dell'ordine pubblico*, Giuffrè, 1988;

DI MARTINO A., *La pluralità soggettiva tipica*, in *Indice penale*, 2001, 101;

DONINI M., *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 175;

ESPOSITO A., *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario,* in www.penalecontemporaneo.it, 2 ottobre 2015;

FALCONE G., *Cose di Cosa Nostra,* Fabbri Editore, Corriere della sera, 1995;

FIANDACA G., *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una espansione incontrollata del concorso criminoso*, in *Foro it.*, 1996, c. 126;

FIANDACA G., *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. Pen.*, 1991, 5;

FIANDACA G., *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2012, 251;

FIANDACA G. – VISCONTI C., *Scenari di mafia,* Giappichelli, 2010;

FIANDACA G., *Orientamenti della Cassazione in tema di partecipazione e concorso nell'associazione criminale*, in AA.VV., *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, a cura di M. Barillaro, Giuffré, 2004;

FIANDACA G., *Questioni ancora aperte in tema di concorso esterno,* in *Foro it.,* 2012, 527;

FIANDACA G. – ALBEGGIANI F., *Struttura della mafia e riflessi penal-processuali*, in *Foro it.*, 1989, II, c. 83;

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, Parte generale,* Zanichelli, 2014;

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, Parte speciale,* Vol. I, Zanichelli, 2012;

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, Parte speciale,* Vol. II, Zanichelli, 2007;

FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, 4ª ed., Utet, 2013;

FIORE C., *Il reato di associazione mafiosa e le ragioni della legalità*, in AA. VV. *Camorra e criminalità organizzata in Campania*, Liguori Editore, 1988;

FIORE C., voce *Ordine pubblico (dir. pen.),* in *Enc. dir.,* XXX, Milano, 1980;

FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Cedam, 1990;

FOSCHINI M. V. – MONTONE S., in *Il processo tortora,* in *Storia d'Italia. Annali 12 – La criminalità*, a cura di L. Violante, Einaudi, 1997;

GALLO M., *Diritto penale italiano,* Vol. I, Giappichelli, 2003;

GALLO M., *Diritto penale italiano*, Vol. II, Giappichelli, 2003;

GALLO M., voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Vol. XIII, Giuffrè, 1964, 750;

GALLO M., *La teoria dell'azione finalistica nella più recente dottrina tedesca*, Giuffrè, 1967;

GALLO M., *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato,* Giuffrè, 1957;

GALLO M., *Una rosa è una rosa è una rosa è una rosa,* in *Critica del diritto,* 2002;

GAMBARDELLA M., *Diritto giurisprudenziale e mutamento legislativo. Il caso del delitto di scambio elettorale politico – mafioso,* in *Cass. pen.,* 2014, 3707;

GAMBARDELLA M., *In tema di continuazione tra reati associativi e delitti commessi in attuazione del programma*, in *Cass. pen.*, 1993, 2008;

GRASSO G., *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1986, fasc. 3, 689;

GRISPIGNI F., *Il reato plurisoggettivo,* in *Diritto penale italiano,* Vol. II*, La struttura della fattispecie legale oggettiva,* Giuffrè, 1950;

GROSSO C. F., *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa: una configurazione possibile*, in *Foro it.*, 1996, V, 121;

GROSSO C. F., *Le contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 196;

GUERRINI R., *Il contributo concorsuale di minima importanza*, Giuffrè, 1997;

IACOVIELLO F. M., *Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è più previsto dalla giurisprudenza come reato*, in Cass. pen., 2001, 2073;

IACOVIELLO F. M., *Ordine pubblico e associazione per delinquere,* in *Giust. pen.,* 1990, II, c. 37 e ss.;

INGROIA A., *L'associazione di tipo mafioso*, Giuffrè, 1993;

INSOLERA G., *Ancora sul problema del concorso esterno nei delitti associativi,* in *Riv. It. dir. proc. pen.,* 2008, Vol. I, 632;

INSOLERA G., *Causalità e reati plurisoggettivi*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2007, 563;

INSOLERA G., *Concorso di persone nel reato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Vol. II, 437;

INSOLERA G., *Delitti contro l'ordine pubblico*, in AA. VV. *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 4ª ed., Monduzzi, 2009;

INSOLERA G., *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica*, in *Foro it.*, 1995, II, 423;

INSOLERA G., *L'associazione per delinquere*, Cedam, 1983;

INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato,* Giuffrè, 1986;

INSOLERA G., *Qualche risposta agli interrogativi sollevati dal concorso esterno nell'associazione mafiosa,* in *Scenari di mafia*, Giappichelli, Torino, 2010;

LA SPINAV., *Le reazioni della società civile e la prevenzione degli enti locali*, in AA.VV. *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, a cura di V. Militello, L. Arnold, J. Paoli, Giuffré, 2000;

LATAGLIATA A. R., voce *Concorso di persone nel reato*, in *Enc. dir.*, Vol. VIII, 1961, 590;

LATAGLIATA A. R., *I principi del concorso di persone nel reato*, 2ª ed., Morano, 1964;

LATTANZI G., *Partecipazione all'associazione criminosa e concorso esterno*, in *Cass. pen.*, 1998, 3137;

Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, Vol. V, Tipografia delle Mantellate, 1929;

LICCI G., *Modelli nel diritto penale, Filogenesi del linguaggio penalistico*, 2ª ed., Giappichelli, 2014;

MAGGIO P., *Le massime di esperienza nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV., *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva del diritto comparato*, a cura di G. Fornasari, Cedam, 2002;

MAIELLO V., *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge,* in *Scenari di mafia,* Giappichelli, 2010;

MAIELLO V., *Consulta e Cedu riconoscono la amtrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1008;

MAIELLO V., *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Giappichelli, 2003;

MAIELLO V., *Il nuovo art. 416ter c.p. approda in Cassazione*, in *Giur. it.*, n. 11/2014, 24;

MAIELLO V., *La nuova formulazione dello scambio elettorale politico mafioso (416ter c.p.)*, in *Studium iuris*, n. 1/2015;

MAIELLO V., *Luci ed ombre nella cultura giudiziaria del concorso esterno,* in penale contemporaneo 2012;

MANES V., *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra diritto giurisprudenziale e legge*, in *Giur. Cost.*, 2013, 3474;

MANNA A., *L'ammissibilità di un c.d. concorso "esterno" nei reati associativi, tra esigenze di politica criminale e principio di legalità,* nota a Trib. Catania, 8 marzo 1994 *,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1187;

MANNA A., *Corso di diritto penale, Parte generale*, 3ª ed., Wolters Kluwer – Cedam, 2015;

MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale,* 9ª ed., Cedam, 2015;

MANTOVANI F., *Principi di diritto penale*, 2ª ed., Cedam, 2007;

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, 5ª ed., Utet, 1981;

MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 5ª ed., Giuffrè, 2015;

MEZZETTI E., *I reati contro l'ordine pubblico*, in *Questioni fondamentali di parte speciale del diritto penale*, a cura di A. Fiorella, Giappichelli, 2012;

MOCCIA S., *La perenne emergenza*, 2ª ed., Edizioni Scientifiche italiane, 2000;

MOCCIA S., *La promessa non mantenuta: ruolo e prospettive del principio di determinatezza / tassatività nel sistema penale italiano*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001;

MOCCIA S., voce *Ordine pubblico* (*Disposizioni a tutela dell'*), in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990;

MORMANDO V., *Il concorso di persone nel reato*, in AA. VV. *Il reato*, a cura di M. Ronco, Zanichelli, 2007;

MUSCATIELLO V., *Il concorso esterno nelle fattispecie associative,* Cedam, Padova, 1995;

MUSCATIELLO V., *Per una caratterizzazione sistematica del concorso esterno,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999,184;

MUSCO E., *Verso un codice penale?*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999;

NAPPI A., *Guida al codice penale, Parte generale*, Giuffrè, 2008;

NEPPI MODONA G., *Criminalità organizzata e reati associativi*, in AA. VV. *Beni e tecniche della tutela penale*, a cura del C.R.S., Franco Angeli Libri, 1987;

NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, 2° ed., Cedam, 1982;

PADOVANI T., *Diritto penale,* 10ª ed., Giuffré, 2012;

PADOVANI, *Il concorso degli associati nei delitti – scopo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 761;

PADOVANI T., *Il problema "Tangentopoli" tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 448;

PAGLIARO A., *Il reato*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, 2007;

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale, Parte generale,* 8ª ed., Giuffrè, 2003;

PALAZZO A., *Il Tentativo: un problema ancora aperto? (tipicità ed offesa tra passato e futuro)*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Vol. I, Giappichelli, 2011;

PALAZZO F., *Corso di diritto penale, Parte generale*, 5ª ed., Giappichelli, 2013.

PALAZZO F., *La sentenza Contrada e i circuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1061.

PALAZZO F., *Se l'attenuante della «minima importanza» sia applicabile anche alle ipotesi di fattispecie concorsuali plurisoggettive*, in *Studium iuris*, 1995, 227;

PATALANO V., *L'associazione per delinquere*, Jovene, 1971;

PATALANO V., *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, 2003;

PEDRAZZI C., *Il concorso di persone nel reato*, G. Priulla, 1952;

PELISSERO M., *Reati contro la pesronalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, Giappichelli, 2010;

PETROCELLI B., *Il delitto tentato,* Cedam, 1966;

PULITANÒ D., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 luglio 2015;

RAMACCI F., *Corso di diritto penale*, 5ª ed., Giappichelli, 2013;

RANIERI S., *Il concorso di più persone in un reato*, Giuffrè, 1938;

RISICATO L., *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Giappichelli, 2007;

ROMANO M. – GRASSO G., *Commentario sistematico al codice penale,* Vol. II, 2ª ed., Giuffrè, 1996;

ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, 1977;

SCIARRONE R., *Mafie vecchie, mafie nuove. Radicamento ed espansione*, Donzelli Editore, 1998;

SCIARRONE R., *Il rapporto tra mafia e imprenditorialità in un'area della Calabria*, in *Quaderni di sociologia*, Vol. XXXVII, 1993, n. 5;

SEMINARA S., *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1123;

SEMINARA S., *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Giuffrè, 1987;

SEVERINO P., *Problemi di definizione della figura circostanziata e di applicazione delle regole sul concorso eventuale in riferimento al reato di cospirazione politica mediante associazione*, in *Cass. pen.*, 1977, 1109;

SILVESTRI G., *Punti fermi in tema di concorso esterno in associazione di stampo mafioso,* in *Foro it.,* 2012, II, 333;

SIRACUSANO F., *Il concorso esterno e le fattispecie associative,* in *Cass. pen.,* 1993, 1870;

SPAGNOLO G., *L'associazione di tipo mafioso,* 2ª ed., Cedam, 1997;

STORTONI L., *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Cedam, 1981;

TENCATI A., *Favoreggiamento e partecipazione nell'art. 416bis del codice penale,* in *Riv. pen.,* 1994, 114;

TRAPANI M., *La divergenza tra il voluto e il realizzato*, Giappichelli, 2006;

TRAPANI M., voce *Legge penale*, *I) Fonti*, in , in *Enc. giur. Treccani*, 1990, Vol. XVIII, 1;

TURONE G., *Il delitto di associazione mafiosa,* 3ª ed., Giuffrè, 2015;

VASSALLI, *Sul concorso di persone nel reato,* in *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso,* Jovene, 2003;

VIGANÒ F., *Oltre l'art. 416bis: qualche riflessione sull'associazione con finalità di terrorismo,* in *Scenari di mafia,* Giappichelli, 2010;

VIGNALE L., *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1983, 1358;

VISCONTI C., *A Roma una mafia c'è. E si vede…*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 giugno 2015;

VISCONTI C., *Imprenditori e camorra: l'ineluttabile coartazione come criterio discretivo tra complici e vittime?,* in *Foro it.,* 1999, 631;

VISCONTI C., *La punibilità della contiguità alla mafia tra tradizione (molta) e innovazione (poca),* in *Cass. pen.*, fasc. 1, 2002, 1854;

VISCONTI C., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale,* Giappichelli, 2003;

VISCONTI C., *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze politico criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1303;

VISCONTI C., *Patto politico-mafioso e i problematici confini del concorso esterno*, in *Foro it.*, 1997, II, 441;

ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, in A.AV.V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes – V. Zagrebelsky, Giuffré, 2011;

ZANOTTI M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, Giuffrè, 1985;

ZIRULIA S., *Eternit, il disastro è prescritto. Le motivazioni della Cassazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 febbraio 2015;

ZUCCALA G., *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato,* in *Studi in memoria di G. Delitala,* III, Giuffrè, 1984.