

Il concorso esterno a trent'anni dalla decisione Demitry: tra negazionismi e valutazioni de iure condendo

Ettore Fabiani – Roberto Zaffini***

Sommario: 1. Riforme in vista? - 2. *The big bang theory*. - 3. Il concorso di persone nei reati associativi. - 4. L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite. – 4.1. Il Rigetto dell'ordinanza: i principi della Mannino restano validi anche per l'associazione semplice. – 5. È davvero ipotizzabile una punibilità senza concorso? Le finalità del diritto penale e la sentenza Contrada. – 6. Gli esiti della applicazione del concorso esterno ed il concorso anomalo. – 7. Conclusioni. Abbiamo ancora bisogno del concorso esterno, ma quale?

1. Riforme in vista?

A seguito delle recenti affermazioni pubbliche del Ministro della Giustizia si sono riaccesi i riflettori della scena mediatica e politica sull'istituto del concorso esterno. Nonostante l'esperienza giurisprudenziale maturata in più di trent'anni a partire dalle Sezioni Unite Demitry¹, il Guardasigilli ha più volte dichiarato di dover intervenire normativamente sull'istituto in base a rilievi di natura asseritamente tecnica, ritenendo che «*il concorso esterno andava tipicizzato con una norma ad hoc, perché non esiste come fattispecie autonoma nel codice*»².

Data la persistente attualità scientifica³ e mediatico-politico del tema⁴ non si sono fatte attendere le reazioni di tutte le parti interessate: da un lato la

*Ettore Fabiani, avvocato, già tirocinante ex art. 73 D.L. 69/2013 presso la Procura della Repubblica di Pesaro e presso il Tribunale sezione civile di Pesaro.

** Roberto Zaffini, già tirocinante ex art. 73 D.L. 69/2013 presso la Procura della Repubblica di Pesaro, e presso il Tribunale di Pesaro sezione penale

¹ Cass. Pen., Sez. Un., 05 ottobre 1994, n. 16, *Demitry*.

² https://www.corriere.it/politica/23_luglio_14/carlo-nordio-intervista-6820aa34-21aa-11ee-9198-c4684ec34a4c.shtml. Inoltre, il Ministro ha altresì affermato che «*chi non è organico alla mafia, se ne agevola il compito è mafioso a tutti gli effetti*», così riprendendo anche le argomentazioni di quell'orientamento ermeneutico precedente alla sentenza Demitry che disconosceva l'istituto per l'assenza di un ritenuto reale substrato epifenomenico. V. più approfonditamente *infra* § par. 2.

³ Il durevole interesse giuridico è ben manifesto nell'immagine di un cantiere sempre aperto, adottata da V. MAIELLO, in SISTEMA PENALE, *Il cantiere sempre aperto del concorso esterno*, consultabile al seguente URL: https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1620591823_maiello-2021a-cantiere-concorso-esterno.pdf.

⁴ G. FIANDACA, *Il «concorso esterno» agli onori della cronaca*, in *Foro.it*, 1997, V, p. 5 che, in un periodo in cui la problematicità del tema era sicuramente acuita rispetto ai tempi correnti, definisce «*circo*» il dibattito pubblico in materia, affermando inoltre che i tempi non erano «*ancora maturi per riportare le questioni di politica penale nell'alveo di una discussione razionale, approfondita e al tempo stesso sobria. Specie se si tratta di temi importanti o cruciali come l'azione giudiziaria*

stessa compagine governativa ha repentinamente invitato il Ministro a fare un passo indietro⁵, dall'altro vi sono state anche alcune reazioni degli studiosi della materia⁶.

Le affermazioni contrarie del Ministro sono da rigettare in quanto tali, ma sarebbe semplicistico non dare atto delle annose problematiche sottese all'istituto in questione, debitamente testimoniate dalle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali in materia.

L'obiettivo del presente lavoro consiste nel valutare se, come e con quali eventuali correttivi gli insegnamenti giurisprudenziali elaborati con riferimento al delitto di cui all'art. 416bis c.p. siano applicabili anche al concorso eventuale nel reato di associazione per delinquere 'ordinaria' di cui all'art. 416 c.p.

2. The big bang theory

Dal punto di vista storico, la casistica giurisprudenziale e l'elaborazione dottrinale successiva all'emanazione del Codice Rocco hanno portato all'emersione di nuovi modelli di incriminazione dei contributi concorsuali, ciononostante i repertori giurisprudenziali inerenti ai reati associativi sono stati per molto tempo vuoti. Anche gli studiosi hanno a lungo trascurato il tema dato che non sembrava suscitare interesse scientifico o problematicità applicative⁷.

Le prime decisioni giudiziarie in materia risalgono agli anni 70 e riguardavano il fenomeno del terrorismo, nel cui ambito è stato ritenuto configurabile e sussistente il concorso esterno nel delitto di cospirazione politica mediante associazione e di banda armata⁸.

antimafia: non è ancora possibile toccare questi argomenti-tabù con spirito laico; chi si azzarda a problematizzare l'analisi degli strumenti di intervento disponibili, violando così il coprifuoco intellettuale, oltre a essere arruolato d'ufficio in una sorta di guerra di religione tra «filomafiosi» e «antimafiosi», rischia di trasformarsi nel solito fiancheggiatore «oggettivo» delle organizzazioni criminali».

⁵ <https://www.open.online/2023/07/19/governo-meloni-concorso-esterno/>.

⁶ V. ad es. G. L. GATTA, in SISTEMA PENALE, *Intercettazioni e criminalità organizzata: quando a voler precisare si finisce per complicare*, 2023, fascicolo 8, pp. 1-8.

⁷ V. ad es. E. DELLA TERZA, *Struttura del reato a concorso necessario*, Giuffrè, 1971, pp. 44-45.

⁸ Rispettivamente, Cass. pen., 27 novembre 1968, *Muther*, in Arch. pen., 1970, p. 8 ss. L'imputato venne ritenuto colpevole di aver concorso dall'esterno al delitto di cui all'art. 305 c.p. per avere egli volontariamente contribuito ad un'organizzazione irredentista altoatesina che si era resa responsabile di plurimi delitti previsti ai capi I e II del Titolo I del cod. pen.; v. Cass. Pen., 25 ottobre 1983, Arancio, in *Giur. It.*, 1985, p. 189 ss. ove la S.C. ha ritenuto penalmente illecita la condotta di un avvocato difensore che aveva svolto un'attività di intermediazione tra terroristi liberi e detenuti ai sensi degli artt. 110 e 306 c.p.

Un vero e proprio dibattito giuridico iniziò a svilupparsi solamente a seguito dell'entrata in vigore della legge 13 settembre 1982, n. 646 che ha introdotto nel nostro ordinamento il reato di associazione per delinquere di stampo mafioso.

Come il *big bang* ha dato impulso all'espansione del nostro universo a partire dal brodo primordiale, allo stesso modo la novella legislativa spiega la nascita e lo sviluppo del dibattito sul concorso esterno a partire dalle novellate coordinate codicistiche.

L'applicazione dei principi previsti all'art. 110 c.p. alle interazioni con il mondo mafioso ha per diverso tempo rappresentato un sentiero sostanzialmente inesplorato.

Il vero *turning point* in materia risulta essere la sentenza Demitry⁹, la quale si colloca in un *humus* giurisprudenziale molto diversificato, anche interno alla stessa Corte di cassazione¹⁰.

3. Il concorso di persone nei reati associativi

Come è noto, il concorso eventuale scaturisce dall'applicazione congiunta dell'art. 110 c.p. con la fattispecie associativa di parte speciale, in questo caso l'art. 416 c.p.¹¹.

Particolarmente significativi sono gli approdi giurisprudenziali relativi al contributo causale del singolo concorrente sul fatto-fattispecie comune a tutti i correi ed il dolo specifico di commettere un reato in concorso con altri.

Con riferimento al primo punto, la giurisprudenza ha adottato una concezione unitaria del reato concorsuale in base alla quale il fatto è comune a tutti i correi secondo il paradigma della causalità agevolatrice, da valutarsi con prognosi *ex ante* verificando se il contributo di cui si

⁹ Cass. Pen., Sez. Un., 05 ottobre 1994, n. 16, *Demitry*.

¹⁰ Due erano i filoni essenzialmente presenti nella giurisprudenza di legittimità in epoca anteriore alla sentenza *Demitry*. Il primo, relativo ai casi *Cillari*, *Agostani* e *Abbate e Clementi*, negava l'esistenza nel nostro ordinamento del concorso esterno di tipo materiale nel reato associativo, v. rispettivamente Cass. Pen., sez. I, sent. 8092/1987, *Cillari*; Cass. Pen., sez. I, sent. 8864/1989, *Agostani*; Cass. Pen., sez. I, sent. nn. 2342 e 2348 del 1994, *Abbate e Clemente*.

Il secondo riteneva configurabile il concorso esterno sia nel caso di concorso morale, sia materiale da parte dell'*extraneus* quando questo risulti prestato consapevolmente e finalizzato al mantenimento, o al consolidamento dell'ente mafioso. Questo sarà l'orientamento fatto proprio dalle Sezioni Unite *Demitry*. V., sul punto Cass. Pen., sez. I, sent. 3492/1987, *Altivalle*; Cass. Pen., sez. I, sent. 9242/1988, *Barbella*; Cass. Pen., Sez. I, sent. I, sent. n. 2902/1993, *Turiano*.

¹¹ Il primo disciplina i casi in cui più persone prestano un contributo volontario rispetto alla commissione di uno stesso reato, prevedendo la medesima pena per tutti coloro che hanno concorso indipendentemente dalla rilevanza eziologica delle rispettive condotte, mentre il secondo definisce i fatti integranti il reato associativo. Per quanto attiene ad una più attenta valutazione di siffatta base giuridica si v. *infra* § par. 4.

ipotizza la rilevanza penale abbia accresciuto le *chances* di verifica dell'evento illecito al tempo della condotta, anche quando successivamente si sia rivelato irrilevante, non necessario o persino dannoso¹²; mentre l'elemento soggettivo presenta una diversa portata rispetto al dolo previsto per la fattispecie-base dato che non si sostanzia tanto nel "commettere un certo reato", bensì nella coscienza e volontà di commettere quel dato reato in concorso con altri che ben possono ignorare il contributo dell'*extraneus* (senza previo accordo), ma senza elidere la rilevanza penale di quella condotta formalmente atipica¹³.

Tuttavia, la giurisprudenza elaboratasi soprattutto in relazione all'associazione per delinquere di stampo mafioso tende a declinare diversamente questi due aspetti quando il contributo eventuale dell'*extraneus* accede al reato associativo.

Da una parte si richiede che la condotta realizzata dal concorrente esterno abbia determinato la conservazione o il rafforzamento delle capacità operative dell'associazione o di un suo particolare settore in base ad un giudizio prognostico *ex post*¹⁴, dall'altra la consapevolezza e volontà dell'efficienza causale del proprio contributo rispetto al conseguimento, anche parziale, degli scopi dell'associazione¹⁵.

Tali specialità conseguono al fatto che l'esistenza e la portata dell'istituto in parola dipendono in larga parte dalla definizione della nozione di partecipe, quest'ultima generalmente concepita quale inserimento stabile e vincolante del singolo mediante l'assunzione di un ruolo funzionale all'associazione, caratterizzato da una volontà di reciproca inclusione, sia da parte del partecipe, che dell'associazione che gli conferisce lo status di affiliato¹⁶.

¹² V. ad es. Cass. Pen., sez. III, n. 156/2021. A tal proposito, si suole concepire tale incidenza causale nei termini di una 'causalità psichica', ove la responsabilità penale dell'agevolatore è ritenuta sussistente anche in base alla mera messa a disposizione. Si tenga poi a mente che, ad es., la S.C. con sentenza n. 43569 del 21 giugno 2019 ha ritenuto sussistente la responsabilità penale concorsuale ai sensi degli artt. 110 e 494 c.p. a carico di chi, pur non avendo mai dichiarato un falso nome o una falsa qualità, ha alità ha inequivocabilmente prestato acquiescenza all'altrui falsa dichiarazione in base ai principi del concorso morale. Secondo alcuni autori un regime legale ispirato all'equiparazione della responsabilità penale unito al parametro giurisprudenziale della causalità agevolatrice ha realizzato una tendenza alla 'processualizzazione' del contributo penalmente rilevante, in base alla quale la valutazione dell'incidenza causale di una data condotta atipica sarebbe assorbita dall'accertamento della sua obiettiva esistenza storica e della sua gravità. In questi termini. S. DE FLEMMINEIS, *Reato associativo e concorso di persone tra teoria e prassi: il caso del concorso nel reato continuato*, in SISTEMA PENALE, fascicolo n. 3, 2022, pp. 80-81.

¹³ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Manuale di Diritto penale, Parte generale*, Zanichelli editore, ottava edizione, 2019, pp. 523-532.

¹⁴ Cass. Pen., SS.UU., sent. 33748/2005, p. 4. Si v. più approfonditamente *infra* § par. 4.2.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Da ultimo, Cass. Pen., SS.UU., sent. n. 36958/2021. In dottrina v. V. MAIELLO, *Il concorso esterno*

Inoltre, indagando le motivazioni della sentenza Mannino-bis (Cass. Pen., S.U., 12 luglio 2005, n.33748. v. nota n.32), si può osservare anche un'ulteriore singolarità relativa al fatto che la punibilità del concorrente esterno per lo «*stesso reato*» risulta diversificata da quella degli associati in relazione all'elemento soggettivo: punito a titolo di dolo diretto il primo, a titolo di dolo generico i secondi e con l'esclusione del dolo eventuale in questa seconda ipotesi.

Tale peculiarità dipende irrimediabilmente dalle caratteristiche del fenomeno criminoso in parola: diversamente dall'associato, il soggetto esterno non fa parte e non vuole fare parte dell'organizzazione criminosa, e rimane al di fuori dell'attuazione del programma sociale illecito. I rapporti con il gruppo criminoso risultano imperniati sulle logiche dell'egoistico utilitarismo; sarebbe pertanto erroneo ritenere che egli debba agire allo scopo di rafforzare l'associazione, altrimenti sarebbe egli stesso partecipe.

La figura del concorrente esterno non è contigua solamente a quella del partecipe-associato, ma è delimitata *ab extra* anche da ulteriori fattispecie, quali il delitto di favoreggiamento personale (art. 378 c.p.)¹⁷ e di assistenza agli associati (art. 418 c.p.)¹⁸.

Inizialmente, parte della scienza giuridica riteneva che queste due fattispecie evidenziassero come il concorso eventuale non fosse previsto dal nostro ordinamento, ma tale argomentazione risulta inefficace per più ordine di ragioni.

tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti, Giappichelli, 2014, p. 50, ove afferma che l'affermazione dell'autonomia normativa di concorso esterno era stata originariamente ostacolata da orientamenti giurisprudenziali 'onnivori', nel senso che finivano nel ricomprendere nello status di affiliato categorie di soggetti prive della *affectio societatis* che però avevano a vario titolo agevolato Cosa Nostra.

¹⁷ Ai sensi dell'art. 378 c.p.:

«Chiunque, dopo che fu commesso un delitto per il quale la legge stabilisce [la pena di morte o] l'ergastolo o la reclusione, e fuori dei casi di concorso nel medesimo, aiuta taluno a eludere le investigazioni dell'Autorità, comprese quelle svolte da organi della Corte penale internazionale, o a sottrarsi alle ricerche effettuate dai medesimi soggetti, è punito con la reclusione fino a quattro anni. Quando il delitto commesso è quello previsto dall'articolo 416bis, si applica, in ogni caso, la pena della reclusione non inferiore a due anni.

Se si tratta di delitti per i quali la legge stabilisce una pena diversa, ovvero di contravvenzioni, la pena è della multa fino a 516 euro.

Le disposizioni di questo articolo si applicano anche quando la persona aiutata non è imputabile o risulta che non ha commesso il delitto».

¹⁸ L'art. 418 c.p. recita:

«Chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato o di favoreggiamento, dà rifugio o fornisce vitto, ospitalità, mezzi di trasporto, strumenti di comunicazione a taluna delle persone che partecipano all'associazione è punito con la reclusione da due a quattro anni.

La pena è aumentata se l'assistenza è prestata continuamente.

Non è punibile chi commette il fatto in favore di un prossimo congiunto».

In primo luogo, perché la sua esistenza materiale era concettualmente prospettabile dati i – pur pochi – precedenti giurisprudenziali e per l’assenza di ostacoli normativi; inoltre, le clausole contenute all’interno delle disposizioni menzionate «*fuori dei casi di concorso nel medesimo (reato)*» sembravano propriamente alludere a questa eventualità; infine, perché il disvalore sociale di queste tre figure poggia su presupposti differenti. Il favoreggiamento personale presuppone la cessazione della condotta criminosa costituente reato (in questo caso, il venir meno dell’associazione pena l’astratta configurabilità del concorso esterno)¹⁹, mentre il reato di assistenza agli associati richiede che l’ausilio sia prestato ad opera di chi non faccia parte dell’organizzazione a un singolo associato o a più associati determinati, e sempre che non trasmodi in un concreto e rilevante contributo all’associazione stessa (altrimenti si ritiene configurabile il concorso eventuale), oppure all’elusione delle investigazioni (pena l’integrazione del delitto di favoreggiamento personale)²⁰. Le domande aumentano se teniamo a mente l’aggravante prevista al c. 2 dell’art. 418 c.p., applicabile quando viene prestata assistenza in modo continuativo.

In ogni caso, diversamente dal concorso esterno, tanto il favoreggiamento personale quanto il reato di assistenza agli associati consistono strutturalmente in un contributo agevolatore prestato al singolo associato, e non all’organizzazione nel suo complesso.

4. L’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite

La complessità normativa del quadro legislativo vigente non è sfuggita alla lente di ingrandimento della Corte di legittimità.

Con ordinanza del 13 maggio 2016 la prima sezione ha rimesso la questione «*se sia logicamente compatibile e giuridicamente ammissibile*

¹⁹ Cass. Pen., Sez. II, sent. 17347/2021.

²⁰ DE FRANCESCO, *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Digesto pen.*, I, Torino, 1987, p. 315. Si pensi ad esempio al caso in cui il soggetto estraneo fornisca spontaneamente rifugio, vitto e mezzi di comunicazione ai partecipi di un’organizzazione criminale. Tale condotta è astrattamente sussumibile in più fattispecie: qualora sia stata realizzata in favore del capo in stato di latitanza, integrerà il concorso esterno se permette all’organizzazione di mantenersi in vita e di essere operativa stante lo stato di ‘fibrillazione’ dell’associazione; si configurerà il reato di favoreggiamento personale se l’associazione è già venuta meno e tale contributo è finalizzato a una fuga o all’elusione dalle indagini in corso; sussisterà, invece, il reato di assistenza agli associati qualora non vi siano indagini in corso. Approfondendo il ragionamento, al di là dei dati formali quale ad esempio il rituale di affiliazione, la condotta *de quo* può altresì integrare la materiale partecipazione nel reato associativo quando questa, per le sue concrete modalità, riveli uno stabile inserimento del soggetto che fornisce assistenza nel tessuto organizzativo e funzionale dell’associazione e su cui quest’ultima può fare stabile affidamento v. in tal senso Cass. Pen., sez. VI, sent. n. 2533/2009.

il c.d. concorso esterno nel reato di associazione per delinquere di cui all'art. 416 c.p., considerato che tra il reato di cui all'art. 416 bis c.p., per il quale il concorso eventuale è ormai diritto vivente, e quello di cui all'art. 416 c.p., sussistono sostanziali ed incisive differenze di tipizzazione giuridica» alle Sezioni Unite²¹.

La vicenda vedeva un professore universitario accusato di concorso esterno in associazione per delinquere per avere egli attestato la genuinità di un prodotto caseario (burro) di cui conosceva l'avvenuta sofisticazione e per aver anche consigliato metodiche di sofisticazione più difficilmente evidenziabili nell'ambito di una collaborazione (articolatasi in tre incontri) con imprenditori della sua zona, a loro volta in giudizio per rispondere, tra gli altri reati, di associazione per delinquere finalizzata alla frode in commercio e delitti contro il bilancio e di truffa ai danni dell'Unione europea; la condotta del professore era stata ritenuta penalmente illecita ai sensi degli art. 110 e 416, c. 1, c. 2 e c. 5 c.p. nei precedenti gradi di giudizio.

Pur in presenza di precedenti giurisprudenziali pertinenti favorevoli al concorso eventuale nell'associazione per delinquere 'non mafiosa'²² – anche se numericamente esigui – la prima sezione aveva ritenuto opportuno richiedere un chiarimento dal massimo organo nomofilattico. Il Collegio ha valorizzato la differenza tra il fatto di partecipare ad una associazione criminale, e il più generico 'fare parte' di una organizzazione di stampo mafioso, così come il 'metodo mafioso' di cui

²¹ Cass. Pen., Sez. I, ord. n. 42043/2016.

²² Cass. Pen., Sez. III, sent. 38430/2008 che ha ritenuto configurabile il concorso di persone eventuale nel caso di una associazione per delinquere finalizzata alla sottrazione all'accertamento o al pagamento dell'accisa sull'alcole (d. lgs. 26 ottobre 1995, art. 43, c. 1, lett. a)) e all'alterazione di contrassegni prescritti dall'amministrazione finanziaria (d.lgs. 26 ottobre 1995, n. 504, art. 46, c. 1, lett. a)); Cass. Pen., sez. II, sent. 47602/2012 relativa ad un'associazione per delinquere finalizzata alle truffe, ove il concorso è consistito nella messa a disposizione nella propria abitazione per la sistemazione di attrezzature telematiche funzionali a fornire ai candidati le risposte ai quesiti oggetto delle prove selettive, anche se per una singola prova selettiva. V. ulteriormente Cass. Pen., sez. V, sent. 12591/1995 altrettanto pertinente dato il rapporto di specialità – e non di interdipendenza, diversamente dall'associazione di stampo mafioso -, tra l'associazione per delinquere ordinaria e l'associazione dedita al narcotraffico prevista all'art. 74 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 ove, nel tracciare il discrimine con la condotta del partecipe, ha precisato che «il concorso eventuale consiste nel condividere la responsabilità per il pregiudizio che l'associazione reca all'ordine pubblico, mediante un contributo materiale o morale al vincolo dei partecipi, senza che l'agente concorrente sia a sua volta vincolato. Ne deriva che, quando il contributo sia duraturo, la prova negativa del vincolo proviene dall'esclusione secondo regole interne, anche consuetudinarie, dell'associazione, circa l'affiliazione o il comportamento dei membri. In assenza di esse, ove si dimostri che gli affiliati fanno preventivo affidamento sul contributo di taluno, la condotta di questi, non essendo svincolata dallo scopo sociale, va considerata alla stregua di quella di qualsiasi partecipe. Al contrario, ove gli affiliati non facciano preventivo conto sul suo apporto, la relativa condotta è qualificabile come concorso eventuale nel reato».

fa impiego solo la seconda sfera organizzata illecita (avvalimento della forza di intimidazione, del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento ed omertà per attuare il proprio piano sociale). L'ordinanza fa altresì presente il diverso elemento soggettivo delle due fattispecie essendo richiesto il più pregnante dolo specifico per l'associazione per delinquere ordinaria, e quello generico per l'associazione di stampo mafioso.

4.1. Il Rigetto dell'ordinanza: i principi della Mannino-bis restano validi anche per l'associazione semplice

Le argomentazioni addotte dalla sezione rimettente non sembrano essere persuasive.

L'ordinanza che ha rimesso la questione alle Sezioni Unite non era inerente a un contrasto, ma si limitava a evidenziare in maniera meramente problematica la questione. L'essenza deve essere colta anche con riferimento alla dimensione temporale in cui si iscrive l'ordinanza commentata, perché solo pochi mesi prima la sentenza Contrada della Corte di Strasburgo aveva affermato l'origine giurisprudenziale (in sé non problematica in sede europea) dell'istituto del concorso esterno nel reato di associazione di tipo mafioso, condannando lo Stato italiano per violazione dell'art. 7 della Convenzione europea, ritenendo l'applicazione di tale istituto violasse il principio di determinatezza e il divieto di applicazione retroattiva *in malam partem*, così come interpretato in sede internazionale²³; molto verosimilmente il Collegio aveva temuto che la trasposizione dei principi normativi al caso in esame avrebbe potuto esporre l'Italia a una nuova condanna della Corte europea dovuta all'applicazione estensiva della *ratio decidendum* del caso Contrada²⁴.

²³ Come riportato anche nella stessa decisione Contrada al punto 60, i corollari del principio *nullum crimen sine lege* di cui all'art. 7 della Convenzione sono stati approfonditi dalla Corte di Strasburgo nella sentenza CEDU, Grande Camera, 21.8.2013 Del Rio Prada c. Spagna dal paragrafo 77 al paragrafo 80 e in particolare il par. 79, ove si legge che «*la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Questo requisito è soddisfatto se la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l'assistenza dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo aver avuto ricorso a consulenti illuminati, per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pena è passibile per tali atti*». V. più approfonditamente *infra* § par. 5.

²⁴ Timore sicuramente comprensibile, ma non condivisibile. L'impianto motivazionale di Contrada c. Italia appalesa che la violazione è dipesa per lo più dalla coesistenza di orientamenti opposti nello stesso periodo all'interno della stessa Cassazione e l'applicazione della disciplina del concorso esterno a fatti avvenuti prima della prima Cassazione in materia. Nel caso dell'art. 416 c.p. vi sono già due precedenti 'specifici', un consolidato orientamento relativo alla portata generale del concorso esterno e l'assenza di contrasti sul punto. Per un approfondimento sul principio di legalità dei reati e delle pene

Conseguentemente, il concorso esterno può legittimamente prospettarsi anche a fronte di contesti organizzati illeciti sprovvisti dell'attributo della mafiosità, nel rispetto dei presupposti elaborati, in particolare, dal *leading case* a Sezioni Unite Mannino bis²⁵ e dagli ulteriori approfondimenti emersi nella casistica della Corte di legittimità²⁶.

In linea di principio, anche con riferimento all'art. 416 c.p., il contributo è concepito secondo un rapporto eziologico-funzionalistico, in quanto dotato di valenza causale rispetto al mantenimento in vita, al rafforzamento o alla promozione dell'associazione secondo un giudizio *ex post* ed *in concreto*. Il contributo così materialmente delineato deve poi essere sorretto da dolo diretto riguardante gli elementi essenziali dell'organizzazione (la sua esistenza, e l'illiceità del suo programma criminoso) e della sua valenza rispetto ai tre eventi alternativi.

Allo stesso modo dovrebbero escludersi rimodulazioni degli eventi elencati in chiave 'psicologizzante' (vale a dire di rafforzamento dell'associazione per delinquere priva di sostrato materiale, ma derivante

anche nel senso di "prevedibilità delle decisioni giudiziarie" v. F. PALAZZO, *Legalità penale vs. creatività giudiziale*, in *Riv. It. Proc. pen.*, 2022, f. n. 3, pp. 975-997.

²⁵ Cass. Pen., SS.UU., sent. n. 33748/2005 ha chiarito che «risponde di concorso esterno in associazione mafiosa il soggetto che, pur non inserito stabilmente nella struttura organizzativa del sodalizio e privo dell'"affectio societatis", fornisce tuttavia ad essa un concreto, specifico, consapevole, volontario contributo, sempre che questo espliciti una effettiva rilevanza causale e cioè si configuri come condizione necessaria per la conservazione o il rafforzamento delle capacità operative dell'associazione o di un suo particolare settore, ramo di attività o articolazione territoriale, e quindi per la produzione dell'evento lesivo del bene giuridico protetto che nella specie è costituito dall'integrità dell'ordine pubblico, violata dal l'esistenza e dall'operatività del sodalizio e dal diffuso pericolo di attuazione dei delitti-scopo del programma criminoso», e che « nei delitti associativi si esige 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». La motivazione ha ulteriormente chiarito che il contributo causale deve essere valutato con una prognosi *ex post* dimostrando l'effettivo nesso condizionalistico tra condotta e realizzazione dell'evento "giuridico" come storicamente verificatosi *hic et nunc*, non essendo sufficiente una valutazione *ex ante* in termini di mera probabilità di lesione del bene protetto, e l'incompatibilità del dolo eventuale con la figura criminosa in parola.

²⁶ Ad es. Cass. Pen., Sez. V, sent. n. 15727/2012 che nel processo a carico di Dell'Utri ha stabilito che il concorso esterno in un reato associativo costituisce reato permanente, con la necessità di una prova puntuale dell'effettiva incidenza causale del contributo materiale, per tutto il periodo di tempo in cui lo stesso si assume realizzato. Tale principio (poi non ripreso dalla giurisprudenza successiva) susciterebbe qualche perplessità in relazione al dato normativo. Come si evidenzierà in seguito l'associazione per delinquere (semplice o di stampo mafioso) ed il concorso esterno sono due fattispecie differenti.

ad es. da un mero accrescimento della fiducia interno), accertamenti della causalità secondo valutazioni antecedenti e l'ammissibilità del dolo eventuale. Anche se non sempre la giurisprudenza, tanto di legittimità, quanto di merito, ha applicato fedelmente l'impianto ermeneutico della decisione Mannino-bis ai casi giudiziari concreti²⁷.

Al più sembra prospettarsi una questione di natura eminentemente pratica dato che diversamente dall'associazione mafiosa – di cui sono noti il libro e soprattutto la spada - la criminalità organizzata non mafiosa tende per natura ad essere sfaccettata come un quadro puntinista, e a rimanere celata.

La diversa oggettività normativa, sociologica e probatoria non può non riverberarsi sulla posizione del concorrente esterno, sicché, al pari del delitto mafioso, sarà pur sempre imprescindibile l'attività interpretativa per valutare se e come possano sussistere elementi differenzianti, dato che non sarà altrettanto agevole per il soggetto esterno rendersi conto della presenza di un gruppo organizzato, del suo programma delinquenziale, o del peso specifico del suo contributo²⁸.

²⁷ I principi della sentenza Mannino hanno effettivamente avuto un'applicazione a geometria variabile, o quanto meno flessibile, anche in sede di legittimità. La questione è ben illustrata da G. FIANDACA, *Il concorso esterno come persistente istituto "polemogeno"*, in *Arch. Pen.*, 2012, f. n. 2, pp. 494-496, che analizzando le sentenze Prinzivalli, Tursi Prato, Patriarca e Miceli ha evidenziato che un fraintendimento ermeneutico da parte delle sezioni semplici, le quali hanno presentato a tendenza ad «avallare concezioni indebolite del nesso di condizionamento» e a ritenere che «la rilevanza causale del contributo dell'estraneo possa essere semplicemente identificata nella sua "idoneità" a "preservare la conservazione dell'associazione di stampo mafioso"», così ritenendo il mantenimento o il rafforzamento dell'ente illecito implicito nella condotta agevolativa esterna, o quanto meno psicologizzando l'evento già giuridico del reato, così finendo con l'accogliere una «angolazione prospettica ex ante che la cassazione riunita rifiuta espressamente e con forza», nel senso di ritenere sufficiente che il contributo esterno abbia aumentato il credito del sodalizio nel contesto ambientale di riferimento, o che abbia aumentato all'"interno" il senso di superiorità e il prestigio dei capi e la fiducia di sicura impunità dei partecipi». V. rispettivamente, *Cass. pen. Sez. V, sent. n. 16493/2006*, *Cass. Pen., sez. V, sent. 21648/2007*, *Cass., Sez. VI, 14 giugno 2007*, Aprea ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 237548 e *Cass. Pen., Sez. VI, 19 novembre 2010*.

Secondo l'A., siamo di fronte a una parte della giurisprudenza che continua a ritenere forme di contiguità al fenomeno mafioso meritevoli di sanzione penale in quanto fonte di notevole allarme sociale soprattutto in ragione dei soggetti via coinvolti anche quando il disvalore sostanziale non coincide con quello più restrittivamente indicato dalle Sezioni Unite. Tale circostanza rivelerebbe una divergenza sui giudizi di valore sottostanti alla politica penale ancor prima dei profili tecnici di teoria del reato, con ciò inducendo *a fortiori* a reclamare un intervento chiarificatore del legislatore volto a precisare i presupposti applicativi della tanto vituperata figura criminosa in parola servendosi anche della più che trentennale esperienza giurisprudenziale, anche se sembra che, a onore del vero, il legislatore attuale ha più di qualche difficoltà a intervenire in settori particolarmente sensibili come questo. Cfr. sul punto T. GUERINI, *Il concorso eventuale nell'associazione mafiosa*, in *Diritto di Difesa*, 2022, f. n. 4, pp. 798-799.

²⁸ In tale prospettiva, un adattamento opportuno potrebbe consistere nel differenziare l'elemento soggettivo; dal dolo diretto del concorrente esterno in associazione mafioso, al dolo intenzionale nel caso dell'associazione 'ordinaria'.

5. È davvero ipotizzabile una punibilità senza concorso? Le finalità del diritto penale e la sentenza Contrada

Ancora oggi, a distanza di anni dalle Sezioni Unite Demitry e dalla restituzione al mittente nella sentenza “Addeo”²⁹, la dottrina invoca più pregnanti esigenze di tutela legislativa dinanzi alle paventate lesioni dei principi di tassatività e sufficiente determinatezza ad opera della - così chiamata - creativa ed indiscriminata giurisprudenza.

È facile comprendere che l’evento richiesto, ai fini della configurabilità del concorso di persone, non abbia nulla a che vedere con la fattispecie in sé considerata, bensì risulti tutto attinente alla causalità del contributo esterno: come sottolineato dalla più pregevole manualistica³⁰ il giudizio di rilevanza penale, dovendosi valutare *ex post*, non può che passare attraverso l’evento “agevolativo o di rinforzo” di una fattispecie ben individuata dal codice che presenti, di contro, differenti caratterizzazioni di condotta ed evento. In altri termini apparirebbe irrilevante, data la natura del concorso di persone nel delitto, discutere in merito alla condotta o all’evento proprio perché tale differenziazione appare tipica (ed utile) nei soli reati di “parte speciale”. Sarebbe, infatti, controproducente rinvenire, nell’apporto dato dal concorrente, una caratterizzazione “di evento” o “di condotta” in un contesto ove, per definizione, la fattispecie non è (ne può) essere determinata; così facendo si rischierebbe, a ben vedere, di attribuire alla norma di cui all’art. 110 c.p. un modello di tipizzazione differenziata³¹ in luogo di quello - a parere di chi scrive - causale.

Lo stesso, poi, può dirsi in merito alla critica sollevata attorno alla trasformazione del delitto da carattere tendenzialmente permanente a fattispecie a carattere istantaneo (o eventualmente permanente)³²: tale

²⁹ V. Cass. Pen., Sez. I, ord. 13 maggio 2016, n.42043, *Addeo*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, con nota di S. BERNARDI, *Concorso esterno e associazione per delinquere semplice: rimessa (e subito rispedita al mittente dal Primo Presidente) la questione alle Sezioni Unite*. Come sottolineato dal presidente della Corte di Piazza Cavour «la giurisprudenza di legittimità sia oggi concorde nel considerare il concorso eventuale ex art. 110 c.p. compatibile con ogni tipologia di fattispecie associativa (in questo senso si sono peraltro espresse le stesse Sezioni Unite con la sentenza del 27 settembre 1995, n. 30, Mannino, seguita dalle già citate sentenze Carnevale e Mannino-bis)». La corte remittente, inoltre, tende a confondere la struttura associativa da quella concorsuale nei singoli delitti.

³⁰ V. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale*, cit.

³¹ In tal caso il legislatore potrà sforzarsi di tipizzare in maniera autonoma le diverse forme di partecipazione, distinguendole, cioè, in funzione dei ruoli rispettivamente rivestiti dai vari concorrenti quali ad esempio: autore, determinatore, istigatore, complice ecc. Tale tecnica, tuttavia, renderebbe evanescente la ratio legis concorsuale, portando ad una creazione legislativa quasi indeterminata, oltre che di difficile intellegibilità anche da parte degli addetti ai lavori.

³² Così Cass. Pen., S.U., *Demitry e Mannino-bis*.

dottrina pecca nel confondere la fattispecie di reato di cui all'art.110 c.p. da quella "tipica" di parte speciale; come detto il concorso eventuale di persone assume una caratterizzazione tutta incentrata sulla causalità e sulla rilevanza/lesione del bene giuridico. Equiparare la fattispecie associativa tipica a quella atipica porta ad una tautologia che nulla risolve e, anzi, non fa che regredire allo stadio iniziale: sostenere, infatti, che il contributo del concorrente esterno debba presentare caratteri tendenzialmente permanenti significherebbe tradire il rapporto di causalità insito nel concorso di persone. Chi mai si sognerebbe di dire che un contributo ad una associazione criminosa sia tale sol perché viene prestato in maniera tendenzialmente continuativa? Appare chiaro che, sostenendo tale linea di pensiero, verrebbe espunta la valutazione in ordine alla risolutezza del contributo, ovvero, esemplificando, verrebbe punito il soggetto che "fa poco ma spesso" in luogo di quello che "fa tanto ma di rado".

Giungendo al tema principale, ovvero interrogandosi sulla possibilità di punire il partecipe indipendentemente dalla sussistenza della fattispecie di parte generale, la risposta non può che apparire scontata: è ovvio che, per le particolarità su cui si è soffermata anche la giurisprudenza di legittimità³³, il soggetto che implementi, agevoli o, comunque, garantisca il mantenimento in vita dell'associazione, senza farne parte, non possa essere equiparabile al "partecipe" vero e proprio. D'altronde, restando nel tema della compianta tipicità penalistica da accademia, è la stessa formulazione letterale che, nelle due fattispecie associative (art.416 e 416-bis c.p.), ne impone l'incontro tra tre (o più) volontà ben distinte: partendo dall'emblematico caso esaminato nella sentenza *Carnevale* (ma il discorso è equiparabile, se non addirittura decisivo in tema di partecipazione e concorso esterno, anche alla Sent. *Trematerra*³⁴) "fare parte" di una associazione non può che postulare la necessaria convergenza di volontà tra i consociati: non sarebbe, altrimenti, possibile equiparare al partecipe chi abbia la consapevolezza di contribuire all'associazione senza però esser parte di un accordo stipulato con altre persone fisiche.

Vero è che tale differenza rimane ancor più accentuata nelle ipotesi di concorso esterno in associazione per delinquere di stampo mafioso in

³³ V. ut supra par. 2, 3.1 e 3.2.

³⁴ V. Cass. Pen., Sez.II, 13 aprile 2016, n.18132.

quanto, viste le diversità insite nell'elemento soggettivo, non sarebbe possibile ipotizzare una partecipazione di chi, pur consapevole del suo contributo agevolativo, non sia disponibile ad operare per «l'attuazione del comune programma con qualsivoglia condotta idonea alla conservazione ovvero al rafforzamento della struttura associativa»³⁵.

Tale condivisa considerazione può spostarsi, per il vero, anche sul piano della associazione per delinquere semplice ove è necessario, per la configurazione della fattispecie, l'accordo (l'associarsi) tra tre o più persone volto a commettere una serie indeterminata di delitti. Per quanto vi sia una sostanziale differenza nell'elemento soggettivo (qui il dolo è dato dalla coscienza e volontà di contribuire attivamente alla realizzazione dell'accordo e, quindi, del programma criminoso in modo stabile e permanente³⁶) l'elemento discriminante è – e rimane – quello di “fare parte” con ciò intendendosi che l'inclusione di taluno in un'associazione non possa dipendere, solamente, dalla sua volontà richiedendo, tutt'al più, anche quella di tutti gli altri associati o di coloro che li rappresentano³⁷.

Si è, infatti, affermato³⁸ che il reato associativo è un reato a concorso necessario ove la volontà collettiva di inclusione rimane determinante.

L'equivoco di fondo, su cui ama intrattenersi la dottrina da accademia, risiederebbe nella natura e finalità sottese nella fattispecie di cui all'art.110 c.p.; partendo dal presupposto che la partecipazione atipica (*alias* il concorso di persone) sia – *rectius* debba essere – fisiologicamente indirizzata su un modello a tipizzazione causale, pena la creazione di uno smisurato corpus normativo di regole che tutto fanno tranne che rendere determinata ed intellegibile la norma comportamentale da mantenere³⁹, il

³⁵ Così Cass. Pen., S.U., 05 ottobre 1994, n.16, *Demitry*.

³⁶ Sulla qualificazione del dolo nel delitto di cui all'art.416 C.P., Cass. Pen., Sez.I, 7 luglio 2011, n.30463; Cass. Pen., Sez.VI, 16 dicembre 2011, n.9117; Cass. Pen., Sez.VI, 2 ottobre 2013, n.50334; Cass. Pen., Sez. III, 4 marzo 2015, n.26724.

³⁷ È ovvio che la condotta di partecipazione potrà essere valutata in funzione dello “statuto” della associazione: ognuna ha il suo, più o meno scritto, da cui desumere, anche tramite elementi indiziari, l'assoggettamento del reo all'interno della *societas sceleris*. Come sottolineato anche dalla sentenza a SS.UU “Carnevale” «tanto la costituzione dell'associazione quanto l'inserimento di un soggetto in una organizzazione già formata postulano sempre e necessariamente la volontà e l'agire di una pluralità di persone». È, infatti, davvero difficile vedere nella partecipazione una fattispecie a carattere monosoggettivo, al pari di un atto unilaterale di “adesione” dell'esterno.

³⁸ Cass. Pen., S.U., 30 ottobre 2002, n.22327, *Carnevale*.

³⁹ Poi ci si potrà interrogare, in un dibattito di natura più politica che giuridica, sulla reale opportunità di siffatto modello deterministico: a parere dello scrivente è da rigettare la dottrina che vede, in tutto il concorso di persone, una illegittimità costituzionale per manifesta indeterminazione (v. G. BETTIOL, *Brevi considerazioni sul problema del concorso di più persone in un reato*, in CNR-CNPDS, *La disciplina del concorso di persone nel reato nei più recenti progetti di riforma al codice penale*, Studi in onore di Franco Coppi, Torino, I, 2011) d'altronde lo scopo della norma risiede, per l'appunto, nella

concorso di persone nel reato associativo mira a punire tutte quelle condotte che comportino un contributo rilevante alla vita dell'associazione pur non essendone parte.

È da ripudiare la tesi secondo cui la partecipazione dell'esterno si risolve nei soli reati di cui agli art.416 o 416-bis c.p.: appare logica, oltre che ovvia, l'impossibilità del legislatore di formulare altrimenti una disposizione normativa che tenda ad arginare l'associazionismo criminale senza potere, dall'altra, utilizzare lo strumento penalistico, nei confronti della associazione, in virtù del principio contenuto nell'art.27 Cost.

In altri termini la ratio normativa ritrova nella massima "se non posso colpire una persona giuridica capace di ledere l'ordine pubblico, non posso far altro che punire chi vi partecipa con dolo" la propria essenza.

A tal punto, anche sulla scia delle considerazioni sollevate dalle sentenze Demitry e Carnevale, appare più che logico constatare che, se l'obiettivo rimane l'associazione, allora anche chi contribuisce - senza farne parte - non può essere esente da trattamenti sanzionatori: è l'associazione che conta, il singolo partecipe è solo un riflesso condizionato dal principio di responsabilità personale.

Sul piano della "tassatività e sufficiente determinatezza" merita un qualche accenno (e critica costruttiva) la sentenza della Corte EDU sul caso Contrada.

Non è certamente questa la sede per ripercorrere il travagliato iter processuale di Bruno Contrada (ad oggi cittadino libero a seguito della decisione della Corte di Cassazione n.43112/2017⁴⁰) tanto se ne è discusso nelle più disparate sedi; la sentenza, per il vero, merita un qualche approfondimento sul piano delle motivazioni addotte dalla Corte Europea in merito alla violazione dei principi contenuti nella Convenzione e, in particolare, l'art.7 secondo cui: «*Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, nel momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al tempo in cui il reato è stato commesso*».

Ciò che stupisce di siffatta sentenza si rinviene nella "semplicità" con cui la Corte ha addotto la mancanza di conoscibilità della norma, al *tempus*

difficoltà di inquadrare ex ante tutte le fattispecie riportanti un contributo lesivo al bene giuridico. È, infatti, inutile disquisire sulla sufficiente determinatezza di una disposizione che è, per sua natura, atipica.

⁴⁰ Consultabile on line: <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2017/09/sentenza-cassazione-contrada-43112.pdf> - Copia non ufficiale da Cassazione Web.

commisi delicti, da parte dell'imputato Contrada. La scarsa motivazione potrebbe, infatti, essere riassunta nella massima "la giurisprudenza, prima delle Sezioni Unite, non era consolidata, dunque la condanna dell'imputato viola il principio di irretroattività e determinatezza". Alcune riflessioni critiche.

Ripercorrendo con ordine i punti salienti della decisione la Corte fa notare:

a) *“che non è oggetto di contestazione tra le parti il fatto che il concorso esterno in associazione di tipo mafioso costituisca un reato di origine giurisprudenziale».*

Tale affermazione denota che, da una parte, la Corte si è limitata ad osservare le eccezioni sollevate dalle parti senza procedere ad una valutazione complessiva della normativa e, dall'altra, conferma che la visuale del concorso di persone nel reato è fortemente ancorata – come sopra detto – alla fattispecie tipica.

Proprio in virtù della sua a-tipicità collegata al piano delle fattispecie ben determinate nella parte speciale del codice sostanziale, l'istituto del cd. "concorso esterno" non potrà che assumere – dal punto di vista solo nominativo – la qualifica "giurisprudenziale". Sostenere diversamente, infatti, equiparerebbe la fattispecie al rango di tipicità che, per definizione, non è propria del concorso di persone nel reato.

Seguendo tale ricostruzione non si comprende perché la figura del cd. "palo", non essendo determinata nel codice di rito, sia da trattare diversamente rispetto a quella del concorrente esterno in associazione per delinquere. Appare chiaro, infatti, che anche tale figura criminosa abbia avuto un cd. "principio giurisprudenziale" dato, per l'appunto, da un modello di tipicità causale⁴¹ su cui si fonda il concorso di persone. In tal senso nessuno si è mai preoccupato delle sorti dei primi condannati per furto in concorso, proprio perché, come è logico, nessuno mai si sognerebbe di dire che anche tale compartecipe non abbia avuto un ruolo agevolante nel delitto.

Ed ancora:

b) che *«l'analisi della giurisprudenza citata dalle parti dimostra che la Corte di cassazione ha menzionato per la prima volta il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nella sua sentenza Cillari, n. 8092 del 14 luglio 1987. Nel caso di specie, la Corte di cassazione ha*

⁴¹ Così chiamato da G. FIANDACA, E.MUSCO, in *Manuale di diritto penale, Parte generale*, cit.

contestato l'esistenza di un tale reato e ribadito questa posizione in altre sentenze successive, in particolare Agostani, n.8864 del 27 giugno 1989 e Abbate e Clementi, nn.2342 e 2348 del 27 giugno 1994».

L'affermazione si commenta da sé: considerata l'entrata in vigore dell'art.416-bis c.p. (per cui fu processo) in data 29 settembre 1982 non vi è da stupirsi se solo nel 1987 inizi a formarsi qualche giurisprudenza di legittimità. Come è noto, dalla fase di indagine fino alla decisione di legittimità passano anni se non decenni; se la atipicità del concorso esterno rimane indissolubilmente legata alla fattispecie tipica, appare ovvio che la giurisprudenza si formerà solo a partire dalla data di entrata in vigore della norma.

Bene ha fatto, contrariamente a quanto eccepito dalla Corte (v. pt. 71⁴²), il Governo a riferirsi alla giurisprudenza in tema di concorso esterno, seppur non relativo al tema di cui all'art. 416-bis c.p.: l'essenza della norma de quo (art. 110 c.p.) rimane la stessa, indipendentemente dalla fattispecie tipica cui accede.

Ed infine,

c) che "il reato in questione è stato il risultato di una evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni Ottanta del secolo scorso e consolidatasi nel 1994 con la sentenza Demitry.

Perciò all'epoca in cui sono stati commessi i fatti ascritti al ricorrente (1979-1988), il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile per quest'ultimo. Il ricorrente non poteva dunque conoscere nella fattispecie la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti (Del Rio Prada [GC], sopra citata, 79 e 111-118, a contrario, Ashlarba c. Georgia, n. 45554/08, 35-41, 15 luglio 2014, a contrario, Rohlena, -β 50, sopra citata e, mutatis mutandis, Alimucaj c. Albania, n. 20134/05, 154-162, 7 febbraio 2012). La Corte ritiene che questi elementi siano sufficienti per concludere che vi è stata violazione dell'articolo 7 della Convenzione».

⁴² La Corte «considera che il riferimento del Governo alla giurisprudenza in materia di concorso esterno, che si è sviluppata a partire dalla fine degli anni Sessanta del secolo scorso, ossia prima dei fatti ascritti al ricorrente (si veda il paragrafo 50 supra), non tolga nulla a questa constatazione. Le cause menzionate dal governo convenuto riguardano certamente lo sviluppo giurisprudenziale della nozione di «concorso esterno». Tuttavia, i casi evidenziati non riguardano il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso, che è oggetto del presente ricorso, ma dei reati diversi, ossia la cospirazione politica attraverso la costituzione di una associazione e gli atti di terrorismo. Pertanto, non si può dedurre dallo sviluppo giurisprudenziale citato l'esistenza nel diritto interno del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso, che si differenzia per la sua stessa sostanza dai casi menzionati dal Governo, e che, come sopra ricordato, (paragrafi 29 e 30 supra), è stato oggetto di uno sviluppo giurisprudenziale distinto e posteriore rispetto a questi ultimi».

Ricollegandosi al punto precedente non può che evidenziarsi quanto segue: è chiaro che il concorso esterno in associazione per delinquere di stampo mafioso sia frutto di una interpretazione normativa; interpretare è compito che spetta al giurista e, a maggior ragione, al giudice. Di conseguenza non è il reato ad essere creato dalla giurisprudenza, bensì questo viene solo interpretato a seguito dell'introduzione di una fattispecie tipica che esplica i suoi effetti anche sul piano dell'ipotetico concorrente esterno (la norma di cui all'art.110 C.P. non è mai stata modificata sin dall'emanazione del codice Rocco negli anni '30). Seguendo il modello di tipizzazione causale (all'epoca ben determinato ed utilizzato pacificamente dalla giurisprudenza) il reo, anche ricorrendo all'«*assistenza dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo aver avuto ricorso a consulenti illuminati*», ben poteva prefigurarsi che il suo contributo potesse essere causale al mantenimento/ampliamento della associazione.

Appare dunque chiaro che, partendo dall'errato presupposto di cui al punto a) e procedendo per la valutazione di cui al punto b) la Corte non abbia valutato attentamente la norma di cui all'art.110 c.p. essendosi limitata ad una superficiale visione di insieme.

6. Gli esiti della applicazione del concorso esterno: circostanze attenuanti e concorso anomalo. È auspicabile una pena ad hoc?

Una volta chiarita la ratio sottesa all'incriminazione di condotte associative di stampo delinquenziale ci si chiede se il concorrente esterno, proprio perché "altro" rispetto alla realtà associativa, debba sottostare alle medesime pene previste nella fattispecie tipica.

La questione pare non essere di poco conto: vero è che, come detto nel contesto concorsuale, "il soggetto che fa tanto ma di rado" dovrebbe essere punito più di quello che "fa poco ma spesso"; tale precipitato logico troverebbe un primo limite nella stessa formulazione di cui all'art.110 c.p. secondo cui «*quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di queste soggiace alla pena per questo stabilita*».

L'art.114 c.p. costituisce una timida eccezione al principio che ispira il concorso di persone nel reato, quale fondato sul principio monistico: detta norma, tuttavia, trova applicazione laddove l'apporto causale del correo

risulti obiettivamente così lieve da apparire, nell'ambito della relazione di causalità, quasi trascurabile e del tutto marginale⁴³.

Appare chiaro che, seguendo le indicazioni date dalla giurisprudenza di legittimità⁴⁴, risulterebbe difficile attribuire al partecipe esterno un ruolo marginale considerato che, sotto il profilo della stessa causalità, l'apporto da esso dato non debba essere meramente agevolante la probabilità o il rischio di verificazione del delitto.

In realtà, per quanto la differenziazione sia di natura prettamente dottrinale, l'unica concreta applicazione dell'art.114 c.p. potrebbe rinvenirsi in tutti i casi di concorso eventuale morale in associazione per delinquere: in tal caso, infatti, l'apporto causale (magari sotto la forma di rafforzamento di un proposito criminoso già sorto) potrebbe essere trascurabile; il giudicante ben potrà valutare l'applicazione della attenuante qualora il contributo morale sia minimo. Diversamente, sul piano del contributo materiale, appare difficile ipotizzare una siffatta applicazione considerato il rigetto della teoria del cd. "aumento del rischio" il quale trascina l'interprete nell'impervio terreno dell'espansione della responsabilità penalistica⁴⁵.

Quale strumento utilizzare, dunque, per moderare la pena del concorrente esterno?

Ad oggi, in assenza di un auspicabile intervento legislativo che introduca delle gradazioni di pena (non di tipicità) per tale particolare figura concorrente, l'unica disposizione rimane l'art.133 C.P.

Pacifico che al concorrente esterno andrà contestata la figura del mero partecipe, diversamente dall'organizzatore – promotore – fondatore, in quanto, a contrario, si violerebbe il canone di tipicità prescritto dalla norma stessa (il legislatore, nella protezione del bene giuridico, ha voluto

⁴³ Così v. Cass. Pen., Sez. V, 6 luglio 2011, n.40092; Cass. Pen., Sez. IV, 25 novembre 2020, n.35950; Cass. Pen., Sez.IV, 23 giugno 2021, n.34539; Cass. Pen., Sez.V, 25 febbraio 2021, n.21469.

⁴⁴ V. Sentenze SS.UU, *Demiry, Carnevale e Mannino*.

⁴⁵V. però – con qualche critica – Cass. Pen., Sez.I, 20 ottobre 1994, n.866; Cass. Pen., Sez.I, 10 dicembre 2020, n.7188 secondo cui «*l'attenuante della minima partecipazione al fatto di cui all'art.114 C.P. è incompatibile con la circostanza aggravante al numero delle persone (art.114 comma 2 C.P.); ed è anche incompatibile con il reato associativo, dato che tale circostanza si riferisce espressamente alle persone che sono concorse nel reato a norma degli artt.110 e 113, che prevedono rispettivamente il concorso eventuale nel reato e la cooperazione nel delitto colposo. Ciò perché, nel reato pluri-offensivo o a concorso necessario nella valutazione legislativa dell'illeceità penale, non viene in considerazione l'azione del singolo imputato, bensì l'attività dell'associazione criminosa nel suo complesso, qualunque sia il ruolo svolto dal singolo associato, necessariamente partecipe, insieme agli altri, di quell'attività*». Massima, nel complesso condivisibile, ma che non riesce a distinguere la diversità tra partecipante e concorrente esterno; inoltre non appare corretto l'assunto, sul punto della sola gradazione della pena, secondo cui il partecipante debba esser trattato allo stesso modo dell'organizzatore o promotore.

sanzionare e tipizzare tali particolari tipologie di “partecipi” per un preciso scopo; è chiaro che non potrà esser contestato altro al concorrente esterno perché non organizzatore né promotore né, tantomeno fondatore). Quanto ai requisiti oggettivi basti rilevare che la modalità dell’azione e la gravità del danno/pericolo cagionato si configurino quali indici essenziali nella gradazione della pena da uno a cinque anni. È, oltretutto, pacifico che l’obbligo di motivazione per il Giudicante dovrà esser tanto più pregnante quanto la pena sarà prossima ai massimi edittali e viceversa⁴⁶ Per quanto riguarda la figura del concorso anomalo e dei risvolti sul concorrente esterno alla associazione per delinquere non si riscontrano particolari complessità: come noto per la sussistenza del concorso anomalo è necessaria la compresenza di tre fondamentali requisiti: *a*) l’adesione psichica dell’agente ad un reato concorsuale; *b*) la commissione da parte di altro concorrente (o partecipante alla associazione per delinquere) di un reato-fine; *c*) l’esistenza di un nesso psicologico in termini di prevedibilità tra la condotta dell’agente compartecipe e l’evento in concreto verificatosi.

Quanto ai punti *a*) e *b*) appare sufficiente richiamare il principio secondo cui tra il delitto previsto ex art.416/416-bis c.p. ed i singoli reati fine vi sia un rapporto di stretta strumentalità. Gli associati per delinquere non possono ritenersi, per ciò solo, autori o concorrenti nei delitti commessi in esecuzione del comune programma delinquenziale essendo richiesta, quanto meno, la riferibilità del singolo reato fine all’associato (eventualmente anche sotto il profilo del concorso morale): non a caso per la sussistenza del reato associativo non è necessaria l’effettiva commissione dei reati fine, essendo sufficiente l’esistenza della struttura organizzativa e del carattere criminoso del programma⁴⁷.

La questione assume qualche profilo di complessità con riferimento al nesso psicologico, richiesto in termini di prevedibilità, del diverso evento verificatosi (posto in essere dal compartecipe o dall’associato): eliminando dal campo del concorso anomalo la figura del mero esecutore materiale, che nulla ha a che vedere con la partecipazione nell’associazione (le due figure, quella del mero esecutore materiale e del concorrente esterno in associazione per delinquere non hanno nulla in

⁴⁶ Tra le tante sentenze della Corte di Cassazione sull’obbligo di motivazione in sede di gradazione della pena v. Cass. Pen., Sez. IV, 04 dicembre 2019, n.10669; Cass. Pen., Sez.IV, 18 novembre 2021, n.45600; Cass. Pen., Sez.II, 3 febbraio 2022, n.15887

⁴⁷ Al più l’esistenza (e la prova) della commissione dei singoli reati fine potrà costituire elemento indiziario ai sensi dell’art.192 c.p.p.

comune dal punto di vista del concorso richiesto dalla disposizione di cui all'art.116 C.P.), ci si potrebbe chiedere se al concorrente esterno possa essere imputato il diverso evento prodottosi.

La risposta non può che essere affermativa nel solo caso in cui la condotta di quest'ultimo si ponga in un'ottica di prevedibilità in concreto: lo sforzo interpretativo che dovrà compiere il giurista, al fine di sgomberare dal campo l'area del cd. "dolo eventuale", consisterà nel valutare le circostanze rappresentabili (non, attenzione, rappresentate) al concorrente esterno sì da escludere, in un'ottica di sussunzione del fatto sotto leggi di copertura e massime di esperienza dotate di affidabile plausibilità empirica, quelle eccezionali, imprevedibili e, perciò, non ricollegabili all'azione criminosa. In altre parole, la configurabilità del concorso anomalo non si produce sol perché si "fa parte" di una associazione richiedendosi, a contrario, che tale condotta partecipativa si ponga in una logica causale del tutto prevedibile in termini di "naturale sviluppo".

7. Conclusioni. Abbiamo ancora bisogno del concorso esterno, ma quale?

«Dall'entusiasmo allo scetticismo. Ormai (al concorso esterno) non ci si crede più».

Così il sost. proc. gen. della Cassazione, F. Iacoviello, sintetizzava nella requisitoria nel processo al co-fondatore di Forza Italia Marcello Dell'Utri le problematiche relative ad un istituto in continuo divenire, rese ancor più evidenti nel capo di imputazione elevato a suo carico⁴⁸. La vera essenza del virgolettato, lungi dal disconoscere un percorso legale che dura da più di 30 anni (all'epoca quasi 20), consiste nel bisogno di meglio circoscriverne i presupposti applicativi di un formidabile ma delicato istituto, di cui non sempre la prassi ha dimostrato l'adeguata perizia nel maneggiarlo; la giurisprudenza di legittimità ha profuso sforzi encomiabili in tal senso, specie con la sentenza Mannino, ma con risultati altalenanti.

La ricostruzione ermeneutica contenuta nella decisione Mannino, oltre che tecnicamente corretta, risulta adeguata rispetto a tutti gli interessi in gioco, tuttavia non è stata sempre rispettata.

⁴⁸ È del tutto peculiare che sia stato ipotizzato il concorso esterno realizzato concorrendo a una estorsione, tuttavia non contestata e che il contributo illecito esterno sia stato ritenuto di natura permanente. Cfr. Schema di requisitoria integrato con le note d'udienza del sost. proc. gen. . Francesco Iacoviello (Cass. pen., sez. V, ud. 9 marzo 2012, imp. Dell'Utri), in DPC, consultabile al seguente URL: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1331539353Requisitoria%20Iacoviello.pdf>

Come è ovvio un intervento quantomeno decisivo è possibile solo per mezzo della legge.

Da Demitry a Mannino, passando per Carnevale fino a Chiocchini: il concorso esterno ha assunto connotazioni sicuramente mutevoli.

A parere di chi scrive, dunque, sembra del tutto auspicabile che un legislatore accorto, tecnicamente preparato, e privo di ideologie e condizionamenti possa fare propri tutti gli insegnamenti giurisprudenziali emersi nel corso del tempo nella prassi giudiziaria, e in particolare gli approdi delle Sezioni Unite Mannino. Ma in che modo?

Pur sottolineando che nell'attuale contesto normativo sussistono tutti gli elementi utili a legittimare l'utilizzo del concorso esterno in associazione per delinquere (semplice e di stampo mafioso), non vanno escluse opportunità, in un'ottica di maggiore chiarezza (in linea con le finalità avanzate con il d.lgs. n.21/2018), di revisione ermeneutica dell'istituto.

Così potrebbe essere aggiunto alle singole fattispecie delittuose associative la seguente disposizione:

«Alle stesse sanzioni, siano esse di natura principale o accessoria, soggiace colui che, pur non prendendo parte all'associazione, con la propria condotta apporti un contributo causale tale da mantenere o rafforzare l'associazione per delinquere».