

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI
“FEDERICO II”**

Dipartimento di Giurisprudenza
Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza



Tesi di Laurea
in
DIRITTO PENALE

*Il concorso eventuale nell'associazione
di tipo mafioso*

Relatore
Ch.mo Prof.
Antonio Cavaliere

Candidato
Alberto Della Valle
matr: 991/012623

ANNO ACCADEMICO 2012 – 2013

Alle persone che non si stancano mai di cercare

Desidero ringraziare il Prof. Antonio Cavaliere, i cui insegnamenti mi hanno spinto ad approfondire gli argomenti trattati nel presente lavoro.

Ringrazio il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II per aver formato la mia conoscenza in campo giuridico, per le esperienze lì vissute e gli indimenticabili momenti trascorsi.

Ringrazio i docenti ed il personale dell'ex Dipartimento di scienze penalistiche, criminologiche e penitenziarie per la disponibilità e la cortesia mostratemi nella ricerca delle fonti e nella stesura.

La mia sincera riconoscenza a quelle persone, vicine e lontane, senza le quali ciò che ho fatto non sarebbe mai accaduto.

INDICE SOMMARIO

<i>Elenco delle abbreviazioni</i>	9
INTRODUZIONE	13
CAPITOLO I	
I principi	25
Sezione I Stato di diritto e diritto penale: La funzione della pena	
1. Il diritto penale e il ruolo della politica criminale.	26
2. La funzione della pena nel pensiero penalistico moderno.	30
2.1. La teoria retributiva.	31
2.2. La teoria della prevenzione generale.	31
2.3. La teoria della prevenzione speciale.	33
2.4. La teoria dell'emenda.	34
3. La funzione della pena nella Costituzione italiana: la pena come integrazione sociale.	35
Sezione II Il principio di legalità nell'ordinamento giuridico italiano	
4. La funzione di garanzia tra retaggio storico ed esperienze moderne.	42
5. Riserva di legge penale. La natura della riserva.	46
5.1. Il rapporto con le fonti subordinate.	53
a) I regolamenti (e decreti) governativi e i provvedimenti della Pubblica Autorità.	54
b) Le leggi regionali.	57
c) La consuetudine.	59
6. La tassatività e la determinatezza della norma penale.	61
6.1. La "sufficiente" determinatezza della fattispecie: diritto e linguaggio, tra tecniche di redazione e giurisprudenza costituzionale.	64
6.2. Il divieto di interpretazione analogica. I casi di analogia <i>in bonam</i>	71

INDICE SOMMARIO

<i>partem</i> e di analogia anticipata.	
7. L'efficacia della legge penale nel tempo.	78
7.1. L'irretroattività della legge penale.	80
7.2. <i>Abolitio</i> e <i>mutatio criminis</i> . Il problema delle modifiche "mediate".	84
7.3. Decreti-legge non convertiti e leggi incostituzionali.	90
Sezione III Reato e bene giuridico nella Costituzione italiana	
8. Il reato come offesa ad un bene giuridico.	94
9. La Costituzione come direttrice nella selezione del bene giuridico.	98
10. La funzione sistematica-classificatoria, politico-garantista ed interpretativa del bene giuridico: il principio di offensività.	104
Sezione IV Il reato come illecito personale	
11. L'art. 27, I comma, della Costituzione: la personalità della responsabilità penale.	115
11.1. La responsabilità oggettiva.	118
11.2. <i>Ignorantia legis non excusat</i> : "l'ignoranza inevitabile".	123

CAPITOLO II

L'associazione per delinquere e di tipo mafioso	129
1. La criminalità organizzata e l'illusione della sicurezza: l'evoluzione dei reati associativi nell'ordinamento giuridico italiano.	130
2. <i>Segue</i> . La difficile convivenza con i principi in materia penale: profili di legittimità costituzionale e prospettive costituzionalmente orientate.	143
3. <i>Segue</i> . Le risposte ordinamentali al fenomeno mafioso.	154
4. L'oggetto della tutela penale.	164
4.1. L'ordine pubblico in senso ideale e materiale.	164
4.2. Due diversi beni giuridici per due diversi reati.	170
5. Il tipo mafioso tra propositi descrittivi ed esigenze di tassatività.	175

INDICE SOMMARIO

5.1.	Il metodo mafioso come elemento oggettivo della fattispecie.	175
5.2.	Le finalità mafiose tipizzate.	186
5.3.	L'ultimo comma dell'art. 416 <i>bis</i> c.p.	191
6.	Fattispecie associativa e concorso di persone.	194
6.1.	La configurabilità della continuazione tra reato associativo e delitti-scopo.	202
6.2.	Il rapporto tra l'associazione per delinquere e quella di tipo mafioso.	205
7.	<i>Societas sceleris</i> . La fattispecie plurisoggettiva.	207
7.1.	La partecipazione semplice.	210
7.2.	Promozione, costituzione, organizzazione e direzione.	222
7.3.	La fattispecie soggettiva.	226
8.	La responsabilità penale per concorso nei delitti-scopo.	229
9.	La permanenza del reato. Il problema della cessazione dell' <i>actio sceleris</i> .	242
10.	Forme di manifestazione del reato.	244
10.1.	La controversa ammissibilità del tentativo.	244
10.2.	Le circostanze.	247

CAPITOLO III

Il concorso eventuale nell'associazione per delinquere e di tipo mafioso	255
1. "Contiguità" alle organizzazioni criminali: la responsabilità penale dell' <i>extraneus</i> per concorso nell'associazione criminosa.	256
2. Premesse generali sul concorso di persone nel reato.	267
3. Il dibattito sulla configurabilità del concorso eventuale nel reato necessariamente plurisoggettivo.	280
3.1. Concorso materiale e partecipazione.	287

INDICE SOMMARIO

3.2.	Il concorso morale.	295
3.3.	I casi tipizzati di “contiguità”.	297
3.3.1.	Le circostanze aggravanti <i>ex art. 7</i> , d.l. 13 maggio 1991, n. 152.	299
3.3.2.	Favoreggiamento e assistenza agli associati.	303
3.3.3.	L’art. 416 <i>ter</i> c.p. Lo scambio elettorale politico-mafioso.	309
4.	Una “tipicizzazione” per tappe: il lungo cammino delle Sezione Unite.	316
4.1.	La sentenza Demitry.	316
4.1.1.	Lo stato di “fibrillazione” dell’ente.	318
4.1.2.	La fattispecie soggettiva: una questione rimasta aperta.	325
4.2.	La sentenza Carnevale.	329
4.2.1.	L’apporto dell’ <i>extraneus</i> : l’idoneità (<i>ex ante</i>) a produrre l’evento.	331
4.2.2.	Il dolo diretto del concorrente “esterno”.	339
4.3.	La sentenza Manninobis. <i>Status quo</i> e innovazione in tema di rapporto di causalità.	341
4.4.	L’anarchia ermeneutica nella giurisprudenza recente.	350
4.4.1.	La Sentenza Dell’Utri.	354
5.	Ulteriori riflessi penalistici della “contiguità” alla mafia: il “patto di protezione” e l’imprenditore “colluso”.	363
	CONCLUSIONI	373
	<i>Bibliografia</i>	403

Elenco delle abbreviazioni

AA.VV.	autori vari
A.C.	Atto camera
Ann. dir. proc. pen	Annali di diritto e procedura penale (Rivista)
App.	Corte d'Appello
A.S.	Atto senato
art., artt.	articolo, articoli
Arch. Pen.	Archivio Penale (rivista)
Ass.	Corte d'Assise
Cass. Civ.	Suprema Corte di Cassazione civile
Cass. Pen.	Suprema Corte di Cassazione penale
Cass. pen.	Cassazione penale (rivista)
c.c.	codice civile
CED	Centro elaborazione dati
Corte cost.	Corte costituzionale
Cost.	Costituzione
c.p.	codice penale
c.p.p.	codice di procedura penale
DDA	Direzione distrettuale antimafia
d.d.l.	Disegno di legge
Dig. disc. pen.	Digesto discipline penali (rivista)
Dir. pen. contem.	Diritto penale contemporaneo (rivista)
Dir. pen. proc.	Diritto penale e processo (rivista)
disp. prel. c.c.	Disposizioni preliminari al codice civile
d.l.	Decreto-legge
d.lgs.	Decreto legislativo
d.lgs.lgt.	Decreto legislativo luogotenenziale
d.m.	Decreto ministeriale
DPR	Decreto del Presidente della Repubblica
ed.	edizione
Enc. dir.	Enciclopedia del diritto
es.	esempio
fasc.	fascicolo

Elenco delle abbreviazioni

Foro it.	Foro italiano (rivista)
Giur. it.	Giurisprudenza italiana (rivista)
Gius. pen.	Giustizia penale (rivista)
Guid. dir.	Guida al diritto (rivista)
<i>i.e.</i>	<i>id est</i>
Ind. Pen.	Indice penale (rivista)
it.	italiana/o
l.	legge
l. cost.	legge costituzionale
lett.	lettera
Leg. pen.	Legislazione penale (rivista)
Mass. Uff.	Massimario ufficiale della Suprema Corte di Cassazione
n.	numero
n.t.	nota
Nss. D. I.	Novissimo Digesto Italiano
ord., ordd.	ordinanza, ordinanze
p.	pagina
Pol. dir.	Politica del diritto (rivista)
Riv. dir. proc.	Rivista di diritto processuale
Riv. it. dir. proc. pen.	Rivista italiana di diritto e procedura penale
Riv. it. med. leg.	Rivista italiana di medicina legale
Riv. pen.	Rivista penale
Riv. soc.	Rivista delle società
sent., sentt.	sentenza, sentenze
ss	seguenti
sez.	sezione
Sez. Un.	Sezioni unite
trad.	traduzione
Trib.	Tribunale
T.U.L.P.S.	Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza
vol.	volume

“L’indomani il mio processo fu giudicato da una sezione, e io lo perdei esattamente per un voto. Il mio avvocato però mi disse che l’avrei vinto esattamente per un voto in un’altra sezione. – Ma è una cosa ridicola – gli dissi: – dunque ogni sezione ha una legge diversa? – Sì – mi rispose: – ci sono venticinque commentari sulla giustizia consuetudinaria di Parigi: il che vuol dire che a Parigi, ci sono venticinque giustizie diverse; e se ci fossero venticinque sezioni di tribunale, ci sarebbero venticinque diverse giurisprudenze. D’altra parte – continuò – a quindici leghe da Parigi, c’è una provincia detta Normandia dove voi sareste giudicato in modo del tutto differente da qui.”

VOLTAIRE, *Delle leggi*, in *Dizionario filosofico*, 1764, trad. it. a cura di J. Benda, Milano, 1950, p. 294.

INTRODUZIONE

Il presente lavoro si propone l’obiettivo di rappresentare e descrivere uno degli istituti che è stato, e continua ad essere, oggetto di un’accesa controversia giurisprudenziale e dottrinale, afferente all’ammissibilità ed alle condizioni dommatiche e teleologiche di configurabilità di un concorso eventuale nel reato associativo, nell’ipotesi della associazione di tipo mafioso.

Le ragioni che hanno portato questo istituto ad essere, soprattutto in certi periodi storici, al centro del dibattito scientifico trovano la loro fonte nell’avvertita esigenza di estendere lo *jus puniendi*, mediante l’impiego delle norme generali in materia di concorso di persone nel reato, verso comportamenti atipici rispetto alle condotte incriminate nelle fattispecie di parte speciale – la partecipazione in associazione –, ma che, in ragione della natura e delle finalità a cui sono orientati, risultano egualmente idonei ad apportare un contributo al consolidamento del sodalizio criminale.

INTRODUZIONE

Invero, le organizzazioni criminali normalmente godono di risorse, materiali e personali, oltre che di mezzi finanziari, tali da consentir loro di raggiungere gli obiettivi per i quali si è formato il sodalizio; l'idoneità della struttura organizzativa a realizzare i propositi criminosi degli affiliati rappresenta l'essenza fenomenica e giuridica dei reati associativi.¹ Tuttavia, per il reperimento delle risorse necessarie, nonché per il perseguimento degli scopi prefissati, non sempre è sufficiente il contributo degli associati; in codeste circostanze diviene indispensabile, o, comunque, più conveniente, il contributo di soggetti esterni² alla struttura associativa, delle cui qualità e capacità le organizzazioni criminali intendono profittare. Sicché, la linea di demarcazione tra realtà criminali, da un lato, e comunità statale, politica, economica e sociale, dall'altro, viene a sbiadirsi nel momento in cui la società non è solo il luogo in cui le attività criminose vengono realizzate, ma anche il subdolo strumento di cui i cartelli criminali si avvalgono per concretizzare – attraverso il “monopolio della violenza”³ – le loro aspettative di accumulazione di ricchezza e di potere.⁴

¹ G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, VI ed., Bologna, 2012, p. 34 ss, 485 ss.

² «Ci sono anche i “Contrasti Onorati” e sono quelle persone ritenute “degne e meritevoli” di entrare a far parte della ‘ndrangheta. Voglio però precisare che l’espressione “Contrasti onorati” è usata dagli ‘ndranghetisti quando, parlando tra di loro, si riferiscono ai non affiliati che potrebbero diventarlo. Chi non è affiliato e non ha alcun merito criminale è considerato un “Contrasto”». DDA MILANO, Dichiarazione di Antonio Zagari, procedimento penale “Isola felice”, in N.GRATTERI-A.NICASO, *Fratelli di sangue*, Appendice II, Cosenza, 2009, p. 297.

³ Cfr. P.ARLACCHI, *La mafia imprenditrice. Dalla Calabria al centro dell'inferno*, Milano, 2007, *passim*.

⁴ «Cosa Nostra ha una propria strategia politica. L’occupazione e il governo del territorio in concorrenza con le autorità legittime, il possesso di ingenti risorse finanziarie, la

È a questo punto intuibile che il problema del concorso eventuale nel reato associativo, noto ai più sotto la rubrica di concorso “esterno”, seppure, come vedremo, questa formula sia inappropriata, nonché causa di molti sviamenti ermeneutici, nasce prima ancora che come oggetto di argomentazioni giuridica, come fenomeno sociale.⁵ Nel suo ambito applicativo potrebbero rientrare una serie aperta di comportamenti definiti di “contiguità” alle consorterie criminali, su cui occorre fare, però, una primaria specificazione: il rapporto tra la criminologica categoria della “contiguità” alle associazioni criminose e l’istituto giuridico del concorso eventuale non si riassume nei termini di esatta corrispondenza, data la presenza di talune peculiarità, illustrate nei capitoli successivi, che, per impostazione dommatica e riconoscimento giurisprudenziale, identificano il concorso “esterno”, talché quest’ultimo non è idoneo a fungere da “contenitore onnivoro” di qualunque forma di collusione o “compiacenza” verso le organizzazioni criminali.

A tal proposito, va ricordato che originariamente l’analisi giuridica e lo stesso legislatore non avevano profuso molta attenzione nel qualificare sul piano giuridico-penale le attività di coloro che figuravano come fiancheggiatori “esterni” ai sodalizi criminali, preoccupati perlopiù ad orientare la copertura normativa verso le condotte di partecipazione, nonché a

disponibilità di un esercito clandestino e ben armato, il programma di espansione illimitata, tutte queste caratteristiche ne fanno un’organizzazione che si muove secondo logiche di potere e di convenienza, senza regole che non siano quelle della propria tutela e del proprio sviluppo. La strategia politica di Cosa Nostra non è mutuata da altri, ma imposta agli altri con la corruzione e la violenza». Camera dei Deputati - Senato della Repubblica, XI Legislatura, Doc. XXIII, n. 2, Commissione parlamentare d’inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali similari, *Relazione sui rapporti tra mafia e politica*, relatore L. Violante, Roma, 1993, p. 40.

⁵ Cfr. AA.VV., *Concorso esterno in associazione di tipo mafioso, Convegno in memoria di Gilda Loforti, Cefalù, 14-15 maggio 2010*, a cura di R. Cerami, Milano, 2011, *passim*.

INTRODUZIONE

quelle forme elementari e rudimentali di sostegno “esterno”, quali l’assistenza agli associati *ex artt.* 307 e 418 c.p., entrambe incentrate su logiche di carattere repressivo e di anticipazione della tutela penale, come si evince dal tenore letterale delle fattispecie associative e di quelle ora richiamate, tanto più dalla severità del trattamento sanzionatorio previsto. Già all’epoca delle compilazioni dei codici penali del 1889 e del 1930 era rinvenibile l’intenzione a non voler approfondire le relazioni che i sodalizi criminali potevano intrattenere nei settori economico-imprenditoriali, nonché politico-amministrativi, a causa di un diffuso pregiudizio culturale volto a circoscrivere l’universo fenomenico della criminalità associata agli stereotipi dell’epoca, quali il brigantaggio e le forme di “manutengolismo” di carattere familiare.⁶

Sennonché, come oggi sappiamo, i cartelli criminali intrattengono una fitta rete di relazioni nei diversi comparti del sistema sociale, politico ed economico, in cui, da questi, sono prelevati i contributi di soggetti qualificati: non, quindi, l’apporto di chiunque, ma di singoli selezionati per perizia, ricchezza e prestigio. Sono stati, pertanto, inizialmente gli avvenimenti storici e le corrispondenti vicende giudiziarie – esemplificativo, per la storia italiana, lo scandalo della Banca Romana, agli inizi del secolo scorso, che investì i più alti livelli della politica, della finanza e del clero in Italia, ma anche le operazioni di polizia condotte dal prefetto Cesare Mori in Sicilia sul finire degli anni Venti – ad aver esteso tra le ipotesi di “contiguità” anche quella proveniente dai ceti più abbienti della collettività, in questo modo introducendo nell’oggetto della ricerca criminologica e giuridica i *white collar crimes*⁷. Difatti, i crimini commessi dai “colletti bianchi” godono di talune intrinseche caratteristiche, utili anche per comprendere quanto empiricamente si registra intorno alle consorterie criminose: anzitutto, essi, verificandosi

⁶ C.VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, p. 1 ss.

⁷ E.SUTHERLAND, *White collar crime*, I ed., New Haven, 1949, *passim*.

all'interno dei settori di produzione e distribuzione di beni e servizi, hanno un costo sociale maggiore rispetto alla delinquenza comune; in secondo luogo, non assumono risalto i comuni criteri della devianza, ispirati ad anomalie individuali od a circostanze sociali di emarginazione, argomento, questo, su cui riposavano, in maggior misura, le ragioni che indussero nelle passate codificazioni a circoscrivere i casi di contiguità punibili a forme primitive ed elementari; si aggiunga il problema della “cifra oscura”⁸, in quanto trattasi di accadimenti caratterizzati da un elevato indice di occultamento; infine, gli autori di codesti fatti beneficiano di un notevole grado di impunità, dovuta, da un lato, alla posizione sociale ed economica di prestigio occupata, dall'altro, ad una scarsa reazione da parte della collettività.⁹

Ad ogni modo, pur apprezzando l'evidenza suggerita dalla ricerca criminologica, non possiamo nascondere che è stato proprio l'iniziale approccio casistico ed empirico ad aver condizionato profondamente il dibattito sul versante giuspenalistico,¹⁰ inoltre, la concentrazione dello studio sul solo disvalore sostanziale, – senza dubbio dalla non trascurabile rilevanza – sottostante alle vicende di contiguità ai sodalizi criminali, ha facilitato l'ingresso di elementi e deduzioni non soltanto di chiara matrice extradommatica, ma, finanche, di filoni interpretativi indefinitamente estensivi

⁸ E.SUTHERLAND, *White collar crime*, cit., p. 79: «I crimini dei colletti bianchi sono di difficile individuazione, in quanto molti sono “delitti senza vittime”. In caso di corruzione entrambe le parti possono considerarsi dalla parte del guadagno derivato dall'accordo, entrambi sono passibili di condanna e, perciò, è probabile che nessuno denunci il danno».

⁹ G.PONTI-I.MERZAGORA BETSOS, *Compendio di criminologia*, V ed., Milano, 2008, p. 100 ss.

¹⁰ A.CAVALIERS, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi dell'associazione per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003, p. 23 ss.

INTRODUZIONE

della responsabilità penale, e lontani dalle istanze di politica criminale cristallizzate in Costituzione.

Un diritto penale laico, incentrato sui principi di tipicità ed offensività, richiede che la rappresentazione delle fattispecie incriminatrici sia in felice adesione ai canoni di stretta legalità; pertanto, la norma penale, affinché possa soddisfare le funzioni connesse all'esercizio della pretesa punitiva – la quale, come sarà più in avanti approfondito, ricalca le funzioni della pena riconosciute legittime dall'impianto costituzionale¹¹ – dovrà presentarsi tassativa con riguardo al campo di applicazione, sufficientemente determinata rispetto ai fatti incriminati, e precisa in ordine all'intelligibilità semantica del precetto normativo. Inoltre, per pari dignità, la norma incriminatrice deve porsi a tutela di un bene giuridico meritevole di tutela penale, secondo una prospettiva costituzionalmente orientata, ed il fatto previsto come reato deve in particolare consistere in un accadimento dal quale sorga una lesione od uno stato di pericolo verificabile per l'oggetto giuridico della tutela penale, ad ogni modo, assicurando, in ordine ai criteri razionalità ed efficienza, che la pretesa punitiva sia asservita ai canoni di frammentarietà e sussidiarietà.

Questo è quello che emerge da un sistema penale costituzionalmente orientato; l'attuale stato di diritto è, però, ben diverso. Invero, le finalità che il presente lavoro si propone di raggiungere, per ciò che interessa la formale ammissibilità di un concorso eventuale nel reato associativo, e, quindi, l'astratta applicabilità delle norme generali regolatrici della compartecipazione criminosa alle fattispecie a concorso necessario, o necessariamente plurisoggettive, nonché le condizioni affinché questo istituto sia configurabile, richiedono come tappe obbligatorie la disamina del modello concorsuale previsto agli artt. 110 ss c.p. e delle fattispecie associative di parte speciale.

¹¹ S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, *passim*.

Tuttavia, sono esattamente le aporie dommatiche sottostanti alle norme appena richiamate ad aver reso così ardua la risoluzione delle problematiche relative al concorso “esterno”; siffatto stato di cose, *a fortiori*, dimostra, come avremo modo di approfondire, che la difficoltà di una corretta ricostruzione dommatica e politico-criminale del concorso eventuale non attiene soltanto ai risultati esegetici raggiunti, ma alle fonti normative da cui derivano. Le stesse critiche prospettate verso la tendenza ad una “tipicizzazione” per via giudiziale del concorso “esterno” – sul quale riposa la qualificazione, da parte di taluni Autori, di reato “a creazione giurisprudenziale” – inducono a ritenere che un qualunque approfondimento dell’istituto in esame, finanche in relazione alle prospettive *de jure condendo*, richiede una preventiva verifica di compatibilità delle norme penali coinvolte rispetto alle istanze di politica criminale ricavate dalle disposizioni costituzionali.

A questo punto, occorre precisare per quale motivo il presente lavoro assume come fattispecie associative di riferimento l’associazione per delinquere e di tipo mafioso. La scelta è dovuta a due ragioni di fondo: in primo luogo perché, seppure, come vedremo, l’indirizzo prevalente è orientato a ritenere applicabile la disciplina del concorso eventuale ad ogni fattispecie plurisoggettiva, il concorso eventuale nei delitti *ex artt. 416 e 416bis* c.p. occupa la stragrande maggioranza dei precedenti giudiziari pervenuti; in secondo luogo, ed è questa la ragione più importante, perché l’associazione per delinquere e di tipo mafioso sono due norme incriminatrici che ricalcano gli estremi rispettivamente delle fattispecie associative “pure” e “a struttura mista”¹², dommaticamente diverse in quanto è diversa per ciascuna di esse la soglia di punibilità. Quest’ultima ripartizione, che sarà oggetto di particolare approfondimento nei capitoli successivi, descrive due modelli legali

¹² G.SPAGNOLO, *Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1161 ss.

INTRODUZIONE

d'incriminazione: il primo è contraddistinto dalla massima anticipazione della tutela penale, tale per cui è sufficiente la costituzione del sodalizio, non altrimenti qualificato, anche mediante il mero informale accordo; il secondo, invece, innalza la tutela penale fino a pretendere un *quid pluris* rispetto alla semplice esistenza di una struttura associativa, poiché non si limita ad una specificazione delle finalità o dei metodi di cui gli associati si avvalgono, bensì pretende la messa in opera, almeno iniziale, del programma criminoso, attraverso la commissione di uno o più delitti strumentali alla realizzazione dei propositi criminosi stabiliti. Infatti, nell'intento di voler rappresentare e descrivere il concorso eventuale nel reato associativo, lo studio delle fattispecie associative si pone come punto di riferimento indispensabile, sia perché non risulta corretto parlare di un autonomo reato di concorso "esterno", dato che si concorre soltanto nel fatto descritto dalla fattispecie incriminatrice, sia perché l'ammissibilità del concorso eventuale, oltre che da elementi dommatici o strutturali, dipende in particolar modo da ragioni di carattere teleologico, intimamente connesse alla soglia di tutela penale su cui si collocano le fattispecie associative.¹³

Ad ogni modo, non saranno nel presente lavoro trascurate le peculiarità delle fattispecie associative prese in esame, specialmente dell'associazione di tipo mafioso – per ciò che concerne quest'ultima, sarà specifico oggetto di analisi il precetto contenuto al comma III dell'art. 416*bis* c.p., il cosiddetto modello mafioso, e, in particolare, le aporie di cui codesta disposizione si compone, con riferimento sia all'elaborazione dommatica dottrinale, sia all'applicazione giurisprudenziale –, seppure il centro della riflessione resta ben calibrato sulla descrizione delle condotte ivi incriminate. Precisamente, una delle difficoltà maggiori a cui l'interprete, e non sempre in modo condivisibile, ha dovuto far fronte è stata l'ardua tracciabilità di un confine tra la condotta

¹³ A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 34 ss.

partecipativa, le forme di “contiguità” tipizzate nel codice penale, ed il concorso eventuale.¹⁴ Sotto questo aspetto può già introdursi il *deficit* di tipicità caratterizzante le fattispecie incriminatrici appena richiamate, e, più di tutte, la disciplina codicistica della compartecipazione criminosa edificata sul controverso modello “unitario”, dal quale, a causa dell’esclusa differenziazione circa le modalità, le condizioni e i termini di concorso nel medesimo reato, non è possibile estrarre con certezza gli esatti confini del concorso eventuale; ecco, quindi, la ragione sulla quale riposa la controversa ammissibilità del concorso eventuale nelle fattispecie necessariamente plurisoggettive, ed ecco perché, a distanza di anni, «il concorso esterno nel reato associativo continua a presentare le sembianze di un istituto controverso, sfuggente, liquido»¹⁵, collocato in quella “zona grigia” compresa tra la vera e propria partecipazione e il favoreggiamento.¹⁶

Tuttavia, le perplessità già evidenziate si amplificano nel momento in cui l’approfondimento scientifico della “contiguità” punibile, soprattutto se mafiosa, risulta falsato dall’influenza mediatica esercitata sul fatto di volta in volta contestato. L’abituale appartenenza degli imputati per concorso “esterno” ai ceti più abbienti e pubblicamente più esposti della società ha

¹⁴ S.ALEO, *Intervento*, in *Concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, cit., p. 22, il quale afferma: «E, allora dobbiamo rappresentarci il problema per quello che è. La soglia non si può tipizzare perché non c’è, perché la partecipazione è contigua con il concorso esterno: dove finisce, in basso, la partecipazione comincia il concorso esterno e dove finisce, in alto, l’assistenza agli associati comincia il concorso esterno».

¹⁵ G.FIANDACA-C.VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto “polemogeno”*, in *Arch. Pen.*, 2012, p. 487.

¹⁶ A.MANNA, *Concorso esterno (e partecipazione) in associazione mafiosa: cronaca di una “nemesi” annunciata*, in *Arch. Pen.*, 2012, p. 470.

INTRODUZIONE

contribuito a rinforzare la speculazione mediatica;¹⁷ difatti, l'accensione dei riflettori mediatici sulle vicende giudiziarie che in passato, e tuttora, hanno investito i soggetti mediaticamente più in vista – principalmente politici, imprenditori, magistrati e terzi intermediari –, continua a determinare, assai spesso, uno spostamento della discussione dall'area tecnico-giuridica a quella politico-mediatica,¹⁸ influenzando la giurisprudenza e lo stesso legislatore. Nondimeno, alle persistenti contraddizioni della vita politica italiana, prima fra tutte la continua “guerra di religione” tra politica e giustizia,¹⁹ una delle cause che ha ulteriormente contribuito allo scadimento della tecnica legislativa è stata, ed è ancora, la scelta di orientare la produzione di norme, anzitutto penali, rispetto all'andamento dei riflettori mediatici: l'effetto è quello di una proliferazione ipertrofica di fattispecie incriminatrici – siffatta riflessione sarà

¹⁷ G.FIANDACA, *Il “concorso esterno” agli onori della cronaca*, in *Foro it.*, 1997, V, p. 1 ss.

¹⁸ Cfr. sul “processo penale polifunzionale”, G.FIANDACA, *La trattativa Stato-mafia tra processo politico e processo penale*, in *Criminalia*, 2012, p. 67 ss. «Non è certo un caso che l'interferenza tra paradigmi politici e paradigmi penalistici di giudizio si sia [...] storicamente riproposta in pressoché tutti i casi, in cui si sono celebrati importanti procedimenti giudiziari aventi ad oggetto reali o presunte violazioni del diritto commesse da esponenti politici o detentori di pubblici poteri nell'esercizio delle rispettive funzioni. Il rischio di una forte sovrapposizione tra prospettiva giudiziaria e prospettiva politica si aggrava viepiù allorché, come pure è accaduto e continua ad accadere, prendono piede tendenze dichiaratamente populistico-giustizialiste che teorizzano l'uso del potere punitivo come strumento di palingenesi politico-sociale o come leva per promuovere il ricambio delle classi dirigenti. [...] nella società della giustizia mediatizzata in cui viviamo, il diritto gestito in senso rigorosamente tecnico, oltre ad apparire una astruseria concettuale per iniziati, rischia di scadere a paradigma di giudizio secondario, se non proprio marginale».

¹⁹ «Quando la politica entra dalla porta del tempio, la giustizia fugge impaurita dalla finestra per tornarsene in cielo», F.CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale*, vol. VII, Firenze, 1898, p. 636.

oggetto di approfondimento con riguardo alla moltiplicazione delle fattispecie associative nell'ordinamento giuridico, nonché alle risposte ordinamentali di contrasto al fenomeno mafioso – incentivate dalla cosiddetta legislazione dell'espedito, senza, peraltro, ignorare gli infelici trascorsi di leggi penali meramente compromissorie, o, ancor peggio, simboliche, in ogni modo estensione di una prospettiva emergenziale sostituiva alle istanze di politica criminale presenti in Costituzione.²⁰

Dinnanzi a leggi vuote sotto il profilo della determinatezza, gli interventi di “ortopedia giuridica” da parte della giurisprudenza diventano tristemente necessari, rivelando un risultato già predetto più di duecentocinquanta anni fa, per cui «un disordine che nasce dalla rigorosa osservanza della lettera di una legge non è da mettersi in confronto coi disordini che nascono dalla interpretazione. Un tal momentaneo inconveniente spinge a fare la facile e necessaria correzione alle parole della legge, che sono la cagione dell'incertezza, ma impedisce la fatale licenza di ragionare, da cui nascono le arbitrarie e venali controversie»²¹. D'altronde, non è soltanto la supplenza giudiziaria ad aver reso il giudice, allo stato di fatto, “vettore della determinatezza” della norma penale, bensì un effettivo declino del principio di legalità, dovuto allo smarrimento del senso di una visione razionale – irripetibile strumento per sanare lo stato di caoticità della giustizia e di disordine giuridico –, ciò nonostante recuperabile, partendo anzitutto dai principi del diritto penale.

²⁰ S.MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, 1997, p. 29 ss.

²¹ C.BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, (1764) ed. 1766, a cura di F. Venturi, Milano, 1981, p. 16.

“È vero che talvolta occorre cambiare qualche legge. Ma il caso è raro; e quando avviene, bisogna ritoccarle con mano tremante: con tanta solennità e con tante precauzioni che il popolo debba concluderne che le leggi sono veramente sante; e soprattutto con tanta chiarezza che nessuno possa dire di non averle capite.”

MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Loix*, (1748), ed. 1894, trad. it. S. Cotta, Torino, 1973, p. 127.

CAPITOLO I

I PRINCIPI

Sezione I : Stato di diritto e diritto penale: La funzione della pena: 1. Il diritto penale e il ruolo della politica criminale. – 2. La funzione della pena nel pensiero penalistico moderno. – 2.1. La teoria retributiva. – 2.2. La teoria della prevenzione generale. – 2.3. La teoria della prevenzione speciale. – 2.4. La teoria dell'emenda. – 3. La funzione della pena nella Costituzione italiana: la pena come integrazione sociale. **Sezione II: Il principio di legalità nell'ordinamento giuridico italiano:** 4. La funzione di garanzia tra retaggio storico ed esperienze moderne. – 5. Riserva di legge penale. La natura della riserva. – 5.1. Il rapporto con le fonti subordinate. a) I regolamenti (e decreti) governativi e i provvedimenti della Pubblica Autorità. b) Le leggi regionali. c) La consuetudine. – 6. La tassatività e la determinatezza della norma penale. – 6.1. La “sufficiente” determinatezza della fattispecie: diritto e linguaggio, tra tecniche di redazione e giurisprudenza costituzionale. – 6.2. Il divieto d'interpretazione analogica. I casi di analogia *in bonam partem* e di analogia anticipata. – 7. L'efficacia della legge penale nel tempo. – 7.1. L'irretroattività della legge penale. – 7.2. *Abolitio e mutatio criminis*. Il problema delle modifiche “mediate”. – 7.3. Decreti-legge non convertiti e leggi incostituzionali. **Sezione III: Reato e bene giuridico nella Costituzione italiana:** 8. Il reato come offesa ad un bene giuridico. – 9. La Costituzione come direttrice nella selezione del bene giuridico. – 10. La funzione sistematico-classificatoria, politico-garantista ed interpretativa del bene giuridico: il principio di offensività. **Sezione IV: Il reato come illecito personale:** 11. L'art. 27, comma I, della Costituzione: la personalità della responsabilità penale. – 11.1. La responsabilità oggettiva. – 11.2. *Ignorantia legis non excusat*: “l'ignoranza inevitabile.

Sezione I Stato di diritto e diritto penale. La funzione della pena

1. Il diritto penale e il ruolo della politica criminale.

Ogni società, che la storia ricordi, ha mostrato la necessità di tutelare se stessa. Dalle più antiche fino alle più moderne civiltà, attraverso tutte le forme che queste hanno acquisito, il delitto e la pena sono una costante.

Secondo una risalente teoria, ogni società si fonda su un contratto sociale; esso vale come fondamento e legame tra le istituzioni, di cui anche la più elementare società è provvista, e gli individui. La forte influenza esercitata dall'assetto politico-economico-sociale spiega la relazione che esiste tra ideologia e diritto.¹ Se per ideologia intendiamo la generale programmazione dei rapporti interindividuali, ogni ordinamento giuridico si orienta ad una certa ideologia. La formalizzazione giuridica assicura all'ideologia una tendenziale stabilità e durata, inoltre, esercita sulla vita dei singoli consociati una straordinaria funzione di orientamento. Tuttavia, affinché questi obiettivi siano realizzabili, sarà innanzitutto necessario che l'ordinamento giuridico si presenti coerente, pertanto, sarà necessario eliminare quelle eventuali "aporie" venutasi a creare quando una direttiva politica sia stata tradotta in termini giuridici erroneamente; sarà altresì necessario che vi sia una coincidenza, od almeno una convergenza, tra i modelli sociali di condotta e le singole norme che di quei modelli sono espressione.² La relazione tra politica e diritto, presente in ogni ramo dell'ordinamento giuridico, è palese in settori come il diritto pubblico e costituzionale, ma non meno nel diritto penale; invero, la legge penale si mostra come uno strumento di controllo sociale, il cui impiego è giustificato dal bisogno di difendere i valori, le aspettative ed gli interessi di cui un'ideologia, autoritaria o democratica, è portatrice.

¹ S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 21 ss.

² S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 24-25.

La stretta interdipendenza tra il diritto penale e la politica criminale, sopra mostrata, non ha sempre avuto un pacifico riconoscimento nell'evoluzione del pensiero penalistico contemporaneo. Rimane celebre l'asserzione di Franz von Liszt secondo cui «il diritto penale è l'insormontabile limite della politica criminale»³, come pure quella contenuta nella prolusione sassarese di Arturo Rocco del 1910⁴: «Il metodo tecnico-giuridico vuol ricondurre alla loro purezza giuridica i concetti giuridico-penali, spogliandoli da tutto un ordine di rilievi, valutazioni, apprezzamenti sostanziali».⁵ Tuttavia, nonostante i numerosi e appassionati sostenitori, che queste opinioni hanno riportato, già dagli anni immediatamente successivi sono stati registrati gli avvisi di chi, invece, scorgeva tra sistema di diritto penale e opzioni fondamentali di politica criminale un'intima correlazione. Un'autorevole dottrina tedesca⁶, recuperando l'idea di “scopo del diritto”⁷ – già ripresa negli anni '30 dagli autori dell'antiformalismo neokantiano – evidenzia come sia possibile, e necessario, costruire un sistema di diritto penale che, da un lato,

³ F.von LISZT, *Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts* (1893), in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol II, Berlin, 1905, p. 80.

⁴ A.ROCCO, *Il problema del metodo nella scienza del diritto penale*, in *Opere giuridiche*, Roma, 1933, p. 263 ss.

⁵ Pienamente condivisibile la critica di F.BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss D. I.*, vol. XIX, Torino, 1974, p. 11, quando afferma: «Respingiamo, infatti, la falsa apparenza di neutralità di cui l'indirizzo tecnico-giuridico ha voluto circondare il proprio metodo. [...] tale atteggiamento, dettato dalla necessità, espressione di una mentalità ideologicamente autoritaria, di precludere all'interprete, così come al cittadino, ogni valutazione critica sulle scelte di politica legislativa».

⁶ C.ROXIN, *Politica criminale e sistema di diritto penale* (1970, II ed. 1973), trad. it. S. Moccia, Napoli, 1986.

⁷ R. von JHERING, *Der Zweck im Recht*, I, Leipzig, 1884.

conservi il suo indubbio contenuto dommatico, ma dall'altro tenga ben presente l'importanza imprescindibile della politica criminale.⁸

È importante precisare che le opzioni fondamentali di politica criminale devono derivare dai principi dell'ordinamento giuridico, risultanti dalle medesime Costituzioni. Segnando il passaggio dallo Stato liberale allo Stato democratico, e quindi l'avvento dello Stato sociale di diritto, le Costituzioni recenti sono la sintesi più o meno felice di interessi individuali ed aspettative solidaristiche; la Costituzione italiana, che di queste è un validissimo esempio, realizza la sua sintesi nell'assetto normativo dato dagli artt. 2 e 3, per ciò che concerne la tutela dei diritti inviolabili della persona e dell'eguaglianza formale e sostanziale, ed in quelle disposizioni rilevanti sotto il profilo penalistico, quali l'art. 13, circa la libertà personale, l'art. 25, comma II e III, per il principio di legalità in materia di reati e misure di sicurezza, l'art. 27, comma I e III, con riguardo alla responsabilità penale personale e la finalità rieducativa della pena, l'art. 111, circa il giusto processo.⁹

La determinazione del contenuto prettamente normativo, di cui devono riempirsi le scelte di politica criminale, non è, però sufficiente ad esaurire la riflessione, poiché resta da esporre quali opzioni di politica criminale siano destinate a prevalere, ed in che modo esse possano spiegare i propri effetti sul sistema di diritto penale.

⁸ C.ROXIN, *op.cit.*, p. 40.

⁹ Quest'ultima disposizione è stata recentemente oggetto di modifica con art. 1, l. cost. 23 novembre 1999, n. 2 (*Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione*), attuata con l. 1 marzo 2001, n. 63, al fine di armonizzare il testo della medesima agli artt. 13 e 24 Cost. ed all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata in Italia con l. 4 agosto 1955, n. 848.

Riprendendo un'opinione già presente nella letteratura giuridica,¹⁰ si è correttamente suggerito come risulti prevalente, su ogni altra opzione, la funzione della pena,¹¹ che nella Costituzione italiana, a differenza di altre Costituzioni europee, trova la sua consacrazione nell'art. 27, comma III, ove si specifica che «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato».

La stretta connessione tra sistema di diritto penale e politica criminale mostra tutta la sua dignità nella struttura del reato, e nelle tre categorie che lo compongono. La tipicità è la categoria al cui interno la verifica degli elementi soggettivi ed oggettivi del fatto incriminato dovrebbe avvenire nel più rigoroso rispetto del principio di legalità, *sub specie* tassatività e determinatezza, in funzione di garanzia della libertà personale, di cui gli artt. 13, 25, comma II e III, Cost., e sul piano della legislazione ordinaria gli artt. 1 e 199 c.p., 14 disp. prel. c.c. L'antigiuridicità, per la finalità di soluzione di conflitti sociali, è la categoria che meglio si presta a descrivere la sintesi tra interessi individuali ed aspettative solidaristiche presenti in Costituzione. Ultima, ma non meno importante, la colpevolezza – *rectius*, responsabilità – è la categoria ove si manifestano le funzioni della pena, *sub specie* prevenzione generale e speciale; di questa, però, sono ammessi solo quegli aspetti compatibili col dettato costituzionale risultante dagli artt. 2, 3, 13, 27, comma I e III, Cost. (*infra* 2.2, 2.3, 3). Nel modello roxiniano la colpevolezza, tradizionalmente legata alla teoria della retribuzione (*infra* 2.1.), viene conservata, seppur affrancata dagli originari condizionamenti etici o moraleggianti, affinché continui a svolgere la delicata finalità di attuazione del principio di proporzionalità tra gravità del fatto ed intensità e durata della sanzione. Tuttavia è proprio quest'ultima

¹⁰ È nota l'affermazione di G.RADBRUCH, *Zur Systematik der Verbrechenstheorie*, in *Festschrift für R. Frank*, Tübingen, 1930, p. 163, secondo il quale «gli elementi del reato sono propriamente derivati tutti dallo scopo della pena».

¹¹ S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 37.

conclusione ad avere indotto taluni sostenitori del modello roxiniano a propendere verso un definitivo superamento della categoria della colpevolezza, in favore di una nuova categoria, definita della «responsabilità». Quest'ultima sarebbe orientata alla funzione di “integrazione sociale” (*infra*, 3.) della pena ed assumerebbe ad elementi di valutazione il titolo della imputazione soggettiva ed il grado di offesa al bene giuridico, comprendendo sia il fatto dell'imputabile che del non imputabile.¹²

Lo stretto legame tra sistema di diritto penale e scelte di politica criminale, che investe, come riferito, l'intera struttura del reato, consente di giustificare – e non solo *de jure condendo* – il passaggio da una sistematica categoriale ad una sistematica teleologica del reato, la quale, prediligendo le ragioni di efficienza e razionalità, senza mai allontanarsi dalla copertura costituzionale, si pone come scopo preminente la realizzazione delle funzioni della pena.¹³

2. La funzione della pena nel pensiero penalistico moderno.

L'intenzione, senz'altro valida, di elevare la funzione (*recte*, le funzioni) della pena a criterio dominante di politica criminale, impone un'attenta disamina delle più note teorie riguardanti le funzioni della pena.

Il pensiero penalistico moderno ha presentato alla letteratura giuridica quattro teorie “pure” concernenti le finalità della pena; l'aggettivo “pure” è spiegato dalla caratteristica comune che, nonostante le forti differenze, queste teorie presentano: riconoscere alla pena una finalità ed una soltanto, seppur diversa per ciascuna di esse.¹⁴

¹² S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore, cit.*, p. 91 ss.

¹³ S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore, cit.*, p. 115 ss.

¹⁴ S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore, cit.*, p. 40.

2.1. La teoria retributiva.

Per quanto abbia ricevuto diverse declinazioni – alcune anche recenti se si pensa all’esperienza nord-americana o quella dei paesi scandinavi – essa resta ancora legata all’impostazione originaria di Immanuel Kant.¹⁵ Partendo da una concezione fortemente imperativistica, per cui il diritto penale si atteggia nell’esercizio della somma prerogativa del sovrano di punire chi si sia reso colpevole di un delitto, e ne abbia quindi deliberatamente violato i comandi, Kant finisce per non riconoscere alla pena alcun’altra funzione se non quella di essere inflitta, bandendo ogni altra diversa finalità. Invero, decretando come fondamento della responsabilità penale la volontà colpevole del reo, la pena altro non può porsi che come automatica conseguenza di un’azione frutto di una malignità interna del delinquente. Tuttavia, presupporre, a fondamento della responsabilità penale una libertà di volere colpevole – verso cui è mosso il rimprovero – produce, come irrazionale conseguenza, uno strano connubio tra pena criminale e male morale; deduzione, quest’ultima, che contraddice quanto lo stesso Autore aveva affermato circa la separazione tra diritto e morale, tra responsabilità penale per le azioni illecite commesse e l’intima moralità delle nostre azioni, per definizione inafferrabile nella realtà fenomenica, e comunque estranea al diritto.

Ad ogni modo ciò che spiega la fortuna di questa teoria è la congettura per cui la colpevolezza costituisce un valido mezzo di attuazione del principio di proporzionalità.

2.2. La teoria della prevenzione generale.

¹⁵ I.KANT, *La metafisica dei costumi*, trad. it. G. Vidari, Bari, 1970, *passim*.

Partendo dalla preliminare valutazione, secondo cui la speculazione kantiana resta un «insolubile enigma»¹⁶, e dalla fondamentale e presupposta necessità di distinguere tra diritto e morale, limitando la competenza del primo alle sole azioni esterne (*nullum crimen sine actione*), Feuerbach espone la funzione della pena come emanazione della funzione dello Stato. In uno scenario *ictu oculi* utilitaristico, l'Autore ritiene che la ragione per cui si è formato il contratto sociale possa essere rinvenuta nell'utilità che ogni individuo percepisce nello Stato: istituzione e strumento posto a difesa dei diritti dei consociati da ogni offesa ad essi diretta. La teoria della prevenzione generale fa riferimento, nella sua originaria formulazione, al solo lato “negativo”, dell'impiego della pena criminale come ostacolo di ordine psicologico, e con efficacia, quindi, intimidatoria indirizzata all'intera comunità; invero, assumendo che ogni azione delittuosa sia originata dalla volontà di realizzare un beneficio, Feuerbach ritiene che, nel momento in cui si forma il proposito criminoso, l'agente si rappresenti, accanto al piacere voluto, un dolore – la pena – come inderogabile conseguenza della condotta incriminata. Affinché l'effetto deterrente conservi integra la sua funzione, Feuerbach considera necessario che e la minaccia della pena e la sua inflizione – ove l'intimidazione sia risultata inefficace – operino nella più stretta legalità, dunque nessuna discrezionalità è riconosciuta al giudice nella determinazione e nell'esecuzione della pena. Può, pertanto, facilmente intuirsi come da questa deduzione l'illustre Autore abbia ricavato l'universale brocardo *nullum crimen sine lege*.

L'altro lato della prevenzione generale, quello “positivo” – da intendersi come la diffusa finalità di orientamento della norma penale – sarà una conquista che la letteratura penalistica conoscerà soltanto negli anni successivi (*infra*, 3.).

¹⁶ A.FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 2 vol. Erfurt-Chemnitz, 1799/1800, r.a. Aalen, 1973, p. 34.

2.3. La teoria della prevenzione speciale.

Così come Feuerbach, anche Grolman, il maggior esponente della teoria special-preventiva, ponendo come premesse la necessità di distinguere la sfera morale da quella giuridica e l'intima convinzione del rispetto della persona umana, sia nella fase precettiva che in quella giudiziale ed esecutiva, finisce per discostarsi espressamente dalle posizioni di Kant.¹⁷

Rispetto ad autori precedenti, il fondamento che Grolman pone alla base del suo sistema è di origine giusnaturalistica: il diritto di prevenzione (*recte*, diritto di sicurezza). A differenza delle diverse forme di tutela che un individuo può ritrovare nel patto sociale, e, quindi, nell'ordinamento giuridico, è, invece, "naturale" il diritto di prevenzione che esercita contro qualunque minaccia di un'offesa ingiusta ad egli diretta; se ogni minaccia di *iniuria* realizza il suo apice nel momento in cui essa si converte in danno, secondo l'Autore, è probabile che all'*actio sceleris* segua la minaccia di successivi delitti: per cui diviene lecito "influire" sul reo. Questa influenza consiste inizialmente nella intimidazione individuale – non più generale – di un male (*i.e.* la pena criminale) o – quando l'effetto deterrente sia mancato – nel porre il soggetto nella impossibilità fisica di delinquere (*i.e.* la neutralizzazione). Grolman si premura di precisare che, in ogni caso, non soltanto il fatto, ma anche la previsione della pena debba operare nel più rigoroso rispetto del principio di legalità (*nulla poena sine lege*), e – aggiunge – soltanto quando ogni altro provvedimento meno invasivo, rispetto alla libertà personale, sia risultato inefficace (principio di sussidiarietà).

Nonostante la modernità dell'impostazione, la visione di Grolman resta comunque limitata al solo lato "negativo" della prevenzione speciale; per la

¹⁷ K.GROLMAN, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, 1 ed. Giessen 1798, r.a. Glashütten im Taunus, 1970, 3 ed., Giessen 1818. Cfr. in proposito S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore, cit.*, p. 52 ss.

declinazione “positiva” – la rieducazione del condannato – bisognerà aspettare la dottrina penalistica del XX secolo.

2.4. La teoria dell'emenda.

Pur non essendo noto come altre teorie, il sistema di Karl Krause concepisce la pena criminale come strumento di «correzione»¹⁸ dei motivi interni del delinquere. Assegnando all'ordinamento giuridico una funzione squisitamente utilitaristica – il sistema legale concorre a garantire ai consociati la massima realizzazione delle aspettative individuali senza porsi, però, in contrasto con le esigenze della intera comunità – Krause ritiene che la volontà del singolo di commettere il delitto sia la manifestazione sintomatica di uno stato d'incapacità, dovuta ad una carenza di sensibilità, o ad un'errata formazione della coscienza individuale. Da qui, l'idea che la sanzione penale, concepita come una forma di emenda morale, debba – anche forzatamente – eliminare quanto di corrotto vi sia nella vita del reo. L'esecuzione della pena deve porsi il raggiungimento di quattro obiettivi: dapprima, bisogna, attraverso l'educazione e l'istruzione, eliminare ogni proposito criminoso del soggetto; in un secondo tempo, l'eliminazione di qualsiasi condizionamento esterno negativo, valendo, se necessario, anche l'isolamento dagli altri detenuti; il recupero morale è il massimo risultato a cui aspirare, ma, ove non fosse possibile, è sufficiente anche il solo ritorno alla legalità del reo; infine, è necessario indirizzare tutte le energie e le capacità del soggetto verso attività gratificanti e costruttive, al fine di favorirne il completo reinserimento sociale.

La *Besserungstheorie* di Krause costituisce un'anticipazione della funzione preventiva speciale “positiva” (*infra*, 3.); è ammirevole l'attenzione dell'Autore nel precisare l'importanza del rispetto della persona umana nell'esecuzione

¹⁸ K.KRAUSE, *Abriss des Systems der Philosophie des Rechts oder des Naturrechts*, Gottingen, 1828, p. 187. Cfr. in proposito S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 57 ss.

della pena o nel considerare la pena come *extrema ratio*, ma la sua visione è appesantita da un insormontabile limite: privilegiando il fine – il completo recupero morale del reo – trascura le più elementari garanzie a tutela della libertà personale; il programma di correzione, affinché sia concretamente fattibile, richiederebbe non soltanto pene indeterminate nel limite edittale minimo e massimo, ma un assorbente, ed inaccettabile, potere discrezionale del giudice sull'intera vicenda, dalla inflizione della pena sino all'esecuzione della stessa.

3. La funzione della pena nella Costituzione italiana: la pena come integrazione sociale.

L'intenzione di elevare la funzione (*recte*, le funzioni) della pena a criterio fondamentale di politica criminale richiede, però, di verificare quale di queste sia in realtà compatibile con il nostro ordinamento giuridico, ed in particolare con i principi presenti in Costituzione.

La teoria retributiva – anche considerando le più recenti declinazioni – non può essere accolta per la presenza di tre impedimenti insuperabili.¹⁹ Innanzitutto essa mostra un'irrazionalità ontologica di fondo, nel momento in cui predilige un utilizzo della pena come strumento per muovere un rimprovero verso una volontà colpevole espressa nei termini di male morale; pur volendo utilizzare la nozione di colpevolezza – ancora legata ad una impostazione fideistica – come strumento di attuazione del principio di proporzionalità, essa non rimuove l'assurdo connubio tra due grandezze diverse: la pena – come dato giuridico – e il male morale, sul quale il diritto, e *a fortiori* il diritto penale, non ha nessuna autorità. In secondo luogo, resta la sua inconciliabilità con i principi costituzionali: i pericolosi automatismi retributivi, che spiegano la pena sottoforma di *jus talionis*, sono contrastanti

¹⁹ S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 85 ss.

con il rispetto della dignità della persona umana, di cui gli artt. 2, 3, 13, 27 Cost. Infine – rilievo meno importante – disconoscendo alla pena ogni finalità diversa dalla mera inflizione, la teoria retributiva finisce per rendersi arida sotto il profilo politico-criminale.

Esclusa, quindi, la teoria retributiva, la funzione della pena può indirizzarsi solo in termini di prevenzione; tuttavia, resta da verificare quali aspetti della prevenzione generale e speciale siano compatibili con la Costituzione.

Entrambe contano un lato “positivo” ed uno “negativo”. La prevenzione generale positiva attribuisce alla pena la finalità di incriminare quelle condotte contraddistinte da una evidente disapprovazione sociale, affinché si crei, intorno all’ordinamento giuridico, il generale consenso dei consociati; il lato negativo, invece, assegna alla pena il solo effetto intimidatorio, ritenendo questo sufficiente a trattenere dal delitto l’intera comunità. La prevenzione speciale positiva consiste nell’affidare alla pena la delicata responsabilità di favorire la risocializzazione – o comunque la non desocializzazione – del condannato, attraverso un processo di emancipazione personale che non può essere estorta al reo, ma che può, invece, essere ottenuta ponendo a sua disposizione gli strumenti e i mezzi necessari per poterla volontariamente raggiungere; d’inverso, l’aspetto negativo riassume la funzione della pena nell’intimidazione individuale, con lo scopo di trattenere quest’ultimo dal delitto, o, fino al limite estremo, di porlo nell’impossibilità fisica di commettere il delitto stesso (*i.e.* neutralizzazione).

L’effetto intimidatorio è sicuramente incompatibile con il nostro ordinamento giuridico;²⁰ sia che lo si intenda su un piano generale sia individuale, la finalità repressivo-deterrente si pone in contrasto con i principi

²⁰ «Nell’ordinamento giuridico attuale, l’effetto di intimidazione non può, però, andare oltre quello che è naturalmente connesso alla posizione di una norma penale ed alla mera inflizione di una pena», S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore, cit.*, p. 98.

di proporzionalità, di ragionevolezza, del rispetto della dignità umana di cui gli artt. 2 e 3 Cost., del finalismo rieducativo e del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità *ex art. 27, comma III, Cost.*, e, infine, di sussidiarietà, il quale anche se non trova una tutela esplicita, può egualmente annoverarsi tra i principi fondamentali. Voler attribuire alla pena un effetto – anche solo in senso lato – intimidatorio significa non riconoscere quanto l'evidenza empirica quotidianamente suggerisce. La minaccia di una sanzione severa ed eccessiva a fronte di fatti illeciti più o meno gravi, oltre alla violazione di principi costituzionali, non potrà mai essere ritenuta giusta dall'individuo, anzi egli l'avvertirà come un abuso; inoltre, l'inflizione di pene draconiane allo scopo di trattenere dal delitto l'intera comunità, finirebbe col degradare il reo – attraverso la sua condanna – a mero strumento per l'altrui intimidazione. A questi, poi, dovranno sommarsi gli effetti di discriminazione, di “stereotipizzazione negativa”, e di emarginazione sociale – evidenziati in tutte le ricerche criminologiche – che confermano la non accettabilità di una pena in funzione intimidatoria.

L'irrinunciabilità delle garanzie costituzionali, nonché le ragioni di razionalità ed efficienza²¹ – a cui bisognerebbe ispirarsi – consentono di affermare l'ammissibilità dei soli aspetti positivi della prevenzione generale e speciale, le quali possono essere felicemente combinate in un'unica – seppur ontologicamente eclettica – impostazione: la pena come «integrazione sociale».²²

²¹ Sull'argomento sono determinanti le parole di C.BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 43-44: «Quanto la pena sarà pronta e più vicina al delitto commesso, ella sarà tanto più giusta e tanto più utile. Dico più giusta, perché risparmia al reo gli inutili e fieri tormenti dell'incertezza, [...] più utile, perché quanto minore è la distanza del tempo che passa tra la pena ed il misfatto, tanto è più forte e più durevole nell'animo umano l'associazione di queste due idee».

²² S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 61 ss, 98 ss.

Al fine di realizzare la finalità di orientamento è necessario che la norma penale risponda ad essenziali caratteristiche. Innanzitutto le fattispecie incriminatrici, da riassumersi in precetti chiari e precisi²³, potranno perseguire soltanto quelle condotte che esprimono un disvalore sociale attraverso un'offesa significativa ad un bene (od interesse) protetto dall'ordinamento giuridico (principio di offensività; sez. III: 8., 9., 10.); in base al principio di *extrema ratio*, il ricorso alla sanzione penale è giustificato solo quando altri strumenti di controllo sociale – giuridici o, ancor meglio, culturali – siano risultati inadeguati o inefficaci,²⁴ a condizione che siano egualmente fatti salvi, in omaggio al principio di proporzionalità, la ragionevolezza e l'equilibrio nella scelta della specie e dell'intensità della sanzione penale rispetto alla natura ed alla gravità del fatto.

Tuttavia, la finalità di aggregazione del consenso è stata in passato aspramente criticata, perché apparirebbe propria di ordinamenti giuridici autoritari; senonché, la critica potrebbe ritenersi fondata solo se la funzione di orientamento avvenisse attraverso una subdola manipolazione della libertà morale dell'individuo; viceversa, un ordinamento democratico, ispirato ai principi di uno Stato sociale di diritto, è attento al consenso e all'approvazione dei consociati²⁵ – ai quali la sovranità appartiene *ex art. 1 Cost.* – senza che l'autodeterminazione individuale risulti compromessa.²⁶

²³ Cfr. C.BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 10, secondo cui: «Dove le leggi siano chiare e precise l'ufficio del giudice non consiste altro che di accertare il fatto».

²⁴ «La giustizia penale è un male necessario, se essa supera i limiti della necessità resta soltanto il male», C.ROXIN, *Fragwürdige Tendenzen in der Strarechtsreform*, in *Radius*, 1966, p. 37.

²⁵ Suggestiva, seppur dal forte richiamo etico, è l'opinione di M.E.MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, 1903, p. 16, per cui: «Le norme giuridiche coincidono con le norme di civiltà, la cui obbligatorietà l'uomo conosce e riconosce».

²⁶ S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, loc. cit.

La pena come integrazione sociale consta, oltre che della finalità di orientamento, anche della funzione di rieducazione (*recte*, risocializzazione); quest'ultima, poi, a differenza della prima, ricavata in via implicita, trova espresso riconoscimento in Costituzione all'art. 27, comma III, per cui «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato».

Il tenore letterale, tuttavia, va ulteriormente precisato. La «rieducazione» del reo non deve sostanziarsi in un trattamento riabilitativo forzato od estorto, come, invece, suggeriva la *Besserungstheorie*. Anzi, la rieducazione va posta nella più contenuta e precisa funzione di risocializzazione del condannato. Sarà, perciò, aspirazione del reo, valutare la possibilità di orientare la sua condotta futura verso valori e virtù ispiratrici del contratto sociale, e ricavabili dalla Costituzione; ma, ove egli non volesse fruire di questa opportunità – ecco perché «tendere alla rieducazione del condannato» – alla pena va attribuito l'altrettanto delicato compito di assicurare la non-desocializzazione del reo, poiché a richiederlo sono le più elevate ragioni di solidarietà sociale – di cui all'art. 2 Cost. – e la matura convinzione che il fatto incriminato non è solo il triste frutto della volontà umana, ma anche del concorso di fattori sociali di emarginazione.²⁷

Ancor più problematica – da un punto di vista interpretativo e sistematico – è stata la vicenda della parola «tendere», presente nella disposizione costituzionale, oggetto di numerosi fraintendimenti, e di cui sono esperienza le non poche pronunce della Corte Costituzionale. Nelle prime decisioni – sull'argomento – la Consulta riteneva che il principio rieducativo «dovendo agire in concorso delle altre funzioni della pena non può essere inteso in senso esclusivo ed assoluto»²⁸; oppure «non vi è dubbio che

²⁷ S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 105-106.

²⁸ Corte cost., sent. 4 febbraio 1966, n. 12. Tutte le sentenze e le ordinanze della Corte cost. citate sono reperibili sul sito web www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.

dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano non meno della sperata emenda, alla radice della pena»²⁹; ed ancora «non è dato delineare una statica assoluta gerarchia alle predette finalità, [...] è certo necessario, indispensabile, di volta in volta, per le varie fasi [del trattamento] individuare a quale delle finalità della pena, ed in che limiti, debba essere data la prevalenza, ma non è consentito stabilire a priori, una volta per tutte, la precitata gerarchia»³⁰. Da quanto emerge dalle stesse decisioni evidenziate, era chiara la posizione della Corte: al finalismo rieducativo era riconosciuta rilevanza soltanto eventuale, e comunque limitata unicamente al trattamento penitenziario. Solo in un secondo momento, la Corte, prendendo atto del dibattito dottrinale sviluppatosi in materia, abbandonò il vecchio e consolidato indirizzo, per procedere verso una più coerente rivalutazione dell'art. 27 Cost.; essa arriva ad affermare che «la necessità costituzionale che la pena debba tendere a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue. Ciò che il verbo “tendere” vuole significare è soltanto la presa d'atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quelle finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione»³¹.

In conclusione, convalidate le basi, per le quali la pena deve esprimersi nei termini di “integrazione sociale”, risulta ancor più agevole affermare la necessità, presente e futura, di edificare un sistema di diritto penale che, avendo a cuore l'imprescindibilità dalla politica criminale, – ed investendo

²⁹ Corte cost., sent. 7 novembre 1974, n. 264.

³⁰ Corte cost., sent. 17-25 maggio 1989, n. 282.

³¹ Corte cost., sent. 26 giugno-2 luglio 1990, n. 313.

l'intera struttura del reato – sia teleologicamente orientato alla realizzazione delle funzioni della pena.³²

³² Apprezzabile è l'opinione di F.BRICOLA, *op. cit.* p. 82 quando afferma: «Non v'è dubbio che la Costituzione, sottolineando all'art. 27, comma III la funzione della pena, abbia voluto accogliere una concezione teleologica del reato, e che, pertanto, la funzione della pena debba reagire non solo sul piano dell'applicazione e dell'esecuzione di essa ma anche sul piano della struttura del reato». Ciò nonostante, pur condividendo le premesse, per le ragioni esposte nelle pagine precedenti, devono essere respinte le conclusioni, dato che l'illustre Autore attribuisce alla pena la finalità, oltre che rieducativa, anche retributiva (seppur in senso non etico); questo lo si evince quando più avanti afferma: «Prendendo le mosse dalla duplice funzione della pena attribuita dall'art. 27, comma III, [...] per evitare che la pena assuma una funzione di mera retribuzione (con repressione della pura disobbedienza) o di mera rieducazione (con repressioni di semplici stati soggettivi e atteggiamenti personali sintomatici di pericolosità), [...] l'attribuzione di una funzione rieducativa frena indubbiamente quelle tendenze alla repressione della volontà o dell'atteggiamento interiore che sono connesse alla retribuzione; per contro il mantenimento della funzione retributiva, depurata, tramite l'accostamento al fine di prevenzione speciale, da queste perversioni eticizzanti, garantisce che il fine della rieducazione non disancori il reato dal suo necessario contenuto lesivo». F. BRICOLA, *loc. cit.* Diverse sono le argomentazioni sistematiche che l'Autore porta a suo sostegno: a) la locuzione «fatto» di cui all'art. 25, comma II Cost., rispetto alla locuzione «casi» prevista all'art. 25, comma III, importa l'irrilevanza di meri atteggiamenti interiori o stati soggettivi; b) la non incriminabilità degli atteggiamenti interiori è, altresì, confermato, oltre che dal principio di necessaria lesività, anche dalla tutela, implicita in Costituzione, della libertà morale (*cogitationis poenam nemo patitur*); c) la discontinuità, rispetto ai regimi autoritari, della Costituzione nel rigettare l'assunto della responsabilità penale come atto di disobbedienza o d'infedeltà; d) il principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, comma I, e, quindi, il divieto di strumentalizzazione della vita umana per fini di politica criminale, rafforza la rilevanza sistematica del principio di necessaria lesività; e) i principi costituzionali di tolleranza ideologica, di tutela delle minoranze e di protezione della persona comportano l'espulsione dall'ordinamento giuridico dei reati d'espressione o a sfondo ideologico in quanto privi di una effettiva lesione rispetto all'interesse tutelato. F.BRICOLA, *op. cit.*, p. 83.

Sezione II Il principio di legalità nell'ordinamento giuridico italiano

4. La funzione di garanzia tra retaggio storico ed esperienze moderne.

Il ruolo del principio di legalità negli attuali sistemi giuridici è indubbiamente fondamentale, in ragione della complessità e dell'estensione che da sempre lo contrassegnano. Esso attraversa l'intero ordinamento giuridico, dalle fondamenta, risalenti allo stesso contratto sociale, fino alla superficie, e, quindi, a quell'insieme di norme che nel principio di legalità trovano la loro validità e legittimazione.

L'ampiezza dei suoi contenuti deve essere più correttamente definita, poiché il significato che il principio di legalità assume nell'ordinamento giuridico varia in ragione dell'ambito di applicazione. Nel diritto pubblico – comprendendo sia il diritto costituzionale che quello amministrativo – il principio di legalità incarna i *bona*, di derivazione illuministica, della divisione dei poteri, del primato della legge in quanto fonte del diritto e della soggezione di ogni istituzione statale e del cittadino alle pretese normative (*nemo legibus solutus*); in ambito penalistico, il principio di legalità, sempre di provenienza illuministica, assume le vesti della esclusiva potestà della legge di fissare l'oggetto e i limiti della responsabilità penale.

La storia moderna ha conosciuto sistemi di legalità “formale” e “sostanziale”.³³ La distinzione riflette il rapporto di tensione compreso tra due aspirazioni: le esigenze di garanzia della libertà personale e di certezza, da un lato, e i bisogni di giustizia e difesa sociale, dall'altro. Il principio di legalità formale, felicemente sintetizzato nel brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, esprime il necessario e inderogabile fondamento legale della responsabilità penale, da cui deriva il divieto di estendere la pretesa punitiva al di fuori della previsione legislativa. Invece, nei sistemi che adottano il principio di legalità

³³ F.MANTOVANI, *Diritto Penale, parte generale*, VII ed., Padova, 2011, p. 3 ss.

sostanziale, l'esercizio della pretesa punitiva riposa sulla concreta antigiuridicità della condotta, per cui l'imputazione della responsabilità penale risulta, non in base alla stretta previsione legislativa, ma in virtù della dannosità sociale del fatto medesimo, *nullum crimen, nulla poena sine jure (et iniuria)*. Il raffronto tra *favor libertatis* e *favor societatis*, a cui rispettivamente si ispirano i sistemi di legalità formale e sostanziale, ha visto il primo prevalere rispetto al secondo. Il regime di legalità sostanziale, anche se assicura un'osmosi permanente tra norma penale ed evoluzione sociale, è, ciò nondimeno, fortemente indebolito dall'arbitrio del giudice nell'accertamento del fatto, in spregio alla inviolabilità della libertà personale ed alla parità di trattamento. Proprio per arginare queste criticità, nei Paesi occidentali ha trovato solida radice il regime di legalità formale, senza, però, nascondere che anche quest'ultimo presenta dei limiti evidenti; il fondamento legalitario della responsabilità penale, se da un lato si mostra rispettoso della libertà personale, dall'altro, non elimina né la discrezionalità del legislatore, né lo scarto tra «criminalità legale» e «criminalità reale»³⁴, o meglio, tra quei fatti dannosi incriminati³⁵ e quell'insieme di fatti, egualmente dannosi, ma estranei alla

³⁴ F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 9 ss.

³⁵ «[Il legislatore] tra le onde della vita quotidiana lascia giocare davanti ai suoi piedi le azioni, che dopo raccoglie con mano pigra, per elevarle a fattispecie delittuose a causa della loro intollerabilità. In principio egli ne percepisce soltanto le forme più grossolane. Ciò che è più sofisticato e raro, pur quando esiste, egli non lo percepisce o non lo sa cogliere. Questo spesso ha un contenuto illecito più grave di quanto è già stato sanzionato», K.BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, B.T., Bd. 1, II ed., Leipzig, 1902, p. 10. Comunemente considerata corollario del principio di *extrema ratio*, ma con indubbe connessioni anche con il principio di offensività (vedi sez. III), la frammentarietà è una evidente caratteristica della norma penale; le fattispecie incriminatrici non tutelano il bene giuridico contro ogni forma di aggressione, ma soltanto contro determinate e specifiche forme di offesa, con la conseguenza che l'area del penalmente rilevante è molto più circoscritta rispetto alla più ampia e generale antigiuridicità del fatto.

previsione legale, pertanto, non punibili. Concludendo, la scelta tra legalità formale e legalità sostanziale vide preferita la prima rispetto alla seconda, perché, tra le due, la prima era senza dubbio il male minore.

Nonostante l'esperienza fascista, ed il carico repressivo ed autoritario che la caratterizzava, il principio di legalità formale, retaggio del pensiero liberale, ha avuto una solida fortuna nell'ordinamento giuridico italiano, finanche nella Costituzione del 1948. Durante la prima metà del XX secolo il principio *nullum crimen sine lege* è stato per più tratti svuotato della sua essenza – sarà sufficiente ricordare la nozione di “sano sentimento del popolo”, inserita al par. 2 del codice penale tedesco dal legislatore nazista, segnando il passaggio da una legalità formale ad una legalità sostanziale di chiara matrice autoritaria – ma nell'ordinamento giuridico italiano esso è riuscito a conservare una certa stabilità, sebbene questo non consenta di tracciare una “continuità legalitaria” tra il codice Rocco e la Costituzione repubblicana.³⁶ Ancorché il legislatore del 1930 avesse mostrato l'intenzione di volersi porre in continuità al codice penale Zanardelli³⁷, è riscontrabile nelle aspirazioni legalitarie del codice Rocco il riferimento, non casuale, al principio di autorità, e la volontà, quindi, di affermare la preminenza non della legge, ma dello Stato, sommo ed irrinunciabile valore, rispetto alla libertà personale, degradata ad un rango soltanto secondario. Da diverse ragioni era (ed è), invece, mossa l'aspirazione legalitaria del Costituente, poiché nella Carta fondamentale il principio di legalità riassume valori e premesse autenticamente democratiche, di felice

³⁶ F.PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte generale*, III ed., Torino, 2008, p. 108.

³⁷ «La prima parte del corrispondente art. 1 del codice penale in vigore doveva essere mantenuta e fu riprodotta: essa continuerà a costituire il presidio massimo per la libertà dei cittadini, la quale non può essere penalmente limitata, se non in seguito ad un espresso divieto del legislatore, né con sanzioni, che non siano state da questo stabilite». *Relazione del Guardasigilli*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, parte I, 1929, p. 19.

aderenza al principio di sovranità popolare, e nell'elevazione della libertà personale a diritto fondamentale per l'ordinamento giuridico.

La dimensione costituzionale del principio di legalità formale consente di poter affiancare, oltre alla primaria funzione di garanzia della libertà personale, anche ulteriori finalità; è pacifica la deduzione secondo la quale il principio *nullum crimen sine lege* assicura anche "l'accessibilità delle norme penali"³⁸ – quest'ultima, poi, indispensabile per la finalità di orientamento (vedi sez. I, 3.), nonché presupposto minimo per la conoscibilità della norma penale (vedi sez. IV, 11.2.) – da parte dei consociati; eppure, non sono mancate, in dottrina, talune opinioni (minoritarie) secondo cui, al fine di evitare i raggiri del legislatore e dell'interprete, dovrebbe con pari dignità riconoscersi, oltre la funzione di *favor libertatis*, anche la finalità di certezza del diritto.³⁹

Le diverse combinazioni di funzioni che si riconoscono al principio di legalità hanno effetti soprattutto sulla struttura, oltre che sui reciproci rapporti,

³⁸ F.PALAZZO, *op. cit.*, p. 98. Nello stesso senso, C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, III ed., Napoli, 2008, p.55 ss; G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., Milano, 2001, p. 24 ss.

³⁹ T.PADOVANI, *Diritto penale*, X ed., Milano, 2012, p. 18. Riguardo alle funzioni del principio di legalità in ambito penalistico, l'opinione prevalente è di considerare la finalità di certezza del diritto sì rilevante, ma secondaria rispetto alle prevalenti funzioni di legittimazione democratica e di garanzia della libertà personale. Per codesti motivi, la norma penale, vincolata alla riserva di legge – prima articolazione del principio di legalità (*infra*, 5) – è soggetta ad un triplice controllo: in primo luogo, il vaglio dell'opinione pubblica, assicurato, oltre che dai tradizionali sistemi di pubblicità legale, anche da strumenti di controllo informali previsti in attuazione dei principi di trasparenza e di prossimità nei rapporti tra istituzioni e cittadino; in secondo luogo, il controllo-concorso del Parlamento, il quale assicura a tutte le forze politiche rappresentate, in particolare le minoranze, gli strumenti procedurali di discussione e di verifica nella formazione dell'atto normativo; infine, ma non meno importante, il sindacato della Corte costituzionale, deputata ad assicurare la conformità del prodotto legislativo alla lettera ed allo spirito della Carta fondamentale.

dei singoli principi (o canoni) ricavabili dal più generale principio di legalità. Invero, quest'ultimo, in relazione all'ambito di applicazione, assume le vesti ora del principio di riserva di legge, per ciò che concerne le fonti del diritto penale, ora dei principi di tassatività e di (sufficiente) determinatezza, con riferimento alla formulazione ed all'applicazione delle singole fattispecie incriminatrici – seppur i due principi presentano in dottrina diverse declinazioni – e, infine, del principio di irretroattività, con riguardo all'efficacia nel tempo della legge penale. Per quanto i principi sopracitati trovino diversa, e non sempre omogenea, collocazione normativa, è registrabile tra loro una sostanziale interdipendenza ed indivisibilità, dato che l'assenza dell'uno finisce inesorabilmente per compromettere l'efficacia dell'altro; pertanto, anche se trattati e distinti in ragione delle loro caratteristiche e funzionalità, è necessario considerare il valore di ognuno di essi sempre in un'ottica unitaria: *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, stricta, certa et praevia*.⁴⁰

5. Riserva di legge penale. La natura della riserva.

Il primo corollario del principio di legalità, a cui storicamente e politicamente si è sempre guardato, è la riserva di legge penale, intesa come esclusivo dominio della legge nella definizione di presupposti, oggetto e limiti della responsabilità penale.

Il principio di legalità, tramite la riserva di legge, ha avuto modo di affermarsi, sin dall'illuminismo giuridico, come fondamento minimo di garanzia alla libertà personale; al riguardo, sono immortali le parole del Beccaria quando afferma che «[...] le sole leggi possono decretar le pene su delitti, e quest'autorità non può risiedere che presso il legislatore che

⁴⁰ T.PADOVANI, *op. cit.*, p. 20; G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *op. cit.*, p. 6.

rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale»⁴¹. Lo spirito della riserva, che ha trovato stabile dimora finanche nelle Costituzioni moderne, riflette i principi di sovranità popolare e di tutela della libertà personale, pienamente espliciti nel monopolio legale della produzione di fattispecie incriminatrici; se per un verso costituisce soltanto il male minore, per l'altro, la competenza in materia penale del Parlamento esaurisce l'ambizione di una legittimazione democratica come fondamento dello *jus puniendi*⁴² (*infra*, 4.).

Nell'ordinamento giuridico italiano la riserva di legge penale, riferita ai reati, alle pene⁴³ ed alle misure di sicurezza, trova un'omogenea collocazione normativa sia in Costituzione – art. 13, comma II, Cost. «Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dall'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge»; art. 25, comma II, Cost. «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che

⁴¹ C.BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 14. Nello stesso senso anche la Corte costituzionale (sent. 30 ottobre 1989, n. 487.), quando, utilizzando le parole di Beccaria, afferma che «il monopolio della competenza penale [spetta al] soggetto-Parlamento, l'organo produttore della legge, [che] vede riunito, attraverso i suoi rappresentanti, tutto il popolo sovrano; [...] il monopolio penale del legislatore statale è fondato sul suo essere rappresentativo della società tutta, “unita per contratto sociale”».

⁴² Cfr. G.DELITALE, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 968, «la sola ragione che giustifica la scelta del potere legislativo come unico detentore del potere normativo in materia penale, risiede nella rappresentatività di quel potere, nel suo essere espressione non di una stretta oligarchia, ma dell'intero popolo, che attraverso il suoi rappresentanti, si attende che l'esercizio avvenga non già arbitrariamente, ma per il suo bene e nel suo interesse».

⁴³ Corte cost. sent. 12 marzo 1962, 15, secondo cui «dai lavori preparatori alla Costituzione si desume che dalla soppressione della frase “e con pene da essa [legge] stabilite” dall'art. 25, comma II, Cost. non può farsi scaturire [l'esclusione della fissazione della pena] dal principio di legalità».

sia entrata in vigore prima del fatto commesso»; art. 25, comma III, Cost. «Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge» – sia nel codice penale – art. 1 c.p. «Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene con siano da esse stabilite»; art. 199 c.p. «Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti» – tuttavia, resta la necessità per l'interprete di accertare la natura della riserva, la quale, ove non sia ulteriormente specificata, si presta ad essere molto ampia.

Limitando la disamina alla sola vicenda costitutiva⁴⁴ della responsabilità penale, la riserva di legge, seguendo le partizioni della dottrina giuspubblicistica, si presta ad essere intesa secondo due declinazioni: in senso assoluto, per cui è autorizzata a produrre diritto la sola legge formale, *ex* artt. 70 ss Cost., escludendo, quindi, gli atti normativi del Governo e le altre fonti subordinate; in senso relativo, in cui sono ammessi a godere della legittimazione normativa non solo il Parlamento, ma anche il Governo e i soggetti istituzionali minori (Regioni, Pubblica Amministrazione). Nonostante la Costituzione italiana presenti diversi casi di riserva di legge relativa – noti sono i casi previsti agli artt. 23 e 97, comma I, Cost., rispettivamente in materia di prestazioni personali e patrimoniali, ed organizzazione dei pubblici uffici – è ormai acquisizione consolidata che la riserva *ex* art. 25, comma II, Cost. non sia affatto relativa, poiché verrebbe altrimenti compromesso il fondamento storico e giuridico del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, per il quale le scelte di politica criminale sono di competenza dell'unico organo munito di legittimazione democratica, qualità riservata, nel nostro ordinamento giuridico,

⁴⁴ Una parte della dottrina ritiene che la riserva di legge penale non riguarderebbe le vicende modificative ed estintive della responsabilità penale, in quanto norme non incriminatrici, alla cui produzione sarebbero ammesse anche altre fonti del diritto, con il solo limite imposto dalla gerarchia delle fonti. In questo senso, F.PALAZZO, *op. cit.*, p. 118 ss; G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *op. cit.*, p. 28.

al Parlamento.⁴⁵ Tuttavia, l'evidenza empirica, mostrata dalla prassi parlamentare e dall'avallo della Corte costituzionale, non consentendo di ritenere pienamente assoluta la riserva *ex art. 25, comma II, Cost.*, ha indotto la dottrina prevalente ad interrogarsi sui limiti di una riserva che, allo stato di fatto, è solo "tendenzialmente" assoluta.⁴⁶

Codesto assetto, come anzidetto, fattuale più che normativo, ha consentito l'ammissibilità tra le fonti del diritto penale, accanto alla legge formale, anche degli atti aventi forza di legge, quali il decreto-legge ed il decreto legislativo, rispettivamente *ex artt. 77, comma I e II* – «Il governo non può, senza autorizzazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria. Quando, in casi straordinari di necessità e d'urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere (*omissis*)» – e *76 Cost.* : «L'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti».⁴⁷

⁴⁵ Pur considerando l'irrinunciabilità della garanzia offerta dalla riserva di legge penale, è evidente nel quadro istituzionale italiano una crisi di rappresentatività e di funzionalità del Parlamento. La prima dovuta all'evoluzione in senso maggioritario del sistema elettorale, con il conseguente ridimensionamento della rappresentatività delle minoranze politiche; la seconda determinata dal ruolo crescente del Governo nella produzione di norme, anche penali.

⁴⁶ *Contra*, G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *op. cit.*, p. 37 ss, F.BRICOLA, *op. cit.* p. 41 ss, i quali sostengono la tesi (minoritaria) del carattere pienamente assoluto della riserva *ex art. 25, comma II, Cost.* In senso soltanto dubitativo con riferimento al decreto-legge, G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, IV ed., Bologna, 2009, p. 54-55.

⁴⁷ Compatibile con la riserva di legge penale assoluta, in quanto giustificata dall'eccezionalità delle circostanze, ma con gli stessi limiti costituzionali del decreto legislativo, è la potestà normativa esercitata dal Governo *ex art. 78 Cost.*, secondo cui «Le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari».

Tuttavia, sono fondati i dubbi circa la legittimità del ricorso agli atti aventi forza di legge, non soltanto per il trasferimento di competenza nell'elaborazione delle scelte di politica criminale, ma per la facile caduta nell'abuso che può derivare dall'utilizzo frequente di questi. Tristemente nota, almeno in passato, era la prassi della reiterazione dei decreti-legge al decorrere del termine di decadenza, la quale, determinando una frustrazione della natura provvisoria della decretazione d'urgenza, costituiva una frode inammissibile alla temporaneità della vigenza. Ad ogni buon conto, l'interruzione di questa perversa prassi, dovuta all'intervento della Corte costituzionale⁴⁸, non consente di superare ogni imbarazzo nell'uso del decreto-legge per introduzione di norme penali: in primo luogo, la necessità e l'urgenza appaiono non sempre conciliabili con una matura e ponderata valutazione delle scelte di politica criminale; in secondo luogo, i presupposti fattuali alla decretazione sono frutto di un accertamento perlopiù rimesso ad esigenze di opportunità politica, le quali, al di fuori dei casi di manifesta irragionevolezza, sfuggono ad una sindacato di legittimità, anche della Corte costituzionale; infine, pur considerando l'ipotesi che la conversione del decreto-legge pone quest'ultimo al riparo da ogni dubbio circa la compatibilità con la riserva di legge, ciò non compensa la moltitudine di problemi, applicativi e interpretativi, derivati dall'eventuale mancata conversione, oltre che gli effetti irreversibili non sanati dalla perdita di efficacia *ex tunc* in caso di decadenza⁴⁹ (*infra*, 7.3.).

Di analogia natura sono le perplessità intorno al ricorso al decreto legislativo. Considerando che si verifica egualmente un trasferimento di competenze nella formazione di scelte di politica criminale, la dottrina dominante ritiene che, attraverso un'analitica e precisa «determinazione dei

⁴⁸ La Corte costituzionale con sent. 24 ottobre 1996, n. 360 ha limitato l'ammissibilità della reiterazione del medesimo decreto-legge non convertito alla sola presenza di «nuovi e sopravvenuti presupposti di necessità e di urgenza».

⁴⁹ G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *op. cit.*, p. 41 ss.

criteri e principi direttivi [mediante] oggetti definiti», il Parlamento sia in grado di esercitare un penetrante controllo sull'operato del Governo, rimanendo, in ogni modo, ferma la copertura offerta dal sindacato di legittimità della Corte costituzionale. Tuttavia, il rigore e la chiarezza della delega parlamentare – ricordando che la prassi istituzionale conosce, con elevata frequenza, deleghe indeterminate – non elimina ogni discrezionalità da parte del Governo «[nel] valutare le specifiche e complesse situazioni da disciplinare»⁵⁰; invero, in dottrina, prendendo atto che il rapporto presente tra legge-delega e decreto legislativo è lo stesso che corre tra legge formale (quadro) e i decreti o regolamenti governativi (attuativi), si è proposto – ma si tratta di una posizione minoritaria⁵¹ – di ammettere il decreto legislativo ad esercitare soltanto la residua funzione di integrazione tecnica di norme penali, previste con legge dello Stato, al pari delle altre fonti subordinate (*infra*, 5.1).

Connessa alla natura ed ai limiti della riserva di legge penale, oltre che al tema dell'efficacia delle leggi penali nel tempo (*infra*, 7.3.), la questione delle pronunce d'incostituzionalità *in malam* ed *in bonam partem* presenta notevoli difficoltà da un punto di vista interpretativo ed applicativo.

Mentre non pongono alcun problema, sotto i profili sia della riserva di legge penale sia del principio di irretroattività, le pronunce aventi per oggetto una norma incriminatrice, con effetto di escludere o ridurre l'applicazione, od una norma penale di favore, ove l'effetto torni a vantaggio dell'agente, sono, invece, critiche le ipotesi in cui alla declaratoria d'incostituzionalità segua o un'espansione della norma incriminatrice, oppure un aggravamento della responsabilità penale, quando ad essere colpita dalla pronuncia sia una norma penale di favore.⁵²

⁵⁰ Corte cost., sent. 22 marzo 1971, n. 56.

⁵¹ G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *op. cit.*, p. 50; F.BRICOLA, *op. cit.* p. 40.

⁵² G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *op. cit.*, p. 83 ss; F.PALAZZO, *op. cit.*, p. 120 .

Riguardo a quest'ultima categoria d'ipotesi, l'opinione della Corte costituzionale, inizialmente orientata a denunciare l'inammissibilità delle questioni per difetto di rilevanza rispetto al giudizio *a quo*⁵³, è attualmente rivolta a riconoscerne l'ammissibilità, anche se aventi per oggetto norme penali di favore, al fine di « [non] istituire zone franche del tutto imprevedute dalla Costituzione, all'interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile»⁵⁴.

Recentemente la Corte è arrivata a pronunciarsi anche per ciò che concerne la tanto discussa categoria di decisioni (manipolative) volte ad ampliare il campo di applicazione delle norme incriminatrici, distinguendo due categorie di casi: da un lato, le decisioni che, incidendo su scelte di politica criminale, finirebbero per sostituirsi alla volontà del legislatore, in particolare, quando risulta una *voluntas legis* esplicita di non punire un dato fatto; dall'altro, le decisioni che, nel ricondurre un dato accadimento da una norma penale di favore, speciale rispetto ad una norma incriminatrice generale, non incidono sulla scelta legislativa, che risulterebbe confermata dalla decisione. Seguendo l'impostazione della Corte, mentre sono inammissibili le decisioni riconducibili alla prima categoria, poiché verrebbe tradito il principio di legalità, *sub specie* divisione dei poteri dello Stato e riserva di legge penale, la seconda categoria di decisioni, invece, risulta pienamente ammissibile poiché

⁵³ La motivazione dell'inammissibilità per difetto di rilevanza riposava sull'*argumentum* che l'aggravamento della responsabilità penale non sarebbe stato comunque applicabile al giudizio *a quo* in virtù del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole. In questo senso: Corte cost., sentt. 3 aprile 1969, n. 62, 6 febbraio 1975, n. 26, 6 aprile 1976, n. 85.

⁵⁴ Corte cost., sent. 3 luglio 1983, n. 148; la questione di legittimità costituzionale, sollevata dal Tribunale di Roma, riguardava una presunta violazione degli artt. 3, 28, 112 Cost. da parte dell'art. 5, l. 3 gennaio 1981, n.1, in materia di non punibilità dei componenti del Consiglio Superiore della Magistratura per le opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni.

l'effetto sfavorevole non sarebbe frutto di una scelta creativa della Corte, e, quindi, non in violazione della riserva di legge;⁵⁵ tuttavia, l'applicazione ai fatti concomitanti alla vigenza della norma in esame dovrebbe, in ogni modo, escludersi in attuazione del principio d'irretroattività della legge penale sfavorevole (*infra*, 7.3.).

5.1. Il rapporto con le fonti subordinate.

Il carattere “tendenzialmente” assoluto della riserva di legge penale ha richiesto un intenso sforzo da parte della dottrina e della giurisprudenza nel fissare i limiti della riserva, in particolare, per ciò che concerne il rapporto con le fonti subordinate.

La possibilità delle fonti gerarchicamente subordinate alla legge di concorrere alla determinazione della pretesa punitiva ha trovato sin da subito un primo limite: la fissazione della pena. Seguendo, al riguardo, la consolidata giurisprudenza costituzionale, «la dignità e la libertà personale sono, nell'ordinamento costituzionale, democratico e unitario che regge il Paese, beni [tanto] preziosi [da imporre che] il principio costituzionale di legalità della pena sia da interpretare più rigorosamente [rispetto al principio di legalità del reato]; la normazione sulle pene deve essere considerata propria ed esclusiva della legislazione statale, la quale non può mai abdicarvi neppure per aspetti marginali»⁵⁶. Risulta evidente che la Corte modula la riserva di legge penale distinguendo tra precetto primario e secondario; mentre con riguardo alla determinazione della pena vige una riserva di legge penale “assoluta”

⁵⁵ Corte cost., sent. 23 novembre 2006, n. 394.

⁵⁶ Corte cost., sent. 23 marzo 1966, 26; *Contra*, G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *op. cit.*, p. 221; gli illustri Autori suggeriscono il carattere rigorosamente assoluto della riserva per la definizione della fattispecie più che della sola sanzione, ammettendo, invece, per quest'ultima anche l'integrazione tecnica.

(includendo, però, gli atti aventi forza di legge), per la definizione del fatto incriminato, invece, pacificamente ammette l'integrazione da parte di altre fonti subordinate.

Pertanto, la riserva di legge penale, tendenzialmente assoluta con riferimento al solo precetto primario, postula una delicata disamina dei rapporti tra la legge e le principali fonti subordinate: a) i regolamenti (e decreti) governativi e provvedimenti della Pubblica Autorità; b) le leggi regionali; c) la consuetudine.

a) Il problema dell'etero-integrazione normativa del precetto primario – i cosiddetti casi di “norme penali in bianco” – ha riguardato principalmente l'apporto dei regolamenti (e decreti) governativi e dei provvedimenti della Pubblica Autorità, ma la riflessione, nonché le conclusioni prospettate, possono esser valide anche per le altre fonti subordinate (*sub* b) le leggi regionali, *sub* c) la consuetudine); inoltre, è intuibile che l'ammissibilità del contributo delle fonti subordinate incide sulla natura della riserva di legge penale, e, quindi, sull'effettività del monopolio legale della pretesa punitiva.

Le prime opinioni presenti in giurisprudenza muovevano verso la relatività della riserva di legge; sarebbe stata sufficiente la mera predisposizione della sanzione penale da parte della legge – anche se la determinazione del fatto incriminato fosse interamente compiuta mediante una fonte secondaria – a ritenere soddisfatta la riserva, poiché gli atti dell'autorità non-legislativa altro non sarebbero che mero “presupposto di fatto” all'applicazione della legge, oppure – secondo una tesi risalente ai decenni precedenti – ammettendo che ad essere punito non sia l'interesse sotteso al regolamento, bensì la “disobbedienza come tale” alle norme dell'autorità pubblica.⁵⁷

⁵⁷ Corte cost., sentt. 19 maggio 1964, n. 36, 26 novembre 1964, n. 96. In tal senso, il relatore delle sentenze citate, B.PETROCELLI, *Norma penale e regolamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, p. 373.

Un secondo filone interpretativo, fatto proprio dalla Corte costituzionale, abbandonando gli orientamenti precedenti limitatamente al carattere relativo della riserva, ritiene che l'apporto di una norma generale ed astratta di una fonte subordinata sia ammissibile nei limiti in cui «sia una legge [...] a indicare con “sufficiente specificazione” i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa, alla trasgressione dei quali deve seguire la pena»⁵⁸. Nello stesso senso, la Corte, avendo a decidere della legittimità costituzionale dell'art. 650 c.p.⁵⁹, in particolare, circa la presunta violazione dell'art. 25, comma II, Cost. poiché la punibilità era (ed è) condizionata dall'emanazione di un provvedimento amministrativo, il cui contenuto è rimesso alla discrezionalità della Pubblica Autorità, ha ritenuto infondata la questione, specificando che «la materialità della contravvenzione è descritta in tutti suoi elementi costitutivi»; «spetta al giudice indagare, volta per volta, se il provvedimento sia stato emesso nell'esercizio di un potere-dovere previsto dalla legge e se una legge dello Stato determini con “sufficiente specificazione” le condizioni e l'ambito di applicazione del provvedimento»⁶⁰.

L'odierna ricostruzione interpretativa delle norme penali in bianco fa riferimento al limite della “sufficiente specificazione”, *sub specie* del tipo di rinvio operato alla fonte subordinata e della componente valutativa o meramente tecnica presente nella norma regolamentare. Fin quando il rinvio operi verso una norma regolamentare generale ed astratta preesistente (rinvio

⁵⁸ Corte cost., sent. 26 marzo 1966, n. 26.

⁵⁹ «Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene, è punito, (*omissis*)».

⁶⁰ Corte cost., sent. 8 luglio 1971, n. 168. Nel senso che il provvedimento amministrativo individuale costituisca la sola attuazione storica di un elemento già previsto dalla fattispecie incriminatrice, senza, quindi, porsi in violazione della riserva di legge, seppur carente sotto il profilo della precisione (*infra*, 6., 6.1.), G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *op. cit.*, p. 109 ss.

fisso o recettizio) non sussistono problemi sotto il profilo della riserva di legge, poiché si registra una vera e propria legificazione della norma subordinata; non altrettanto accade quando il rinvio operi verso una fonte non ancora esistente e senza che siano stati fissati limiti o criteri di produzione normativa (rinvio mobile o formale), giacché il rinvio è diretto non alla norma secondaria, bensì direttamente al potere – governativo o amministrativo – subordinato a quello del legislatore, in spregio alla riserva di legge penale.

Complementare è la verifica – che, secondo l’insegnamento della Corte, compete al giudice di merito – del tipo di specificazione della norma subordinata. Ove la specificazione sia soltanto tecnica, da operarsi mediante un criterio tecnico fissato dalla legge – si pensi alle tabelle ministeriali, approvate mediante decreto governativo, circa la determinazione dei valori degli additivi chimici consentiti in alimenti e bevande, o del principio attivo di sostanze stupefacenti e psicotrope, o, anche, del tasso d’interesse bancario massimo oltre il quale si commette il delitto di usura – essa non urta con il carattere tendenzialmente assoluto della riserva di legge penale,⁶¹ poiché gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice sono contemplati dalla legge, mentre è rimessa alla fonte subordinata la definizione di componenti, sì rilevanti per la punibilità del fatto, ma che, per proprietà intrinseche, non possono essere schematizzate in una legge formale, richiedendo, invece, un continuo aggiornamento. Tuttavia, quando la specificazione non sia meramente tecnica, ma creativa e valutativa, incidendo, quindi, sugli elementi costitutivi della fattispecie e sul disvalore del fatto, compete al giudice di merito stabilire se siano soddisfatti i requisiti che la legge impone per la

⁶¹ Il criterio della specificazione tecnica non è recente nel dibattito italiano; essa aveva già trovato validi sostenitori in dottrina (F.BRICOLA, *op. cit.*, p. 40.) e ricevuto il *placet* della giurisprudenza costituzionale (Corte cost., sentt. 17 gennaio 1958, n.4, 19 maggio 1964, n. 36, 26 novembre 1964, n. 96, 17 marzo 1966, n. 26, 3 aprile 1969, n. 61).

produzione di norme subordinate, in mancanza dei quali è registrabile una violazione della riserva di legge penale⁶².

b) Considerando che la Costituzione italiana, *ex art.* 117, comma I, Cost., attribuisce potestà legislativa allo Stato e alle Regioni, bisogna precisare che, nonostante l'art. 25, comma II e III, Cost. taccia al riguardo, è oramai acquisito dall'odierna civiltà giuridica che la natura della riserva in ambito penalistico sia unicamente statale. In passato, la dottrina utilizzava come argomento normativo l'art. 120, comma I, Cost. secondo cui «La Regione non può [...] adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone»; la disposizione, tuttavia, non poteva essere assunta a parametro normativo di riferimento, poiché la *ratio* della norma rinviava (e rinvia) alla tutela della libertà di circolazione dei lavoratori, ricompresa tra le quattro libertà fondamentali del diritto dell'Unione Europea. Nondimeno, la consolidata giurisprudenza costituzionale era riuscita saldamente ad afferrare lo spirito della riserva di legge statale, ritenendo che, ai sensi degli artt. 3, 5, 25, comma II, 27, comma III, Cost., «il potere legislativo penale appartiene soltanto allo Stato [...] per la particolare natura delle restrizioni della sfera giuridica che si infliggono mediante pena; onde la necessità che tali restrizioni siano da stabilirsi in base ad una generale e comune valutazione degli interessi della vita sociale, quale può essere compiuta soltanto dal legislatore dello Stato»⁶³. La questione si è definitivamente risolta, anche in sede normativa, nel

⁶² In questo senso, Corte cost., ord. 26 aprile 1971, n. 84 e sent. 14 giugno 1990, 282, circa la necessaria predeterminazione per legge – con esclusione, quindi, delle fonti subordinate – degli obblighi di garanzia (*ex art.* 40, comma II, c.p.) e dei soggetti attivi del reato “proprio”.

⁶³ Corte. cost., sent. 26 gennaio 1957, n. 21. Nello stesso senso, Corte. cost. sent. 30 ottobre 1989, n. 487, secondo cui «[anche] i principi di sussidiarietà, proporzionalità e frammentarietà dell'intervento penale implicano il possesso di una visione generale dei beni e valori presenti nell'intera Comunità statale, e rendo[no] impossibile affidare alla legge regionale la più importante e difficile tra le funzioni statali». A questo principio sono

2001, quando, in occasione della modifica del Titolo V della Costituzione, il legislatore ha annoverato tra le competenze esclusive dello Stato la potestà legislativa in materia di «[...]ordinamento civile e penale», *ex art.* 117, comma II, lett. l, Cost.⁶⁴

La competenza penale riservata alla legge statale concerne, oltre che l'incriminazione, anche l'abrogazione della fattispecie incriminatrice e le eventuali deroghe, ora come causa di esclusione, ora come causa di estinzione della responsabilità penale; deve, quindi, considerarsi esclusa una funzione scriminante della norma regionale. Invero, la dottrina e la giurisprudenza prevalente muovono verso questa direzione, affinché siano fatte salve le ragioni politiche, storiche e giuridiche della riserva di legge statale, ammettendo, invece, che la legge regionale, al pari delle altre fonti subordinate, ed alle condizioni per esse valide, possa espletare la sola funzione di integrazione normativa rispetto alla disposizione penale statale, sia quest'ultima incriminatrice, scriminante o definitoria.⁶⁵

accostate due note eccezioni: la prima è l'art. 23 Statuto della Regione Trentino-Alto Adige, approvato con l. cost. 10 novembre 1971, n. 1, seppure la competenza penale, legittima perché riconosciuta con legge costituzionale, deve esercitarsi ricalcando le fattispecie e le sanzioni stabilite con legge dello Stato; la seconda risale ad una pronuncia della Corte del 1957, la quale pur confermando la potestà legislativa esclusiva dello Stato in ambito penale, ha ritenuto costituzionalmente legittima una norma penale prevista in una legge della Regione Sicilia in materia di elezioni dei deputati all'Assemblea Regionale, senza, però, riconoscere espressamente al legislatore regionale una potestà punitiva (Corte cost., sent. 25 giugno 1957, n. 104).

⁶⁴ Art. così modificato *ex art.* 3, l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3 (*Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*).

⁶⁵ Corte cost., sentt. 14 marzo 1984, n. 68 e 30 ottobre 1989, n. 487. Nello stesso senso F.PALAZZO, *op.cit.*, p. 117; T.PADOVANI, *op. cit.*, p. 23-24; G.FIANDACA-E.MUSCO, *op. cit.*, p. 57; F.MANTOVANI, *op.cit.*, p. 53; C.FIORE-S.FIORE, *op.cit.* p. 57-58. *Contra* G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *op.cit.*, p. 57-58.

Ad ogni buon conto, le Regioni, prive come anzidetto di competenza nella produzione di fattispecie incriminatrici, possono emanare sanzioni amministrative pecuniarie nelle materie di loro attribuzione costituzionale. Non è da escludere il caso in cui sussista un problema di duplicazione – anche sanzionatoria – della rilevanza giuridica di un dato accadimento, ove il medesimo fatto sia previsto e come reato e come illecito amministrativo di fonte regionale; considerando che «[...] la norma di fonte regionale non potrà mai far venir meno l'applicabilità della norma penale»⁶⁶, il legislatore ha stabilito che nel caso di concorso apparente tra disposizione penale e sanzione amministrativa regionale prevalga sempre la prima, salvo che quest'ultima sia una norma penale sussidiaria munita di una clausola di riserva espressa, *ex art. 9*⁶⁷, comma II, l. 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale).

c) Nella gerarchia delle fonti, *ex art. 1 disp. prel. c.c.*, la consuetudine – risultante dalla *diuturnitas*, uniforme ripetizione nel tempo di un preciso comportamento, e dell'*opinio juris seu necessitatis*, la convinzione di adempiere ad una data pretesa giuridica – esercita una funzione soltanto secondaria alle leggi ed ai regolamenti; considerando che «Nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati», *ex art. 8 disp. prel. cc.*, nell'ambito penalistico, ove la produzione di norme penali, ai sensi dell'art. 25, comma II, Cost., è dominata dal principio di riserva di legge, la consuetudine ha un margine di operatività estremamente circoscritto.

È opinione pacifica che la consuetudine non possa esercitare una funzione incriminatrice, poiché verrebbe, altrimenti, tradita la *ratio* storica e politica della riserva di legge penale. Altrettanto consolidata è l'opinione

⁶⁶ Corte cost. sent. 14 marzo 1984, n. 68.

⁶⁷ «Tuttavia quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione regionale o delle province autonome di Trento e Bolzano che prevede una sanzione amministrativa, si applica in ogni caso la disposizione penale, salvo che quest'ultima sia applicabile solo in mancanza di altre disposizioni penali».

secondo cui la consuetudine non possa determinare l'abrogazione di norme penali, ora ricorrendo alla preclusione offerta dalla riserva di legge⁶⁸, ora ritenendo che, trattandosi di norma non incriminatrice, la preclusione non operi in virtù del *nullum crimen sine lege scripta*, bensì in base al principio di gerarchia delle fonti del diritto, *ex art. 15 disp. prel. c.c.*, per cui «Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore».⁶⁹ Ricontra un generale consenso in dottrina la funzione di scriminante attribuita alla consuetudine, anche se sono diverse le condizioni con le quali è ammessa; se per alcuni – e per questo sarà sufficiente a titolo esemplificativo rinviare all'art. 51 c.p. (*i.e.* esercizio del diritto) – l'ammissibilità è giustificata dall'argomento per cui, essendo la consuetudine una fonte del diritto, ed essendo il giudizio sull'antigiuridicità del fatto incriminato rapportato all'intero ordinamento giuridico, essa potrà assurgere al rango di scriminante,⁷⁰ secondo altri, l'ammissibilità della consuetudine come scriminante proverrebbe dal suo essere norma non incriminatrice, estranea, quindi, alla riserva di legge penale,⁷¹ con il solo limite imposto dalla gerarchia delle fonti.⁷²

Mentre è considerata ammissibile la consuetudine come canone interpretativo, anche perché estranea alla tematica delle fonti del diritto, è,

⁶⁸ F.PALAZZO, *op. cit.*, p. 118; G.FIANDACA-E.MUSCO, *op. cit.*, p. 61; C.FIORE-S.FIORE, *op. cit.* p. 64-65.

⁶⁹ T.PADOVANI, *op. cit.*, p. 27-28; F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 44-45; G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *op. cit.*, p. 80.

⁷⁰G.FIANDACA-E.MUSCO, *op. cit.*, p. 61; F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 44. Nello stesso, ma come caso di consuetudine integratrice, anche C.FIORE-S.FIORE, *op. cit.* p. 64-65.

⁷¹ F.PALAZZO, *op.cit.*, p. 118.

⁷² T.PADOVANI, *op.cit.*, p. 27-28; G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *op.cit.*, p. 81 ss.

invece, incerta la sorte dell'*usus* come integrazione alle fattispecie incriminatrici; la forte elasticità applicativa, oltre che la naturale mobilità dei contenuti, inducono alcuni autori ad escluderla tra le fonti del diritto, subordinate alla legge, con funzione integratrice⁷³, altri, all'opposto, ne confermano l'ammissibilità, seppur condizionata dalla presenza di un rinvio, anche implicito.⁷⁴

6. La tassatività e la determinatezza della norma penale.

La sola riserva di legge, nonostante il forte ascendente garantistico e democratico che essa presenta, non è sufficiente a porre il cittadino al riparo dai soprusi del legislatore e dell'interprete. Seppure i bisogni di coerenza inducono a considerare il significato unitario del principio di legalità, e rimanendo ferma la complementarietà che contrassegna i diversi canoni di cui il principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege* si compone, i principi di tassatività e di determinatezza sono solitamente considerati l'anima del delicato processo di formulazione, interpretazione ed applicazione delle norme penali, ed in particolare delle fattispecie incriminatrici.

Nell'evoluzione del pensiero penalistico moderno tassatività e determinatezza, senza trascurare le differenti proprietà che li distinguono, si sono imposte per le superiori esigenze connesse all'esercizio della pretesa punitiva: in primo luogo il bisogno di "calcolabilità delle conseguenze

⁷³F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 44; F.PALAZZO, *op. cit.*, p. 118. Dubbioso, G.FIANDACA-E.MUSCO, *op. cit.*, p. 61. Apprezzabile è l'opinione secondo cui una funzione integratrice debba riconoscersi, non alla consuetudine, ma ai criteri di valutazione morale o sociale – i quali possono anche essere di natura consuetudinaria – in quanto idonei a fungere da elementi extra-giuridici del fatto tipico; in questo senso C.FIORE-S.FIORE, *op.cit.* p. 64-65 e G.FIANDACA-E.MUSCO, *op. cit.*, p. 61.

⁷⁴ F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 45; T.PADOVANI, *op. cit.*, p. 27-28.

giuridiche” (*recte*, principio di certezza del diritto) riferite ad un dato fatto, presupposto, questo, indefettibile della conoscibilità del precetto normativo⁷⁵ (sez. IV, 11.2.); in secondo luogo, la salvaguardia della parità di trattamento, sia per le finalità sostanziali di prevenzione generale positiva (sez. I, 3.), sia sotto i profili processuali dell’esercizio del diritto di difesa, *ex art. 24 Cost.*, e dell’obbligatorietà dell’azione penale, *ex art. 112 Cost.*;⁷⁶ in ultimo, ma prevalente sul piano logico, storico e giuridico rispetto alle finalità precedenti, è l’aderenza al *favor libertatis*, poiché la tassatività e la determinatezza della fattispecie concorrono a contenere la pretesa punitiva, e, in particolare, l’interpretazione giudiziale,⁷⁷ entro i limiti della stretta e precisa statuizione normativa.

Invero, il parallelismo di scopo, rispetto alla tutela della libertà personale, ha consentito di porre in evidenza la relazione strutturale tra il *nullum crimen* e la natura frammentaria della norma penale.⁷⁸ L’esperienza dimostra come il giudice, essendo, per ragioni del suo ufficio, in diretto contatto con la cruda realtà delle espressioni criminose, sia portato a preferire esigenze di ampia tutela dei beni giuridici, e cedere, quindi, a pratiche repressive ed intimidatrici; è intuibile che un’espansione giudiziale incontrollata dell’area del penalmente rilevante, oltre a sacrificare continui spazi della libertà personale, è

⁷⁵ F.PALAZZO, *op. cit.*, p. 134 ss; T.PADOVANI, *op. cit.*, p. 29.

⁷⁶ F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 62 ss.

⁷⁷ C.BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 16: «Quando il giudice sia costretto [a] fare anche solo due sillogismi, si apre la porta dell’incertezza; quando un codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza, che di esaminare le azioni de’ cittadini, [...] quando la norma del giusto o dell’ingiusto non è un affare di controversia, [...] allora i sudditi non sono soggetti alle piccole tirannie di molti».

⁷⁸ C.FIORE-S.FIORE, *op. cit.* p. 66 ss; G.FIANDACA-E.MUSCO, *op. cit.*, p. 77.

inconciliabile con le funzioni di orientamento e di risocializzazione che l'ordinamento costituzionale attribuisce alla sanzione penale.

Tuttavia, a differenza dei principi di riserva di legge penale e di irretroattività, tassatività e determinatezza non trovano un'omogenea copertura costituzionale. Mentre, per le misure di sicurezza, dal riferimento ai «casi previsti dalla legge» *ex* artt. 25, comma II, Cost. e 199 c.p. emerge una chiara delimitazione applicativa alla stretta previsione legale, il medesimo risultato non è evidenziabile con riguardo all'art. 25, comma II, Cost. Ad ogni buon conto, secondo un acquisito consolidamento scientifico, tassatività e determinatezza della norma penale – con riguardo e al precetto e alla sanzione – godono di un rilievo costituzionale analogo ai principi sopracitati, per ragioni sia logiche sia sistematiche; sul piano logico, è intuibile che non avrebbe senso riservare la disciplina della responsabilità penale al monopolio legale, né regolare così precisamente l'efficacia della legge penale nel tempo, se le singole fattispecie incriminatrici non fossero compiutamente determinate nella formulazione e tassative nell'applicazione, poiché, altrimenti, verrebbe annullato il *favor libertatis*, storicamente e giuridicamente ascrivibile al principio di legalità; sul piano sistematico, è oramai pacifico che l'avverbio «espressamente», di cui all'art. 1 c.p., e i «casi e i modi previsti dalla legge», *ex* art. 13, comma II, Cost., entro cui la libertà personale può essere limitata, consentano di ricondurre i canoni di tassatività e determinatezza direttamente all'art. 25, comma II, Cost., anche in assenza di una enunciazione espressa.

Pur considerando l'interdipendenza funzionale degli istituti in esame, dalla quale può anche affiorare l'intenzione di assorbire l'uno nell'altro⁷⁹, questi presentano proprietà intrinseche tali da consentire una distinzione tra tassatività e determinatezza.

⁷⁹ F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 60 ss. Secondo l'Autore è giustificata una nozione omnicomprensiva ed unitaria dei principi anzidetti, poiché la tassatività della fattispecie postula innanzitutto la determinatezza della norma, senza la quale si avrebbe un'analogia anticipata.

L'opinione maggioritaria, presente in dottrina, è di considerare la tassatività della norma penale come il divieto, rivolto anzitutto al giudice, di applicare la fattispecie incriminatrice oltre i casi previsti dalla legge; codesto principio, meglio noto come divieto d'interpretazione analogica (vedi 6.2.), ha come destinatario, oltre al giudice, anche il legislatore, poiché a quest'ultimo è fatto divieto di produrre norme penali che *ab origine* siano suscettibili di essere applicate in via analogica (la cosiddetta analogia anticipata o esplicita). Per determinatezza, invece, comunemente s'intende la compiuta formulazione della norma penale – o meglio, il dovere del legislatore di procedere in tal senso – tale da consentire al cittadino di discernere diligentemente la liceità dall'illiceità di un dato fatto, ed all'interprete di realizzare ermeneuticamente la “concretizzazione” della fattispecie incriminatrice, la quale, essendo redatta secondo i paradigmi di generalità ed astrattezza, richiede pur sempre un tangibile risultato esegetico, affinché sia appurato se tra i fatti incriminati sia compreso anche il fatto oggetto della contestazione.⁸⁰

6.1. La “sufficiente” determinatezza della fattispecie: diritto e linguaggio, tra tecniche di redazione e giurisprudenza costituzionale.

⁸⁰ F.PALAZZO, *op. cit.*, p. 109 ss e 137ss. Nello stesso senso, C.FIORE-S.FIORE, *op. cit.*, p. 67 ss; G.FIANDACA-E.MUSCO, *op. cit.*, p. 76 ss. V. pure T.PADOVANI, *op.cit.*, p. 28 ss: l'illustre Autore, giungendo alle medesime conclusioni, ricorre all'immagine di limite “interno” della fattispecie, con riguardo alla determinatezza, e di sbarramento (o proiezione) “esterno” della fattispecie già determinata, con riguardo alla tassatività. Posizione minoritaria, ma, in egual misura, apprezzabile, quella di G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *op.cit.*, p. 24 ss, principali sostenitori della tripartizione in tassatività, intesa come divieto d'interpretazione analogica della norma penale, determinatezza, come verificabilità empirica (e probatoria) del fatto tipizzato, e precisione, come condizione d'intelligibilità semantica del precetto normativo.

La disamina della determinatezza di una fattispecie riguarda principalmente i più ampi rapporti tra diritto e linguaggio, o meglio, la struttura semantica mediante la quale il precetto è enunciato. In prima battuta, emerge chiaramente una primaria responsabilità del legislatore di procedere alla redazione di norme penali utilizzando un materiale linguistico che riesca a soddisfare le esigenze, da un lato, di chiarezza e precisione espositiva⁸¹ e, dall'altro, di verificabilità empirica del fatto incriminato.

Codeste deduzioni incidono direttamente sull'articolazione del sistema di diritto penale. In virtù del principio di determinatezza, e, più in generale, del principio di legalità, alcuni autori preferiscono un codice penale le cui fattispecie incriminatrici siano organizzate secondo un'impostazione analitico-descrittiva,⁸² rispetto ad una parte speciale del codice penale in cui le fattispecie sono disposte per clausole generali. Quest'ultime pur se garantiscono un ammodernamento (per via interpretativa e in sede giudiziale) pressoché automatico delle fattispecie incriminatrici al mutare delle modalità di aggressione al bene giuridico, violano i principi di legalità – *sub specie* divisione dei poteri dello Stato, riserva di legge, tassatività, determinatezza – e di eguaglianza, correndo il rischio di compiere differenti valutazioni per fatti tra loro omogenei, o uniformi valutazioni per fatti tra loro eterogenei.⁸³ Per

⁸¹ L'accresciuta attenzione, da parte della dottrina e della giurisprudenza, circa la precisione (*recte*, intelligibilità semantica) delle fattispecie incriminatrici ha particolarmente sensibilizzato l'opinione pubblica e indotto il Governo ad emanare la Circolare 5 febbraio 1986 della Presidenza del Consiglio dei ministri (*Criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formulazione delle fattispecie penali*) indirizzata a tutti gli Uffici legislativi ministeriali.

⁸² G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *op. cit.*, p. 123 ss; con riferimento all'impostazione analitico-descrittiva, gli illustri Autori proferiscono di un'impostazione di tipo "casistico".

⁸³ «Il vero pericolo che incombe sul principio di *nullum crimen, nulla poena sine lege* proviene non dall'analogia, bensì da leggi penali imprecise», v. H.WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, X ed., Berlin, 1967, p. 22.

quanto, tra le due, sia preferibile l'impostazione analitico-descrittiva, questa, però, patisce le incertezze derivate dalla creazione di lacune – originarie, perché volute o ignorate dal legislatore, e successive, per via del carattere frammentario della norma penale – tanto più che produce la rapida obsolescenza della norma, la sovrapposibilità di più fattispecie con riferimento al medesimo fatto (*i.e.* duplicazione della rilevanza penale dello stesso fatto, in violazione del principio *ne bis in idem* sostanziale, e causa dei frequenti episodi di concorso “apparente” di norme penali) e la moltiplicazione ipertrofica delle fattispecie incriminatrici.⁸⁴

Il rapporto tra diritto e linguaggio è in maggior misura evidente nella scelta delle tecniche di redazione legislativa, le quali, per comodità, possono distinguersi in tecnica a “normazione descrittiva” e a “normazione sintetica”⁸⁵.

La prima consiste nell'attitudine a rappresentare un dato accadimento utilizzando elementi descrittivi, il cui significato è tratto esplicitamente dall'esperienza o dalla realtà fenomenica; per quanto presentino generalmente un grado perlopiù elevato di precisione, anche questi possono sollevare perplessità per ciò che concerne la non-intelligibilità del precetto⁸⁶ o la vaghezza del significato⁸⁷.

⁸⁴ Il codice Rocco esprime una sintesi poco felice dell'impostazione analitico-descrittiva e per clausole generali. Esso si compone prevalentemente di un elenco di fattispecie incriminatrici in un numero che, già al momento dell'entrata in vigore, era cospicuamente alto, e che, attualmente, contando le modifiche intervenute sia sul codice sia nella legislazione complementare, sfiora le cinquemila (circa) unità. Inoltre, nel primo libro conta alcune clausole generali, o meglio, fattispecie generali estensive della tipicità delle fattispecie incriminatrici di parte speciale, quali l'art. 56 c.p., in materia di tentativo di delitto, e l'art. 110 c.p., riguardo al concorso di persone nel medesimo reato.

⁸⁵ G.FIANDACA-E.MUSCO, *op.cit.*, p. 82 ss.

⁸⁶ Esemplificativo è l'evento-morte di cui agli artt. 575 ss c.p., e, in particolare, il momento diagnostico della morte di una persona fisica. Un remoto orientamento definiva la morte come cessazione dell'attività respiratoria; successivamente fu intesa prima come arresto

Al fine di temperare i pericoli della normazione casistica, il legislatore, con discreta frequenza, ricorre alla normazione “sintetica”, caratterizzata dalla presenza nella fattispecie anche di elementi normativi, per la cui definizione si compie un ciclo di etero-integrazione rispetto ad una norma o disposizione diversa da quella incriminatrice. Gli elementi normativi giuridici – si pensi agli istituti della proprietà o del possesso, *ex artt.* 832 ss e 1140 c.c., dai quali si desume lo stato di «altruità» del denaro o della cosa mobile per i casi previsti agli artt. 314 (peculato), 624 (furto), 628 (rapina), 646 (appropriazione indebita) c.p. – non creano, almeno ordinariamente⁸⁸, problemi d’incertezza,

dell’attività cardio-circolatoria, poi come cessazione dell’attività “tripodiale” respiratoria-cardiaca-nervosa. È oggi prevalente presso la giurisprudenza di legittimità la tesi secondo cui l’evento-morte debba descriversi come morte celebrale, o meglio, arresto irreversibile dell’attività encefalica (Cass. Civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, Englaro). Il rapporto tra norma penale e realtà fenomenica evidenzia anche l’attuale dipendenza normativa e processuale della *scientia juris* a branche della conoscenza extragiuridica, con l’effetto, non sempre felice, di deterioramento della certezza della pretesa punitiva rispetto alla volatilità delle risultanze determinate dagli avanzamenti tecnologici.

⁸⁷ Emblematica è la vicenda dei concetti quantitativi non numerici, indicativi di una grandezza fisica, seppure non specificata nella misura. Di essi normalmente si registra la presenza nelle circostanze attenuanti od aggravanti della pena – si pensi alle ipotesi di «speciale tenuità», «particolare tenuità», «ingente quantità» – tuttavia, non mancano i casi in cui sono presenti anche come elementi caratterizzanti del fatto tipico, quali, ad esempio, le «condotte reiterate» di cui all’art. 612*bis* c.p. (atti persecutori, meglio noto come *stalking*), «le più persone» *ex art.* 609*octies* c.p. (violenza sessuale di gruppo).

⁸⁸ Causa di forti contrasti in giurisprudenza è la vicenda interpretativa della «violazione di leggi e regolamenti» di cui all’art. 323 c.p. (abuso d’ufficio), da ultimo modificato con art. 13, l. 16 luglio 1997, n. 234. La perplessità consiste[va] nel poter includere, o meno, tra le violazioni di legge anche la violazione dei doveri di imparzialità e buon andamento della Pubblica Amministrazione, di cui all’art 97, comma I, Cost. La Suprema Corte di Cassazione ha dato risposta negativa, ritenendo che la disposizione costituzionale avesse solo efficacia programmatica, e non precettiva; in questo senso Cass. Pen., Sez. VI, 8 maggio 2003, Zardini, in *Riv. pen.*, 2004, p. 1011. *Contra*, nel senso di ammettere, tra le

poiché rinviano ad altre disposizioni normative, facilmente identificabili nell'ordinamento giuridico. Sono, invece, causa di molti conflitti interpretativi gli elementi normativi extragiuridici – l'atto osceno che «secondo il comune sentimento, offende il pudore» *ex art.* 529, comma I, c.p., o gli «atti contrari alla pubblica decenza» *ex art.* 726 c.p. – i quali, rinviano a norme o valori di carattere sociale, sono contrassegnati da una intrinseca (ed ineliminabile) elasticità che non consente, al cittadino e all'interprete, di poter afferrare stabilmente il significato della fattispecie incriminatrice.⁸⁹

Pur considerando l'esistenza di un margine di imprecisione in ogni fattispecie incriminatrice, è rarissima l'ipotesi di un'indeterminatezza assoluta, espressa nei termini di vuoto semantico, della norma penale; nonostante l'imperfezione e l'elasticità linguistica dei diversi elementi strutturali, è pur sempre rinvenibile un contenuto semantico residuale dal quale si evince il tenore precettivo della norma considerata. La determinatezza, pertanto, più che fungere da principio generale, si mostra come “criterio di misurazione” non della scarsità totale, bensì della “sufficiente” od “insufficiente” determinatezza della fattispecie.⁹⁰

L'atteggiamento della Corte costituzionale, riguardo al principio di determinatezza della fattispecie penale – compresa la sanzione⁹¹, seppure le

violazioni di legge, il dovere di imparzialità, ma non di buon andamento, Cass. Pen., Sez. VI, 19.06.2008, n. 25162, P.M. ed altri, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1025.

⁸⁹ Le medesime perplessità valgono per i cosiddetti elementi “connotativi” – atti «sovversivi», «notizie tendenziose», ma lo stesso potrebbe dirsi per l'istigazione «all'odio tra classi sociali» *ex art.* 415 c.p. – di valore ideologicamente non neutro, carenti sotto i profili della determinatezza e dell'offensività. Cfr. C.FIORE-S.FIORE, *op. cit.* p. 72.

⁹⁰ F.PALAZZO, *op. cit.*, p. 144. Nello stesso senso, T.PADOVANI, *op. cit.*, p. 33 ss e G.FIANDACA-E.MUSCO, *op. cit.*, p. 78 ss.

⁹¹ Nel senso della compatibilità della cornice edittale e della discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena *ex art.* 133 c.p. con il principio di legalità, *sub specie* determinatezza della sanzione, Corte cost. sentt. 12 marzo 1962, n. 15, 13 luglio 1970, n.

questioni interpretative più rilevanti sono riferite al precetto primario – non è stato univoco, né sempre felice; anzi, gli orientamenti seguiti dalla Corte, probabilmente mossa dall’esigenza di scongiurare lacune che non potevano essere velocemente riempite da un intervento normativo, si sono per il maggior numero delle volte posti in una prospettiva di *self-restraint*.

In un primo momento, la Corte – salvando le norme penali di volta in volta esaminate – utilizzò il criterio del “significato linguistico”, come strumento risolutivo dell’ecceppata indeterminatezza delle norme impugnate. Secondo codesto criterio, al giudice di merito sarebbe, in ogni modo, possibile accedere al significato della norma mediante il normale uso linguistico dei termini utilizzati, come «concetti diffusi e generalmente compresi dalla collettività in cui il giudice opera»⁹²; ove si tratti, poi, di concetti di comune esperienza o di valori etico-sociali o della tutela di beni immateriali, «il ricorso a nozioni proprie del linguaggio e dell’intelligenza comune, è inevitabile»⁹³.

L’inadeguatezza del criterio del significato linguistico rispetto a termini od elementi tecnici o specialistici indusse la Corte, in alcune pronunce, a preferire il criterio del “diritto vivente”; pertanto, gli eventuali dubbi, sollevati dall’imprecisione del testo normativo, potevano essere superati ricorrendo all’interpretazione costante (o dominante) presente in giurisprudenza – in

131. Nel senso dell’incompatibilità di cornici edittali irragionevolmente ampie con il principio di determinatezza della pena, Corte cost. sent. 24 giugno 1992, n. 299. La Corte non ha mancato di considerare come parametro di legittimità anche l’art. 27, comma III, Cost.

⁹² Riferendosi all’art. 570 c.p. (Violazioni degli obblighi di assistenza familiare), Corte cost., sent. 24 febbraio 1972, n. 42.

⁹³ Con riguardo agli “atti osceni”, di cui gli artt. 527 ss c.p., Corte cost., sent. 16 dicembre 1970, n. 191. Nello stesso senso, Corte cost., ord. 2 giugno 1983, n. 169, (esercizio abusivo della professione, *ex art.* 348 c.p.), ord. 31 luglio 1989, n. 479 (offesa a una confessione religiosa mediante vilipendio di persone, *ex art.* 403 c.p.).

specie, della Suprema Corte di Cassazione – sulla norma incriminatrice in esame;⁹⁴ nel caso di discordi interpretazioni giurisprudenziali, sarebbe prerogativa del giudice di merito scegliere la determinazione ermeneutica più opportuna, purché la disomogeneità interpretativa non superi la soglia di una normalità fisiologica.⁹⁵

Lasciando alle spalle gli orientamenti di cui sopra – seppure la Corte, in luogo ai criteri anzidetti, in taluni casi, per mezzo di sentenze (manipolative) interpretative di rigetto, si sia pronunciata a favore della determinatezza delle norme impugnate, a condizione che esse siano interpretate in un certo qual modo⁹⁶ – la Corte accolse successivamente una nozione di determinatezza più articolata rispetto ai precedenti indirizzi. Invero, avendo a dichiarare l'illegittimità costituzionale del delitto di plagio⁹⁷, la Corte chiarì che il legislatore «ha l'obbligo di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e della intelligibilità dei termini impiegati»⁹⁸;

⁹⁴ In riferimento all'art. 5, comma IV e VI, l. 18 aprile 1975, n. 110 (*Norme integrative della disciplina vigente per il controllo delle armi, delle munizioni e degli esplosivi*), Corte cost., ord. 18 gennaio 1989, n. 11.

⁹⁵ In questo senso, con riguardo agli artt. 7 e 9, comma I e II, l. 27 dicembre 1956, n. 1423 (*Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità*), Corte cost., ord. 26 ottobre 1989, n. 507.

⁹⁶ Circa i casi di grida e manifestazioni sediziose, *ex art. 654 c.p.*, radunata sediziosa, *ex art. 655 c.p.*, Corte cost., sent. 14 febbraio 1973, n. 15. Nello stesso senso Corte cost., sent. 24 gennaio 1974, n. 20 (*Vilipendio della Repubblica, delle istituzioni costituzionali e delle forze armate, ex art. 290 c.p.*).

⁹⁷ Art. 603 c.p.: «Chiunque sottopone una persona al proprio potere, in modo da ridurla in totale stato di soggezione, è punito (*omissis*)».

⁹⁸ Corte cost., sent. 8 giugno 1981, n. 96. Nello stesso senso, Corte cost., sent. 22 aprile 1992, n. 185, secondo cui «vi sono requisiti minimi di riconoscibilità e di intelligibilità del precetto penale [...] in difetto dei quali la libertà e la sicurezza giuridica sarebbero pregiudicate».

tuttavia, accanto alla precisione, la Corte non mancò di considerare come indispensabile per la determinatezza della fattispecie la verificabilità empirica (e probatoria) dei fatti ivi puniti, poiché «sarebbe assurdo [...] ritenere che possono considerarsi determinate in coerenza col principio di tassatività della legge, norme che, sebbene concettualmente intellegibili, esprimono situazioni o comportamenti irreali o fantastici o comunque non avverabili e tanto meno concepire disposizioni legislative che inibiscono o ordinano o puniscono fatti che per qualunque nozione ed esperienza devono considerarsi inesistenti o non razionalmente accertabili».⁹⁹

La recente giurisprudenza costituzionale,¹⁰⁰ andando oltre lo stesso orientamento espresso in materia di plagio, sembra – oggi – essere approdata ad una accezione di determinatezza della fattispecie come qualità non soltanto intrinseca alla formulazione della norma, ma che investe l'intero “tipo criminoso”, affinché gli elementi e i termini, mediante i quali la fattispecie incriminatrice è descritta, siano la sintesi di un omogeneo contenuto di disvalore sociale, tale da far emergere il reato in modo distinto rispetto alle altre previsioni affini.¹⁰¹

6.2. Il divieto di interpretazione analogica. I casi di analogia *in bonam partem* e di analogia anticipata.

⁹⁹ Corte cost., sent. 8 giugno 1981, n. 96.

¹⁰⁰ In materia di frode fiscale, Corte cost., sent. 15 maggio 1989, n.247. Analoga presa di posizione, Corte cost., sent. 13 febbraio 1995, n. 34, secondo cui difetta di determinatezza la condotta omissiva di «non adoperarsi [sotto minaccia di espulsione] per ottenere il rilascio del documento di viaggio», *ex art. 7bis*, l. 28 febbraio 1990, n. 39, poiché la generica espressione «non adoperarsi» impedisce di stabilire con precisione il grado d'inerzia penalmente apprezzabile.

¹⁰¹ F.PALAZZO, *op.cit.*, p. 146-147.

Il divieto d'interpretazione analogica costituisce il naturale completamento del *nullum crimen, nulla poena, sine lege stricta et certa*, poiché vano sarebbe lo sforzo di garantire la libertà personale dagli arbitrii dell'interprete, attraverso una fattispecie incriminatrice legalmente stabilita e (sufficientemente) determinata, se non fosse altresì previsto il divieto di applicare la norma penale al di fuori dei casi previsti.

La mutabilità dei rapporti sociali coglie di frequente impreparato l'ordinamento giuridico, il quale, rispetto a specifici accadimenti, in precedenza ignorati o di nuova formazione, può non essere in grado di fornire una disciplina. L'opportunità di impedire la creazione di una "zona franca", nonché la necessità di attribuire all'interprete un pur minimo rimedio applicativo, giustificano, in tutti, o quasi, gli ordinamenti giuridici, l'istituto dell'interpretazione analogica; nel caso italiano, la disposizione in parola è l'art. 12, comma II, disp. prel. cc, per cui «Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico».

Dinnanzi ad un caso per il quale l'ordinamento giuridico non contempla nessuna espressa disciplina, l'interprete può alternativamente ricorrere o all'*argumentum a contrario* o all'*argumentum a simili*; la scelta (*recte*, la responsabilità di scegliere) è rimessa al giudice, la cui opera non può, anche solo marginalmente, non essere determinata da una preferenza valutativa. Il fondamento dell'attività interpretativa, nel caso di lacuna, riposa, quindi, sulla presenza di una similitudine, che il giudice, alla luce delle circostanze, ravvisa tra la fattispecie descritta nella norma assunta come riferimento e il caso oggetto dell'accertamento. Pertanto, ove il giudice non rilevi detta somiglianza, varrà il principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*; ove, invece, il giudice prende atto della similitudine tra i termini considerati, in virtù del canone *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*, procederà all'applicazione per via analogica della disposizione (*analogia legis*) o del principio (*analogia juris*).

In ambito penalistico, nel caso in cui il fatto contestato non sia sussumibile nella fattispecie incriminatrice considerata, la scelta anzidetta non è concessa: il giudice, pertanto, altro non potrà che procedere all'*argomentum a contrario*. Il divieto d'interpretazione analogica della norma penale, ex art. 14 disp. prel. cc – per cui «Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati» – è confermato dagli artt. 13, comma II, Cost. e 1 c.p., e, anche in assenza di un riconoscimento espresso, riceve egualmente la copertura costituzionale offerta dall'art. 25, comma II, Cost. per le stesse ragioni valide in favore della costituzionalizzazione dei principi di tassatività e determinatezza (*infra*, 6.).¹⁰²

Tuttavia, uno dei nodi problematici, che ha intensamente impegnato la dottrina, interessa la dimensione del divieto d'interpretazione analogica, o meglio, se esso abbia rilevanza assoluta, o soltanto relativa; nel primo senso, s'intende che il divieto in esame non ammetta deroghe e limitazione, pertanto,

¹⁰² Dubbi permangono sull'ammissibilità, in ambito penalistico, dell'interpretazione estensiva. Nonostante l'art. 14 disp. prel. c.c. riguardi il solo divieto di interpretazione analogica, e prendendo atto dell'orientamento favorevole presente in giurisprudenza – secondo cui, tra interpretazione estensiva ed analogia, «la prima mantiene il campo di validità della norma entro l'area di significanza dei segni linguistici con i quali essa si esprime, mentre l'analogia estende tale validità all'area di similarità della fattispecie considerata dalla norma. L'interpretazione estensiva è perciò pur sempre legata al testo della norma esistente; il procedimento analogico è invece creativo di una nuova norma che prima non esisteva» (Cass. Pen., Sez. V, 3 luglio 1991, D'Amico, in *Cass. pen.*, 1992, p. 166) – una parte della dottrina fa rientrare nel divieto anche l'interpretazione estensiva, poiché, tra gli istituti in nota, non è rinvenibile alcuna distinzione qualitativa; l'interpretazione estensiva, sebbene non goda del tenore creativo proprio dell'analogia, esprime comunque un giudizio valutativo, che, per esigenze di certezza e *favor libertatis*, non può essere ammesso. In questo senso, F.PALAZZO, *op. cit.*, p. 150 ss; T.PADOVANI, *op. cit.*, p. 36; G.FIANDACA-E.MUSCO, *op. cit.*, p. 107 ss, G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *op. cit.*, p. 170 ss. *Contra*: F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 69 ss.

ogni norma penale è insuscettibile di esser interpretata (*recte*, applicata) analogicamente; nel secondo senso, invece, si opina che l'analogia è esclusa per le sole norme penali sfavorevoli (*i.e.* le norme che introducono od aggravano la responsabilità penale), viceversa è ammessa per le norme penali favorevoli (*i.e.* le norme che, al contrario, escludono o attenuano la pretesa punitiva). La soluzione, considerando che il divieto in esame deriva direttamente dal principio di tassatività, dipende, per un lato, dal significato di «leggi penali» di cui all'art 14 disp. prel. c.c., per l'altro, dalla funzione ad esso riconosciuta.

Un primo orientamento, risalente nel tempo, attribuiva rilevanza assoluta al divieto di analogia, assumendo che nel concetto di norma penale fosse ricompresa ogni norma che disponesse di costituire, modificare ed estinguere la responsabilità penale; tuttavia, è, oggi, pacifico ritenere che il divieto d'interpretazione analogica sia anzitutto diretto ad impedire l'applicazione di una fattispecie incriminatrice (o aggravante) oltre i casi contemplati dalla legge, in assenza del quale si verificherebbe un passaggio da un regime di legalità formale ad un regime di legalità sostanziale.

Un secondo orientamento, tutt'oggi sostenuto da una parte minoritaria della dottrina,¹⁰³ si pronuncia egualmente in favore della natura assoluta del divieto. Assumendo che la *ratio* dell'istituto riposi su esigenze di certezza e di stabilità della pretesa punitiva, si ritiene che il presupposto per l'applicazione analogica di una norma favorevole sia, in presenza di una lacuna, che il fatto rientri nell'ambito applicativo di una norma sfavorevole; pertanto, l'analogia non andrebbe a colmare una lacuna, bensì a sovvertire la disciplina stabilita da una norma incriminatrice.

Ad ogni buon conto, l'opinione oggi prevalente in dottrina giunge ad ammettere la natura relativa del divieto d'interpretazione analogica, ritenendo, per un verso, che, in base al significato di «legge penale», *ex* art. 14 disp. prel.

¹⁰³ T.PADOVANI, *op. cit.*, p. 37 ss.

c.c., la preclusione dell'*argumentum a simili* operi unicamente per le fattispecie incriminatrici (od aggravanti), per l'altro, che la finalità primaria del divieto in esame, rafforzata dalla copertura dell'art. 25, comma II, Cost., sia il *favor libertatis*, a tutela del quale è ammessa l'analogia *in bonam partem*.

Stabilita l'ammissibilità dell'analogia delle norme penali di favore, la direzione del dibattito scientifico si è spostata sulla relazione esistente tra le fattispecie incriminatrici e le disposizioni scriminanti presenti nell'ordinamento giuridico, poiché l'art. 14 disp. prel. c.c., oltre ad escludere l'interpretazione analogica per le leggi penali, esclude l'analogia anche per leggi eccezionali (*singularia non sunt extendenda*). Premesso che sono da considerarsi eccezionali le disposizioni normative che rappresentano un'interruzione della consequenzialità logica della disciplina legislativa in una precisata materia, tale da determinare una prescrizione non solo diversa, ma addirittura antitetica rispetto alla legge generale,¹⁰⁴ le soluzioni prospettate in dottrina sono per certi casi univoche, per altri, invece, risultano diverse. È pacificamente ammessa l'analogia *in bonam partem* delle cause di giustificazione (legittima difesa *ex art 52 c.p.*, stato di necessità *ex art 53 c.p.*, esercizio di un diritto e adempimento del dovere *ex art 51 c.p.*), in quanto considerate espressione di principi generali, purché non sia compromessa la tassatività dei limiti in cui le disposizioni operano¹⁰⁵, e sempre che l'analogia non sia da escludere nel caso in cui la norma in esame abbia già raggiunto la massima dilatazione logica;¹⁰⁶ viceversa, è esclusa l'applicazione analogica, in quanto norme eccezionali, nonché prodotto di «una valutazione di opportunità politica»¹⁰⁷, delle cause di estinzione del reato e della pena (*ex artt. 150 e 171 ss c.p.*), delle immunità

¹⁰⁴ F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 76.

¹⁰⁵ F.PALAZZO, *op.cit.*, p. 152.

¹⁰⁶ F.PALAZZO, *loc.cit.*; G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *op.cit.*, p. 190 ss

¹⁰⁷ Corte Cost., sent. 30 ottobre 1989, n. 487.

penali e delle cause (speciali o personali) di non punibilità (*ex artt.* 384 e 649 c.p.); seppure l'introduzione dell'art 62*bis* c.p., in tema di attenuanti generiche, ha di fatto reso privo di rilevanza l'argomento,¹⁰⁸ è altresì esclusa l'applicazione per via analogica delle circostanze attenuanti della pena *ex art.* 62 c.p.¹⁰⁹

In conclusione, vale l'assunto per cui l'interpretazione analogica *in bonam partem* è ammissibile a condizione che si accerti anzitutto che il caso in esame non sia compreso in nessuno dei significati letterali ascrivibili alla norma considerata; che quest'ultima non sia di natura eccezionale (secondo il significato prima descritto); e, infine, che la lacuna in esame non sia intenzionalmente voluta dal legislatore.

La rilevanza costituzionale del divieto di interpretazione analogica non investe la sola applicazione giudiziale, ma anche la produzione normativa; il divieto in esame, oltre a vincolare il giudice, impegna anche il legislatore, sia come preclusione all'abrogazione delle norme che vietano l'interpretazione per analogia, sia nel senso del divieto di emanare fattispecie incriminatrici che presentino una "clausola di chiusura" – casi «simili», o «analoghi», «condizioni analoghe» – compiendo, quindi, una vera e propria analogia anticipata (od esplicita).

Le maggiori criticità hanno riguardato non tanto il primo punto, oramai acquisito dalla civiltà giuridica moderna, quanto il secondo, essendo possibile, come difatti è avvenuto, che il legislatore si serva di clausole di chiusura, come

¹⁰⁸ G.FIANDACA-E.MUSCO, *op.cit.*, p. 110-111.

¹⁰⁹ Sul tema C.FIORE-S.FIORE, *op. cit.* p. 75-76, secondo cui l'analogia è da escludere, in quanto trattasi di istituti di pertinenza precipua dell'ordinamento penale; G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *op. cit.*, p. 204, nel senso di escludere l'analogia, poiché espressione di una lacuna intenzionale; F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 78, per cui l'analogia è da escludere in quanto norme eccezionali rispetto alla disciplina generale rappresentata dalla cornice editale.

quelle sopradette, anzitutto quando egli pretenda di assicurare una protezione integrale del bene giuridico considerato, rispetto alle molteplici modalità di aggressione eventualmente verificabili. Pur apprezzando, in codesti casi, la meritevolezza “sostanziale” delle scelte di politica criminale operate dal legislatore, risultano, però, seriamente compromesse le esigenze di garanzia della libertà personale e di certezza del diritto, che, con riferimento all’ambito penalistico, sono salvaguardate dai principi di tassatività e determinatezza, e di frammentarietà. (*infra*, 6., 6.1.).

Senz’altro apprezzabile è l’opinione, riportata in dottrina e giurisprudenza, secondo cui occorrerebbe distinguere, per le fattispecie munite di una clausola di chiusura, tra “elencazione sostitutiva” ed “elencazione esplicativa”.¹¹⁰ Nella prima categoria rientrerebbero quelle fattispecie in cui la classificazione delle modalità comportamentali, o delle circostanze indicate, racchiude ipotesi tra loro eterogenee, non consentendo all’interprete di individuare un genere comune per le ipotesi ivi previste, e per le quali una clausola di chiusura che rinvii a casi analoghi rappresenta una violazione del principio di tassatività, suscettibile di essere sanzionata d’incostituzionalità. Alla seconda categoria, invece, sarebbero ascrivibili quelle fattispecie le quali, contemplando situazioni tra loro omogenee, e, fissando una clausola di chiusura, permettono di definire il genere comune di appartenenza, senza che sussistano, almeno ordinariamente¹¹¹, pericoli sotto i profili della tassatività della norma penale.

¹¹⁰ F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 71-72. Nello stesso senso, G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *op.cit.*, p. 181 ss.

¹¹¹ Emblematica è vicenda delle fattispecie incriminatrici, che, contemplando un sola ipotesi di condotta, presentano una clausola di chiusura a casi analoghi, senza consentire all’interprete l’identificazione del genere di condotta considerato dalla norma. Di questo tenore era l’originaria formulazione dell’art. 600 c.p. (e per rinvio, anche gli artt. 601 e 602 c.p.), il quale, punendo la riduzione in schiavitù, menzionava anche la riduzione «in una condizione analoga alla schiavitù». Nonostante la lacuna fosse stata in parte compensata

Al riguardo l'atteggiamento della Corte costituzionale fu, almeno inizialmente, non del tutto rispettoso del principio di tassatività; invero, all'atto di pronunciarsi in favore della legittimità costituzionale dell'art. 121 T.U.L.P.S. (ora depenalizzato) – la norma vieta(va) l'esercizio non autorizzato dei mestieri "ambulanti"; difatti, dopo un'elencazione di attività tra loro assolutamente eterogenee («saltimbanco», «suonatore», «facchino», «barcaiolo», «lustrascarpe»), la fattispecie terminava con un rinvio ad altri «mestieri analoghi» – ha stabilito che per le previsioni esemplificative che contemplano una clausola di chiusura, come quelle sopra riportate, «l'ufficio dell'interprete non è di applicare per analogia la norma a casi non previsti, bensì di attuare il procedimento ordinario d'interpretazione»¹¹². Soltanto successivamente la Corte riconobbe l'imprescindibilità del *discrimen* tra omogeneità ed eterogeneità del genere di condotte rispetto a quelle esemplificate dalla fattispecie incriminatrice,¹¹³ restituendo all'istituto in esame una maggiore aderenza al principio di tassatività.

7. L'efficacia della legge penale nel tempo.

Il principio di irretroattività, inteso come divieto per la legge di produrre effetti su fatti o rapporti anteriori alla sua entrata in vigore, è pacificamente considerato un principio fondamentale, in quanto funge da elemento regolatore dell'intero ordinamento giuridico nel delicato percorso di

dalla Convenzione supplementare relativa all'abolizione della schiavitù di Ginevra del 1956, ratificata in Italia con l. 20 dicembre 1957, n. 1304, non consentiva di rimarginare integralmente lo strappo rispetto al principio di tassatività. La questione si è risolta quando il legislatore, con l. 11 agosto 2003, n. 228, ha interamente modificato la disposizione in esame, eliminando la clausola di riserva.

¹¹² Corte cost., sent. 27 maggio 1961, n. 27.

¹¹³ Corte cost., sent. 9 luglio 1963, n. 120.

produzione di nuove norme. L'accelerazione sociale, data dai continui mutamenti dei rapporti inter-individuali, richiede che l'ordinamento giuridico sia in grado, almeno di principio, di adeguarsi, al fine di filtrare e canalizzare le singole trasformazioni sociali in altrettanti precetti normativi. Tuttavia, considerando che le modifiche normative non possono avvenire automaticamente, lo stesso avvicinarsi nel tempo delle fonti del diritto non può essere privo di limiti, in assenza dei quali i rapporti giuridici sarebbero esposti al rischio della fragilità, del declassamento a rapporti di fatto, e, quindi, dell'abuso.

Il principio di irretroattività è regolato dall'art. 11, comma I, disp. prel. c.c., secondo cui «La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo»; sebbene la norma sia inglobata in una fonte di rango ordinario, e, pertanto, derogabile dal legislatore con un'altra norma di rango ordinario, l'irretroattività è egualmente annoverata tra i principi dell'ordinamento giuridico, anche perché, avendo come scopo istituzionale l'obiettivo di garantire la certezza e la sicurezza dei rapporti giuridici, è comunque in grado di vincolare l'attività legislativa attraverso il principio della “intangibilità dei diritti quesiti”, o meglio, l'incapacità di un atto normativo successivo di poter incidere su quei rapporti giuridici già definiti ed esauriti nei loro effetti.

In ambito penalistico, l'assetto normativo è notevolmente diverso. Il principio in rilievo assume rango costituzionale, come facilmente si evince dall'art. 25, comma II, Cost., per cui «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso»; alla copertura costituzionale si è in un secondo momento aggiunta la tutela internazionale,¹¹⁴

¹¹⁴ L'irretroattività della legge penale, in ambito internazionalistico, conosce come significativa eccezione quella di non ostacolare la punibilità dei crimini internazionali, o meglio di quei fatti qualificabili come «crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili» (*ex art 7, comma II, Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata in Italia con l. 4 agosto 1955, n. 848*) oppure come «reati secondo i principi generali del diritto riconosciuti

la quale, mai come in pochi altri casi, svolge, in questo settore, una vincolante funzione precettiva. La finalità di certezza del diritto del principio di irretroattività in ambito penalistico assume rilevanza soltanto secondaria rispetto alle prevalenti finalità – seppur diversamente articolate in riferimento ai singoli istituti – di *favor libertatis* e di pari trattamento; ciò consente di attribuire al *nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia* una notevole duttilità, al fine di potersi ben adattare, come recita la rubrica dell'art 2 c.p., ai differenti e peculiari casi di «successione di leggi penali».

7.1. L'irretroattività della legge penale.

Il principio di irretroattività della legge penale, in armonia col dettato costituzionale, trova conferma all'art. 2, comma I, c.p., per cui «Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato». Il campo di applicazione della norma, anche in virtù del confronto con i commi successivi dell'art. 2 c.p., è limitato alla cosiddetta *nuova incriminazione* (irretroattività in *malam partem*), o, per essere più precisi, alla nuova norma penale che introduce, estende od aggrava la responsabilità penale (*i.e.* norma penale sfavorevole).

Nonostante il contenuto del divieto conosca una generale condivisione in dottrina e giurisprudenza, esso presenta non poche criticità in ordine a due casi in particolare: l'atto normativo di interpretazione autentica e le misure di sicurezza. Riguardo al primo, il presupposto fattuale consiste in un conflitto interpretativo in ordine ad una disposizione penale, in cui è lo stesso legislatore ad intervenire nell'acclarare il significato della norma; è opinione maggioritaria, almeno in giurisprudenza, che l'atto di interpretazione autentica concernente una fattispecie incriminatrice, anche nel caso in cui comporti un'estensione del campo di applicazione della norma, non avendo portata

dalla comunità delle nazioni.» (*ex* art. 15, comma II, Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, ratificato in Italia con l. 25 ottobre 1977, n. 881).

innovativa, sia estraneo al divieto di cui agli artt. 25, comma II, Cost. e 2, comma I, c.p., pertanto, possa operare anche con efficacia *ex tunc*.¹¹⁵

Per ciò che riguarda, invece, le misure di sicurezza va senz'altro evidenziato un *vulnus* sia nella disciplina costituzionale, dato che l'art. 25, comma III, Cost. si limita ad affermare che «Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge», sia nella disciplina codicistica, dal momento che l'art. 200, comma I e II, c.p. stabilisce che «Le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione. Se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la misura di sicurezza è diversa, si applica la legge in vigore al tempo della esecuzione». Dal tenore letterale delle disposizioni sopracitate sembrerebbe l'applicazione retroattiva della legge sfavorevole – sebbene la misura di sicurezza possa consistere in una limitazione della libertà personale – tuttavia, in dottrina si è ritenuto che l'efficacia *ex tunc* della legge penale con riguardo alle misure di sicurezza possa essere, anche in assenza di una norma espressa, ma solo a rigor di logica, notevolmente circoscritta: dato che l'inflizione di una misura di sicurezza dipende ordinariamente dall'essersi verificato un reato, essa non potrà mai essere erogata per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, o secondo la legge successiva, non costituiva reato.¹¹⁶

Il divieto di retroattività è completato dal divieto di ultrattività della legge penale (*abolitio criminis*), di cui all'art. 2, comma II, c.p., ove si stabilisce che «Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituiva reato; e se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli

¹¹⁵ *Contra* F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 64. Secondo l'illustre Autore per i fatti “nuovi” ricavati da atti normativi di interpretazione autentica – così anche per gli orientamenti giurisprudenziali più sfavorevoli successivi alla commissione del fatto – dovrebbe egualmente escludersi la punibilità, non in base agli artt. 25, comma II, Cost. e 2, comma I, c.p., ma in virtù della scusabilità dell'*error legis* inevitabile (vedi sez. IV, 12.2).

¹¹⁶ G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *op. cit.*, p. 258 ss, C.FIORE-S.FIORE, *op. cit.* p. 671.

effetti penali». Nonostante si ritenga, impropriamente, che la norma sia espressione del principio di *favor rei*, è opinione pacifica che la norma, invece, risponda alle superiori esigenze di eguaglianza;¹¹⁷ tuttavia, la finalità di parità di trattamento va intesa non nel senso di un'equiparazione assoluta tra il fatto incriminato commesso prima e quello, invece, non più incriminato, commesso dopo l'entrata in vigore della legge successiva – dato che nel primo caso il fatto costituiva reato e nel secondo, invece, non più – ma nel senso della pari inoffensività del fatto (vedi sez. III, 8., 10.), dal momento che il legislatore ha preferito disporre l'abrogazione della fattispecie incriminatrice.

L'irretroattività della legge penale non costituisce un principio assoluto, bensì soltanto relativo, nel senso che è lo stesso legislatore, in taluni casi specifici e conformemente alla Costituzione, a prevedere l'ammissibilità di deroghe. Esemplificativo al riguardo è l'art 2, comma IV, c.p., in virtù del quale «Se la legge del tempo in cui il reato fu commesso e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile». Rinviando ad una più attenta disamina della distinzione tra *abolitio* e *mutatio criminis* (*infra*, 7.2.), la disposizione in esame ammette l'efficacia retroattiva (*in bonam partem*) – oltre che ultrattiva, seppure il dibattito in dottrina si sia ristretto principalmente alla retroattività – della norma penale che riserva al reo un trattamento più favorevole, inteso nei termini di limitazione od attenuazione della responsabilità penale (*i.e.* norma penale favorevole).

Nonostante la retroattività della *lex mitior* sia considerata dalla dottrina dominante un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico, la Corte costituzionale ne aveva inizialmente escluso l'inderogabilità, in quanto «[così]

¹¹⁷ F.PALAZZO, *op.cit.*, p. 160 ss; T.PADOVANI, *op. cit.*, p. 41; C.FIORE-S.FIORE, *op. cit.* p. 81; F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 86 ss. Nello stesso senso, ma con riferimento anche al principio di ragionevolezza G.FIANDACA-E.MUSCO, *op. cit.*, p. 88 e G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *op.cit.*, p. 269 ss.

come deve essere ritenuto conforme al richiamato disposto costituzionale il principio della retroattività della disposizione più favorevole, alla stessa conclusione dovrà pervenirsi in ordine alla legge che preveda la irretroattività delle norme favorevoli¹¹⁸; successivamente, pur ritenendo che «il regime giuridico riservato alla *lex mitior*, e segnatamente la sua retroattività, non riceve la tutela privilegiata di cui all'art. 25, comma II, della Costituzione, in quanto la garanzia costituzionale, prevista dalla citata disposizione, concerne soltanto il divieto di applicazione retroattiva della norma incriminatrice, nonché di quella altrimenti più sfavorevole per il reo», ha sancito che esso trova fondamento costituzionale nell'art 3 Cost., per cui «il principio di eguaglianza [...] impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti», facendo salve eventuali deroghe giustificate dalla necessità di tutelare interessi dotati di analogo rilievo costituzionale.¹¹⁹

A ogni buon conto, l'ammissibilità dell'efficacia retroattiva della *lex mitior* è limitata, per un lato, dalla preventiva costatazione circa la natura favorevole o meno della norma successiva, e, per l'altro, dall'intangibilità del giudicato penale. Con riferimento al carattere favorevole della disposizione, è pacifico in dottrina che la comparazione delle due norme non consista nella creazione da parte del giudice di un *mixtum compositum* tra le disposizioni in esame – anche perché comporterebbe una violazione dei principi di separazione dei poteri dello stato (*infra*, 4.) e di tassatività (*infra*, 6.) – ma in una valutazione “in concreto” da compiersi alla luce delle circostanze del fatto oggetto dell'accertamento, escludendo, quindi, l'astratta valutazione comparativa tra le due previsioni; la “concretezza” dell'accertamento (*i.e.* caso per caso), pur se

¹¹⁸ Corte cost., sent. 6 marzo 1995, n. 80. *Contra*, G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *op. cit.*, p. 268, secondo cui il principio in esame ha rango costituzionale, ma non in forza dell'art. 25, comma II, Cost., bensì in ragione dell'art. 3 Cost., il quale vieta ogni discriminazione irragionevole tra situazioni uguali od omogenee.

¹¹⁹ Corte cost., sent. 23 novembre 2006, n. 393 (vedi anche nota precedente).

presenta una difficile conciliabilità col principio di parità del trattamento, è, però, giustificata nei termini di ragionevolezza e di *favor rei*, che formano il pacifico sostrato dell'istituto in esame. Riguardo al secondo limite, diversamente dall'*abolitio criminis*, per la quale è ammessa la stessa caducità del giudicato penale, nei casi di *mutatio criminis*, con legge successiva più favorevole, si prevede, invece, l'insuperabilità del giudicato definitivo; il diverso regime, la cui *ratio* sembra ispirarsi all'intenzione del legislatore di preservare nei casi di *mutatio criminis* la stabilità delle decisioni giudiziarie, è, però, parzialmente derogato dall'art 2, comma III, c.p.¹²⁰

7.2. *Abolitio e mutatio criminis*. Il problema delle modificazioni “mediate”.

Al di fuori delle esperienze di depenalizzazioni, sono piuttosto rari i casi in cui il legislatore italiano, all'atto di sopprimere una fattispecie incriminatrice, abbia con ciò disposto l'irrelevanza penale di un dato comportamento. Anzi, nella quasi totalità dei casi si è registrato una migrazione della rilevanza penale di un fatto da una fattispecie all'altra, di parte speciale o della legislazione complementare.

Pertanto, sussiste la necessità di accertare se, a seguito di un intervento normativo di modifica di una o più fattispecie incriminatrici, sia riscontrabile un caso di *abolitio criminis* o di *mutatio criminis*.

Non sono particolarmente problematici i casi in cui la “novella” concerne il trattamento sanzionatorio, le condizioni di punibilità, o, la mera modificazione linguistica, poiché, risultando invariato il tenore precettivo della

¹²⁰ «Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'art. 135». Comma inserito con art. 14, l. 24 febbraio 2006, n. 85 (*Modifiche al codice penale in materia di reati d'opinione*).

fattispecie, codesti casi sono facilmente annoverabili tra le ipotesi di successione di leggi penali, con applicazione dell'art.2, comma IV, c.p.

La vicenda diviene, invece, complessa quando il provvedimento di modifica concerne elementi strutturali della fattispecie. Tra i casi emblematici – a titolo solo esemplificativo – sono meritevoli di nota: l'art 578 c.p., il quale prevedeva la punibilità dell'infanticidio per causa d'onore, poi sostituito con l'infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale *ex art. 1, l. 5 agosto 1981, n. 442*, la quale ha reso, attualmente, punibile il primo *ex art. 575 c.p.*, a titolo di omicidio (comune) doloso; gli artt. 314, 324, e 323 c.p., i quali punivano, rispettivamente, il peculato per distrazione, l'interesse privato in atto d'ufficio e l'abuso "innominato", *ex artt. 1, 13, 20, l. 26 aprile 1990, n.86* sono stati il primo modificato, il secondo abrogato, il terzo integralmente sostituito, ma i fatti ivi previsti sono, attualmente, sussumibili nella nuova fattispecie di abuso d'ufficio, ora, *ex art. 323 c.p. (novellato)*¹²¹; l'art. 317 c.p., il quale comprendeva la concussione per induzione, modificato dall'art. 1, comma 75, lett. d, l. 6 novembre 2012, n. 190 (*i.e.* legge anticorruzione), con migrazione della rilevanza penale del fatto – almeno secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità¹²² – verso la nuova fattispecie di induzione indebita a dare o promettere utilità, di cui all'art. 319^{quater} c.p., introdotto *ex art. 1, comma 75, lett. i, l. n.190/2012*.

L'ampiezza del numero dei casi coinvolti, nonché le difficoltà connesse all'attività qualificativa, hanno richiesto l'individuazione di taluni criteri-guida, affinché sia consentito all'interprete di poter, con un margine apprezzabile di

¹²¹ Di recente la Suprema Corte di Cassazione ha lasciato intendere di poter sussumere il peculato per distrazione anche nella fattispecie di peculato d'uso, *ex art. 314, comma II, c.p.*, ove ne sussistano i requisiti (Cass., Sez. Un., 2 maggio 2013, n.19054, Vattani, in *CED*, 255296).

¹²² Cass. Pen., Sez. VI, 21 maggio 2013, n. 21701 in *www.altalex.com*. Nello stesso senso, Cass. Pen., Sez. VI, 9 luglio 2013, n. 29338, *ivi*.

certezza, distinguere i casi di *abolitio* e *mutatio criminis*. Tuttavia, le soluzioni offerte dalla giurisprudenza – per la maggior parte legate ad esigenze di giustizia sostanziale, o comunque connesse all'affare processuale oggetto della decisione – non sono state sempre soddisfacenti.

Secondo il criterio più risalente nel tempo, poteva affermarsi una successione modificativa, con applicazione della legge più favorevole *ex art. 2, comma IV, c.p.*, quando il fatto concreto, oggetto dell'accertamento, poteva essere sussunto sia nella fattispecie antecedente sia in quella susseguente rispetto alla modifica. Per quanto questo criterio fosse di facile applicazione, fu aspramente criticato per i notevoli rischi che il suo utilizzo comportava; in primo luogo, questo criterio ignorava del tutto se tra le fattispecie in esame sussistesse un rapporto di specialità¹²³; in secondo luogo, la constatazione della sussumibilità del solo fatto concreto in entrambe le fattispecie prescindeva dall'eventuale eterogeneità degli elementi astratti delle norme considerate, con elusione mascherata del divieto di retroattività; infine, risultavano escluse dall'esame le diverse scelte di politica criminale sottostanti l'operato del legislatore.¹²⁴

Vagliate le insuperabili contraddizioni del criterio del fatto concreto, la giurisprudenza di legittimità, seguendo un orientamento risalente alla dottrina tedesca, ritenne che soltanto ove fosse registrata una “continuità del tipo di illecito” tra le fattispecie considerate, fosse applicabile l'art 2, comma IV, c.p.; il nesso di continuità, seguendo l'impostazione della Suprema Corte, doveva essere verificato nei termini di identità del bene giuridico protetto e della omogeneità delle modalità di offesa, senza, quindi, rinunciare completamente

¹²³ L'art. 15 c.p. stabilisce che «Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito».

¹²⁴ F.PALAZZO, *op.cit.*, p. 169 ss; F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 86.

al criterio del fatto concreto.¹²⁵ L'apparente plausibilità della scelta operata dalla Suprema Corte viene ad infrangersi contro gli innumerevoli problemi applicativi: se intesa in senso stretto, l'utilizzabilità del criterio della continuità del tipo d'illecito sarebbe circoscritta ai soli casi di identità tra le fattispecie in esame; se intesa in senso lato, invece, la comparazione risulterebbe condizionata da elementi estremamente valutativi, rendendo inaccettabili le conclusioni eventualmente raggiunte.¹²⁶

Il criterio, a cui, attualmente, la dottrina dominante e la giurisprudenza danno credito, riposa sulla sussistenza, tra le fattispecie astratte considerate, di una omogeneità di tipo "strutturale", rispetto agli elementi costitutivi delle fattispecie comparate (la condotta, l'evento e le modalità di offesa del bene giuridico, il tipo di coefficiente psicologico), in presenza dei quali è registrabile una successione di leggi penali, con applicazione della disposizione più favorevole *ex art. 2, comma IV, c.p.* La teoria dei rapporti strutturali, oltre a mostrare una forte solidità applicativa, presenta anche una discreta versatilità, e, quindi, adattabilità ai singoli casi prospettati; essa, infatti, oltre ad applicarsi ai rapporti d'identità, quando ad essere mutata è la disciplina ma non la fattispecie, è adatta nei casi di rapporti di specialità, sia da genere a specie, sia da specie a genere, finanche ai casi di specialità reciproca (o biunivoca) tra fattispecie.¹²⁷ Inoltre, ed è questo l'aspetto fondamentale, il criterio dei rapporti strutturali – seppure la sua declinazione in dottrina è notevolmente

¹²⁵ Cass. Pen., Sez. Un., 20 giugno 1990, Monaco, in *Foro it.*, 1990, II, p. 637. Applicando codesto criterio, la Suprema Corte di Cassazione ha ritenuto verificarsi una successione di leggi, *ex artt. 13, 20, l. 26 aprile 1990, n.86*, tra l'abrogata fattispecie di interesse privato in atto d'ufficio (art. 324 c.p.) e la novella fattispecie di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.).

¹²⁶ G.FIANDACA-E.MUSCO, *op. cit.*, p. 89; F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 86; C.FIORE-S.FIORE, *op. cit.* p. 84 ss.

¹²⁷ F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 87-88.

varia¹²⁸ – consente di poter distinguere, con un ampio, ma non assoluto, margine di certezza, i casi di *abolitio* e *mutatio criminis*.

Incidentale, rispetto agli istituti in esame, è il problema delle modificazioni “mediate”, con le quali si intendono gli interventi di modifica normativa che non incidono direttamente sulla struttura della fattispecie incriminatrice, ma che comportano una variazione soltanto indiretta o mediata, attraverso la modifica di norme integratrici – sia esse penali, extrapenali, e, per alcuni¹²⁹, anche extragiuridiche – rispetto alla fattispecie in esame, condizionando, però, la concreta applicazione di questa. Il novero delle ipotesi è esteso, e, seppur a titolo unicamente esemplificativo, possono, tra queste, essere ricompresi i casi di abrogazione del reato rispetto al quale era stato commesso il delitto di calunnia (art. 368 c.p.), l’abrogazione del reato (o dei reati) per la cui commissione era stata costituita un’associazione per delinquere (art. 416 c.p.), la modifica di norme penali definitorie (artt. 357 ss c.p. per le nozioni di pubblico ufficiale, incaricato al pubblico servizio, esercente del servizio di pubblica necessità), oppure la modificazione delle norme relative alle determinazioni di *status* e qualità del soggetto attivo, del soggetto passivo o della vittima del reato¹³⁰.

¹²⁸ In senso favorevole al criterio strutturale nei casi di specialità, Cass. Pen., Sez. Un., 16 giugno 2003, Giordano, in *Guid. dir.*, 2003, fasc. 26, p. 60; F.PALAZZO, *op.cit.*, p. 170; G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *op.cit.*, p. 281; T.PADOVANI, *op. cit.*, p. 43. In senso favorevole al criterio strutturale, ma nei soli casi di continenza, G.FIANDACA-E.MUSCO, *op. cit.*, p. 89. In senso favorevole al criterio strutturale, ma integrato dalla valutazione delle scelte di politica criminale compiute dal legislatore, C.FIORE-S.FIORE, *op. cit.* p. 88.

¹²⁹ G.FIANDACA-E.MUSCO, *op. cit.*, p. 97.

¹³⁰ Noto, al riguardo, è il caso ENEL, inizialmente ente pubblico, poi trasformato in società per azioni; la questione interpretativa riguardava l’attribuzione, o meno, della responsabilità penale per truffa aggravata ai danni di un ente pubblico (art. 640, comma II, n.1, c.p.) per un fatto commesso prima che l’ente in questione fosse convertito in persona giuridica di diritto comune.

La questione che maggiormente ha acceso il dibattito in dottrina, con la conseguente proliferazione di opinioni contrastanti, ed altalenanti orientamenti in giurisprudenza – alcuni di essi dettati per di più da esigenze di opportunità processuale – ha riguardato la definizione del regime giuridico applicabile alle modificazioni mediate.

Secondo le opinioni storicamente presenti in dottrina ed in giurisprudenza, l'intervento normativo di modifica in via mediata della fattispecie incriminatrice – almeno con riguardo all'ipotesi di abrogazione o limitazione – non costituiva un caso di successione di leggi penali, poiché, da un lato, la modifica non andava a variare, in astratto, gli elementi strutturali della fattispecie incriminatrice, che rimaneva, quindi, immutata in tutti i suoi aspetti, dall'altro lato, perché soltanto nel caso in cui la modifica avesse determinato, in concreto, il venir meno del disvalore del fatto, poteva ammettersi una successione di leggi penali. Ricordando che alcuni di questi orientamenti sono stati recentemente ribaditi dalla giurisprudenza di legittimità¹³¹ – anche se il maggior numero delle pronunce è perlopiù rimesso ad una valutazione caso per caso – non sono mancate aspre critiche circa l'insostenibilità degli argomenti utilizzati; in particolare, la verifica della persistenza, o meno, del disvalore del fatto, oltre ad esporsi al rischio di un incerto giudizio valutativo, poneva (e pone) seri e fondati dubbi sotto il profilo della parità di trattamento.

Più coerente, oltre che di felice ispirazione al principio di uguaglianza ed al *favor libertatis*, è l'opinione secondo cui l'intera vicenda delle modifiche mediate dovrebbe essere ricondotta sotto la stabile copertura dell'art. 2 c.p. Se è pacifico ritenere che, introducendo un elemento che estende, seppur in via mediata, l'ambito di applicazione di una fattispecie incriminatrice, sia applicabile l'art. 2, comma I, c.p., e, quindi, escludere la punibilità in virtù del principio di non-retroattività della legge penale, per le stesse ragioni, dovrebbe

¹³¹ Cass. Pen., Sez. Un., 16 gennaio 2008, n. 2451, Magera, in *CED*, 238197.

essere esclusa la punibilità, alla luce del principio di non-ultrattività, di cui all'art. 2, comma II, c.p., nel caso in cui si limiti, in via mediata, l'ambito di applicazione della norma penale. La *ratio*, alla base di questa deduzione, riposa sulla nozione di «fatto» prevista nella disposizione sopracitata; considerando che *ex art.* 2, comma I, c.p. per «fatto» debba intendersi un fattispecie storicamente definita da tutti gli elementi rilevanti e necessari per la sua applicazione, non esiste ragione affinché ciò non possa valere anche per la nozione di «fatto» di cui all'art. 2, comma II, c.p. Pertanto, nei casi in cui intervenga una modificazione mediata della fattispecie incriminatrice, si realizza in ogni modo una successione di leggi penali – con conseguente applicazione dell'art.2 c.p. – poiché la variazione della norma integratrice, pur se comporta una modifica soltanto indiretta della norma penale, va ad incidere su elementi che *ope legis* sono stati incorporati nella fattispecie incriminatrice.¹³²

7.3. Decreti-legge non convertiti e leggi incostituzionali.

Il codice penale, nella versione del 1930, annoverava, tra i casi nei quali era verificabile una successione di leggi penali, l'ipotesi descritta all'art 2, comma VI, c.p., stabilendo che «Le disposizioni di questo articolo si applicano altresì nei casi di decadenza e di mancata ratifica di un decreto-legge e nel caso di un decreto legge convertito in legge con emendamenti»; la *ratio* della norma era perfettamente radicata nell'ordinamento fascista, dato che i decreti reali,

¹³² T.PADOVANI, *op. cit.*, p. 45 ss. Nello stesso senso C.FIORE-S.FIORE, *op. cit.* p.90; F.PALAZZO, *op.cit.*, p. 168; G.FIANDACA-E.MUSCO, *op. cit.*, p. 97. *Contra* G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *op.cit.*, p. 277 ss, secondo cui si ha successione di leggi penali solo in presenza di modificazione di norme integratrici di natura definitoria o di variazione dell'integrazione tecnica per le norme penali in bianco, e F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 84-85, secondo cui l'art 2 c.p. è applicabile solo nei casi di norme penali in bianco, o nei casi di modifica di norme integratrici per l'introduzione di nuovi elementi mediati o l'abolizione di questi con perdita del disvalore del fatto.

cui erano riconosciuti effetti di legge, nel caso di mancata conversione perdevano efficacia *ex nunc*: «[...] il decreto cessa di aver vigore dal giorno della pubblicazione della notizia», *ex art. 3, l. 31 gennaio 1926, n. 100*. La caduta del regime fascista, le leggi transitorie, la promulgazione e l'entrata in vigore della Costituzione italiana, hanno determinato un'inversione nella disciplina dei decreti-legge; invero, la concentrazione del potere legislativo verso il Parlamento – a cui ha fatto seguito, in una prospettiva di *check and balances* tra i poteri dello Stato, la corrispondente riduzione dei poteri normativi del Governo – spiega la caducazione con efficacia *ex tunc* dei decreti legge non convertiti, *ex art. 77, comma III, Cost.*, secondo cui «I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti». La chiara discordanza tra la disposizione costituzionale e la norma codicistica ha giustificato l'intervento, seppur con ritardo, della Corte costituzionale, la quale ha dichiarato l'art 2, comma VI, c.p. costituzionalmente illegittimo «nella parte in cui rende applicabili alle ipotesi da esso previste le disposizione contenute nel secondo e terzo comma dello stesso art. 2 c.p.».¹³³

Dalla declaratoria d'incostituzionalità si evince chiaramente che la mancata conversione del decreto-legge esclude una successione di leggi penali; tuttavia, la stessa pronuncia della Corte, come risulta dalle motivazioni in diritto, era limitata ai soli fatti “pregressi”, o meglio, quei fatti che sono stati commessi precedentemente l'entrata in vigore del decreto, verso i quali, la perdita di efficacia *ex tunc* di quest'ultimo, li rende esclusivamente soggetti alla normativa precedente, sia essa favorevole o sfavorevole.

Diversa sorte, invece, toccherebbe ai fatti “concomitanti” – commessi durante la vigenza temporanea del decreto – rimasti estranei alla decisione della Corte, e sul quale si è concentrato maggiormente il dibattito in dottrina.

¹³³ Corte cost., sent. 19 febbraio 1985, n. 51.

Secondo alcuni, la questione circa il regime dei fatti concomitanti non potrebbe essere risolta in via ermeneutica, poiché l'art. 77, comma III, Cost. riserva esclusivamente al legislatore la disciplina dei rapporti (*recte*, fatti) sorti durante la vigenza del decreto. Ciò nonostante, la dottrina prevalente preferisce distinguere se dal decreto emerga una disciplina sfavorevole o, viceversa, più favorevole rispetto alla normativa previgente: nel primo caso, cioè in presenza di un decreto che introduca, espandi o aggravi la responsabilità penale, è esclusa l'applicazione del decreto-legge, preferendo la disposizione previgente più favorevole, ed assumendo come motivazione la caducazione totale del decreto in virtù dell'art. 77, comma III, Cost; nel secondo caso, quando il decreto disponga una disciplina più favorevole alla disciplina previgente – attraverso la limitazione o l'attenuazione della responsabilità penale – si è proposto di escludere l'applicazione della disciplina previgente sfavorevole, preferendo, invece, l'attuazione delle disposizioni del decreto, anche se non convertito, assumendo come motivazione ora la non punibilità per *error legis* inevitabile,¹³⁴ ora per il principio di retroattività della disposizione più favorevole *ex art. 25, comma II, Cost.*¹³⁵

Con riguardo al decreto-legge convertito, ma con emendamenti, le soluzioni proposte in dottrina, assumendo il parallelo ragionamento con i decreti-leggi decaduti, distinguono se all'approvazione dell'emendamento seguano la conversione o la non conversione del decreto; nel primo caso, non sussistono problemi di sorta, in quanto si compie una piena successione di

¹³⁴ T.PADOVANI, *op. cit.*, p. 49-50 ss; G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *op.cit.*, p. 286.

¹³⁵ C.FIORE-S.FIORE, *op. cit.* p.93; F.PALAZZO, *op.cit.*, p. 164-165; G.FIANDACA-E.MUSCO, *op. cit.*, p. 99 ss. *Contra*, F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 93; Secondo l'illustre Autore, l'applicazione, *ex art. 25, comma II, Cost.*, ai fatti concomitanti del decreto non convertito, ove esso preveda disposizioni più favorevoli, espone l'intera comunità ai pericoli di «colpi di mano» da parte del Governo; pertanto, sarebbe preferibile – prosegue l'Autore – ritenere prevalente l'art. 77, comma III, Cost., ed escludere, così come per i fatti progressi, anche per i fatti concomitanti, l'applicazione del decreto.

leggi penali; nel secondo, invece, ove l'approvazione dell'emendamento escluda la conversione del decreto, la dottrina dominante applica le medesime valutazioni riferite al decreto-legge non convertito.

Estranea all'ambito di applicazione dell'art. 2, comma VI, c.p., ma con apprezzabili parallelismi applicativi, la vicenda delle leggi penali gravate da una declaratoria d'incostituzionalità è una delle questioni più delicate a cui la dottrina e la giurisprudenza hanno dovuto far fronte (*infra*, 5.) Il travagliato processo interpretativo ha riguardato, innanzitutto, la natura dichiarativa o costitutiva delle sentenze d'incostituzionalità. Secondo l'art. 136, comma I, Cost., «Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione»: in base ad esso poteva essere riconosciuta alle sentenze d'incostituzionalità una efficacia soltanto *ex nunc*, estromettendo lo stesso giudizio *a quo*, dal quale la questione era sorta. Tuttavia, considerato che l'ammissibilità del ricorso alla Consulta è subordinata alla rilevanza rispetto al giudizio *a quo*, sarebbe risultato irragionevole – anche perché, altrimenti, nessuna parte avrebbe avuto interesse a sollevare una eccezione d'incostituzionalità – non ammettere che la sentenza producesse effetti sul giudizio pendente. La modifica sopraggiunta a distanza di pochi anni; invero, *ex art.* 30, comma III e IV¹³⁶, l. 11 marzo 1953, n. 87 fu definita la retroattività delle sentenze d'incostituzionalità, con effetto anche demolitorio del giudicato penale, al pari dell'*abolitio criminis*.

L'effetto retroattivo delle sentenze della Corte ha, però, posto il problema del regime applicabile ai fatti commessi durante la vigenza della legge poi dichiarata incostituzionale. Mentre risulta pacifica l'inapplicabilità

¹³⁶ «Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e gli effetti».

della legge in esame quando essa contempra una norma penale sfavorevole, è, invece, controverso il caso in cui questa presenti una norma penale favorevole, la cui incostituzionalità comporterebbe l'applicazione di altra norma, preesistente o concorrente, sfavorevole. L'opinione prevalente in dottrina è di accordare a quest'ultima categoria di casi il regime previsto dalla norma più favorevole, anche se dichiarata incostituzionale, poiché, altrimenti, si avrebbe un'elusione mascherata all'art. 25, comma II, Cost. Tuttavia, l'atteggiamento della Corte costituzionale non è stato sempre accondiscendente; in un primo momento, la Corte, seguendo l'impostazione di un autorevole dottrina¹³⁷, al fine di non porsi in contrasto col principio di riserva di legge, e ritenendo i ricorsi carenti per difetto di rilevanza rispetto al giudizio *a quo*, aveva dichiarato inammissibili le eccezioni d'incostituzionalità delle norme penali favorevoli; in seguito la Corte, abbandonando l'orientamento precedente, ha correttamente distinto, il principio di *favor libertatis* ex art. 25, comma II, Cost., dall'ammissibilità delle questioni vertenti su norme penali favorevoli, le quali non possono essere sottratte al sindacato della Corte, «a pena di istituire zone franche del tutto imprevedute dalla Costituzione, all'interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile».¹³⁸

Sezione III Reato e bene giuridico nella Costituzione italiana

8. Il reato come offesa ad un bene giuridico.

La funzione della pena come integrazione sociale – *sub specie*, funzione di orientamento e risocializzazione – sarebbe sicuramente elusa se la pretesa

¹³⁷ G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *op.cit.*, p. 287.

¹³⁸ Corte cost., sent. 3 luglio 1983, n. 148. Nello stesso senso, Corte cost. sent. 23 novembre 2006, n. 394 (*infra*, 5.).

punitiva fosse fondata esclusivamente sul principio di legalità.¹³⁹ Stessa sorte toccherebbe anche ai principi di *extrema ratio*¹⁴⁰ e di proporzionalità laddove fosse sufficiente ai fini della responsabilità penale la sola corrispondenza del fatto storico a quello, invece, descritto nella fattispecie incriminatrice. Invero, se comunemente si afferma che l'operatività dello strumento penale è ammessa solo in via sussidiaria rispetto ad altri strumenti di controllo sociale, è evidente che ciò potrà avvenire solo in presenza di un fatto che sia in grado di turbare seriamente la pacifica convivenza tra i consociati, e, quindi, a rendere inevitabile l'intervento statale mediante la sanzione penale;¹⁴¹ allo stesso modo risulterebbe impossibile – oltre che pericoloso per la libertà personale – commisurare l'intensità della sanzione non avendo come riferimento la serietà dell'offesa arrecata. Alle medesime conclusioni si potrebbe egualmente pervenire se fossero presi in considerazione gli

¹³⁹ «Un sistema autoritario può permettersi di enunciare soltanto quei principi come quello di legalità – *nullum crimen sine lege* – che nei fatti non risultino d'ostacolo al disegno politico-giuridico repressivo», S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 19.

¹⁴⁰ Il principio di sussidiarietà è comunemente anche definito di *extrema ratio* per il debito che la scienza penalistica paga a Cesare Beccaria, secondo cui «ogni pena che non derivi dall'assoluta necessità, dice il grande Montesquieu è tirannica; proposizione che si può rendere più generale così: ogni atto di autorità di un uomo a uomo che non derivi dall'assoluta necessità è tirannico. Ecco dunque sopra di che è fondato il diritto del sovrano di punire i delitti». C.BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 11.

¹⁴¹ Convincente è l'opinione F.BRICOLA, *op. cit.*, p. 16., quando, discorrendo del legame tra i principi di necessaria lesività e sussidiarietà, afferma: «Può sembrare strano che un corollario così ovvio non sia mai stato dedotto in funzione di una precisazione del criterio di *extrema ratio* [...]; la singolarità si chiarisce però non appena si pon mente al fatto che di *extrema ratio* si è soprattutto parlato nell'ambito di sistemi costituzionali che non possedevano il carattere di rigidità, ovvero non attribuivano una portata così rilevante (come la Costituzione del 1948 e in genere le Costituzioni vigenti) al tema della libertà personale».

argomenti di razionalità ed efficienza; il ricorso alla pena criminale di fronte a fatti “bagatellari” – verso i quali sono, invece, più appropriate forme di intervento secondario, come la sanzione civile, amministrativa, disciplinare – non apparirebbe né logico né utile, con il conseguente esito negativo nel rapporto costo-benefici.¹⁴²

Non sono quindi solo ragioni di opportunità o convenienza, ma soprattutto esigenze di salvaguardia della libertà personale, ad imporre la qualificazione del reato come fatto offensivo (*recte*, necessariamente lesivo).

D'altra parte, la grande questione, che per anni ha impegnato la dottrina penalistica italiana ed europea, è stata determinare quale fosse l'oggetto dell'offesa. La varietà delle opinioni espresse in passato ha mostrato la necessità di ricondurre i termini dell'offesa ad un contenuto sempre più preciso, affinché assuma una veste squisitamente laica e giuridica. Erano, quindi, insoddisfacenti – oltre che sterili sotto i profili della politica criminale – le opinioni che, riguardo all'oggetto dell'offesa, rinviavano alla violazione di precetti morali od etici.¹⁴³ La rilevanza etica di un comportamento è limitata

¹⁴² I costi sono senz'altro elevati, e praticamente nulli i benefici, di fronte all'inarrestabile proliferazione di fattispecie incriminatrici. All'indebolimento dell'effetto criminal-pedagogico si aggiungono gli effetti prodotti dall'errata considerazione per cui la norma penale non richiederebbe copertura finanziaria. L'evidenza empirica, invece, dimostra che il peso del numero eccessivo di fattispecie incriminatrici è posto tutto a carico degli uffici giudiziari e di polizia giudiziaria, che spesso, per carenza di risorse umane e finanziarie, non sono nella possibilità materiale di perseguire i reati; senza considerare, poi, l'incidenza che tutto questo ha sulla ragionevole durata del processo, sulla corretta e sana amministrazione della giustizia, e, quindi, sui diritti dei cittadini.

¹⁴³ «Il delitto è la violazione di un dritto o naturale, o civile dell'uomo: ovvero una mancanza dell'adempimento dell'obbligazione o naturale, o civile», F.M.PAGANO, *Principij del codice penale e logica de' probabili*, Napoli, 1819, p. 1. Più recente è la posizione di R.GAROFALO, *Studio sul delitto e sulla teoria della repressione*, 2 ed., 1891, p. 36 quando afferma che il «delitto naturale» è «da lesione di quella parte del senso morale che consiste nei sentimenti altruistici, la pietà e la probità, in guisa che l'offesa ferisca [...] di tali

alla sola vicenda interna dell'individuo che la compie; viceversa, un ordinamento giuridico, informato ai principi laici di uno Stato sociale di diritto, dovrebbe mostrarsi neutrale rispetto all'immoralità del fatto, e concentrarsi piuttosto sulla dannosità sociale.

In questo modo, l'oggetto della tutela penale¹⁴⁴ assume una fisionomia intesa non in senso "statico", cioè come bene – od interesse, se si vuole evidenziare il rapporto di tensione che corre tra il bene e la persona che ne è titolare (*i.e.* soggetto passivo) – dal valore intrinseco o fine a stesso, bensì in senso "dinamico", poiché la tutela esercitata mediante l'impiego dello strumento penale produce un effetto utile per il sistema sociale,¹⁴⁵ e, per antitesi, l'offesa a quel bene od interesse – a cui fa riferimento la norma incriminatrice, rispetto alla condotta costituente aggressione ai medesimi – genera un pregiudizio apprezzabile per la collettività, e rilevante per l'ordinamento giuridico.¹⁴⁶

sentimenti [...] la parte più comune, che è considerata come patrimonio morale indispensabile di ciascun individuo nella comunanza sociale». Sull'argomento anche H.WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, 1939, ora in *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin, 1975, p. 138-139, n.t. 30, secondo cui «tutte le norme incriminatrici vietano comportamenti immorali, [...] il generale contenuto di disvalore di tutte le norme è il comportamento vietato in quanto socialmente immorale».

¹⁴⁴ Il concetto di bene giuridico quale oggetto della tutela penale, storicamente, viene attribuito a J.M.F.BIRNBAUM, *Über das Erfordernis einer Rechtsgutsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*, in *Archiv des Criminalrechts*, 1834, p. 149 ss.

¹⁴⁵ G.FIANDACA-E.MUSCO, *op. cit.*, p. 5.

¹⁴⁶ F.PALAZZO, *op. cit.*, p. 59-61; l'illustre Autore non manca di precisare che una valutazione sulla dannosità sociale astratta rispetto al contesto o all'ambiente sociale in cui si manifesta costituisce un esercizio dello *jus puniendi* dal sostanziale tenore antidemocratico e sopraffattorio.

9. La Costituzione come direttrice nella selezione del bene giuridico.

La connessione esistente tra il disvalore sociale espresso da un dato fatto storico e l'oggetto della tutela penale richiede un duplice approfondimento per ciò che interessa il processo di traduzione dalla piattaforma sociale alla definizione giuridica e, da questo, la determinazione dei criteri di selezione del bene giuridico.

È pur vero che, affinché sia compiuta la funzione di orientamento della norma penale, il contesto sociale acquista la qualità di punto di riferimento ineliminabile, non solo ai fini dell'individuazione del disvalore, oltretutto della propria intensità, sottostante ad un dato accadimento storico, ma, più di tutto, perché in codesto modo si realizza quella corrispondenza di scopi tra il contenuto della fattispecie incriminatrice e la disapprovazione sociale riferita ad una determinata condotta o categoria di queste.¹⁴⁷ Tuttavia, sebbene l'oggetto della tutela penale si manifesti come una componente esteriorizzata della realtà sociale, ciò non esclude che su di esso possa effettuarsi una valutazione in termini positivi, né consente di confondere il bene giuridico con i parametri di misurazione del disvalore sociale.¹⁴⁸

Le riflessioni precedenti inducono a ritenere che, anche se l'oggetto della tutela penale tragga origine da una valutazione sulla dannosità sociale, nel processo di traduzione in fattispecie incriminatrice, il bene (od interesse) selezionato possa perdere quella dimensione unicamente sociale e pre-giuridica per acquisire, poi, contorni spicciamente giuridici e dommatici. A questo punto è possibile introdurre la seconda delle questioni inizialmente poste, e, in particolare, per ciò che concerne il rapporto tra il bene giuridico e lo scopo della norma penale, la preesistenza del valore tutelato rispetto alla norma, nonché i criteri di selezione del bene giuridico protetto.

¹⁴⁷ S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 63.

¹⁴⁸ F.PALAZZO, *op. cit.*, p. 68-69.

Già in passato, non sono mancate valide opinioni per le quali il ruolo del bene giuridico finiva per ridursi ad una sorta di appendice del più ampio scopo della norma; tuttavia, pur avendo accolto una concezione teleologica del reato (sez. I, 1.,3.), deve essere respinta la tesi (la cosiddetta concezione “metodologica”) che assume l’incorporazione del bene giuridico nella *ratio legis* giustificatrice dell’intervento penale, in quanto si finirebbe – a tutto pericolo per la libertà personale – per avallare ogni motivazione arbitrariamente assunta dal legislatore.¹⁴⁹

D’altronde, affinché il principio di offensività (v. 10.) svolga la delicata funzione di circoscrivere l’area del penalmente rilevante a quei comportamenti che presentino un effettivo e serio profilo di lesività, il bene giuridico dovrà mostrarsi preesistente rispetto alla norma penale,¹⁵⁰ e la selezione dei beni tutelabili dovrà risultare altresì vincolante per il legislatore.¹⁵¹ Invero, la necessità di far salvi entrambi i presupposti è stata la ragione per cui in dottrina si prospettò l’idea di una teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico.¹⁵²

Muovendo dalle considerazioni per cui l’art. 13 Cost. attribuisce alla libertà personale il rango di libertà fondamentale per l’ordinamento giuridico, questa può essere – legittimamente – limitata, mediante il ricorso alla sanzione penale, soltanto in presenza di una violazione “significativa” di un altro bene di rilevanza costituzionale. Inoltre, allo scopo di evitare inesattezze e rozze

¹⁴⁹ Cfr. G.FIANDACA-E.MUSCO, *op. cit.*, p. 10; T.PADOVANI, *op. cit.*, p. 81-82.

¹⁵⁰ Nel dibattito intorno al concetto di bene giuridico, la teorizzazione dell’oggetto della tutela penale come bisogno sociale necessariamente preesistente alla disciplina giuridica fu valorizzata da F. von LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, XV ed., Berlin, 1905, p. 140, secondo cui «il contenuto antisociale dell’illecito è indipendente dal giusto apprezzamento da parte del legislatore. La norma giuridica lo trova, ma non lo crea».

¹⁵¹ F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 200.

¹⁵² F.BRICOLA, *op. cit.*, *passim*.

imprecisioni, si ritenne che la rilevanza costituzionale del bene leso non potesse descriversi come mera non antitecità del bene medesimo rispetto alla Costituzione, ma, anzi, che esso dovrebbe assurgere tra i valori esplicitamente o implicitamente garantiti dalla Carta Costituzionale.¹⁵³ Un così ristretto margine di discrezionalità¹⁵⁴ nella scelta del bene giuridico, anche attraverso le felici connessioni con i principi di sussidiarietà, proporzionalità, del finalismo rieducativo (*recte*, di risocializzazione), prospetta, od almeno dovrebbe prospettare, l'incostituzionalità di quelle norme penali che, anche se tutelano beni muniti di rilevanza sociale, non assumono rilievo costituzionale nei termini sopra evidenziati; o l'illegittimità di quelle fattispecie incriminatrici riferite a beni antitetici rispetto alle norme, allo spirito od all'ordine costituzionale;¹⁵⁵ ed infine, l'illegittimità di quelle fattispecie che, pur se agiscono in difesa di valori costituzionali, forniscono una tutela penale sproporzionata.¹⁵⁶

¹⁵³ F.BRICOLA, *op. cit.*, p. 16.

¹⁵⁴ F.BRICOLA, *op. cit.*, p. 17: «È necessario che, in quel processo di ulteriore specificazione che l'oggettività giuridica assume a contatto di ogni singola fattispecie, il bene non perda la sua fisionomia costituzionale; d'altro canto il legislatore ha un preciso dovere di tutelare penalmente il valore nella sua esatta dimensione costituzionale».

¹⁵⁵ Sono, quindi, illegittime le norme penali che incriminano condotte connesse all'esercizio dei diritti di libertà; sono egualmente illegittime le fattispecie incriminatrici che contengono comandi o divieti fondati su una discriminazione tra i cittadini per ragioni di sesso, razza, lingua, religione o condizioni personali. Invero, per violazione del principio di non discriminazione in base alle condizioni personali *ex art. 3*, comma I, e non anche per la violazione al principio di non colpevolezza fino a sentenza definitiva di condanna *ex art. 27*, comma II, che la Corte cost. aveva dichiarato, inizialmente, l'incostituzionalità parziale degli artt. 707 e 708 c.p. (rispettivamente, Corte cost., sentt. 2 febbraio 1971, n. 14 e 19 luglio 1968, n. 110).

¹⁵⁶ F.BRICOLA, *loc. cit.* Tuttavia lo stesso Autore non manca di mostrare una certa sfiducia in un possibile ruolo incisivo della Corte costituzionale nel dichiarare l'illegittimità delle

Nonostante il compatto legame che viene a formarsi tra l'offesa e la copertura costituzionale del bene giuridico, la solidità dell'opinione, prima espressa, sembra vacillare di fronte ai limiti concernenti il campo di espansione della rilevanza costituzionale "implicita" del bene giuridico e i termini di significatività della lesione.

Emerge, infatti, nel dibattito dottrinale il dubbio per cui il giudizio circa il carattere significativo dell'offesa non offra ripari, ma che, anzi, segni un'apertura di misura consistente alla discrezionalità politica del legislatore, tale da sottrarlo allo stesso sindacato di costituzionalità, salvo che per i casi di manifesta irragionevolezza. Pur volendo integrare il giudizio sulla significatività dell'offesa, ricorrendo ai criteri (valutativi) della meritevolezza o del bisogno della tutela penale, non sarebbe eliminabile – se non altro, non del tutto – quel margine di scelta connesso all'esercizio del potere legislativo in ambito penale.¹⁵⁷

Anche la questione della rilevanza costituzionale "implicita" del bene giuridico è stato oggetto di approfondimento scientifico da parte della dottrina italiana. Ciò che ha fortemente acceso l'intensità del dibattito è la questione circa il raggio di operatività di una copertura costituzionale implicita, dato che, al fuori dei casi di "presupposizione necessaria",¹⁵⁸ sembra essere alquanto

norme penali emanate secondo modalità non conformi alla Costituzione nel senso sopra chiarito; ciò sarebbe confermato sia da vincolanti circostanze normative (al riguardo, l'art. 28, l. cost. 11 marzo 1953, n. 87 stabilisce che «Il controllo di legittimità della Corte costituzionale [...] esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento») sia dalla convinzione che un eventuale sindacato di illegittimità sarebbe limitato ai soli casi di manifesta irragionevolezza della norma penale.

¹⁵⁷ T.PADOVANI, *op. cit.*, p. 89. (Vedi anche nota precedente).

¹⁵⁸ F.BRICOLA, *op. cit.*, p. 16-17: «L'illecito penale può ledere un valore privo di rilievo costituzionale, ma legato ad un valore costituzionale da un rapporto di presupposizione necessaria; talché, cioè, la lesione del primo sia necessariamente ed inequivocabilmente idonea a mettere in pericolo il secondo».

incerto, o, al contrario, estremamente limitato; la ragione di questa evidente limitazione può essere compresa, se, alla rilevanza costituzionale del bene giuridico, si accompagni l'intima connessione con il principio di *extrema ratio*, e, quindi, la preferibilità verso strumenti di controllo extrapenali.¹⁵⁹

Tuttavia, a questa scrupolosa ed attenta osservazione si sono opposte la dottrina dominante e la stessa Corte costituzionale attraverso argomentazioni spinte più da logiche di conservazione che da esigenze di coerenza sistematica e di garanzia. In prima istanza, si è eccepito che la Costituzione non funge da “catalogo” dei beni giuridici, con la conseguenza che non tutti i beni meritevoli di tutela penale trovano in essa espressa considerazione;¹⁶⁰ si è altresì obiettato che i beni che non trovano un'esplicita menzione nella Carta fondamentale non debbano essere, per questo, necessariamente declassati a beni inferiori, in quanto la Costituzione del 1948 è storicamente condizionata alla legislazione ad essa precedente, e quindi, può risultare carente nella tutela dei beni di nuova generazione.¹⁶¹ Ration per cui, senza privare il bene giuridico di un volto costituzionale, l'opinione prevalente riconosce alla Carta, oltre alla indubbia funzione di controllo sulla legittimità della legislazione penale vigente, la funzione di “direttiva programmatica di tutela”¹⁶²

¹⁵⁹ F.BRICOLA, *op. cit.*, p. 18: «Il margine di vincolo è soltanto *negativo*: il legislatore cioè, non può adottare la sanzione penale se non per fatti lesivi di valori costituzionali; tuttavia, anche in presenza di un fatto dotato di tale forza lesiva, potrebbe egualmente far ricorso a modelli sanzionatori extrapenali».

¹⁶⁰ F.PALAZZO, *op. cit.*, p. 70.

¹⁶¹ G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *op. cit.*, p. 499.

¹⁶² G.FIANDACA-E.MUSCO, *op. cit.*, p. 24. Cfr. F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 186, il quale, analogamente, nella selezione dei beni giuridici assegna alla Costituzione la funzione di «direttrice fondamentale».

tendenzialmente vincolante per il legislatore¹⁶³, da cui scaturiscono due effetti di rilievo: in primo luogo, la tutela di un bene giuridico, pur se riceva una copertura costituzionale, non necessariamente dovrà spiegarsi nel ricorso allo strumento penale;¹⁶⁴ in secondo luogo, il legislatore conserva un, seppur parziale, connaturale margine di discrezionalità sulla scelta dei beni giuridici,¹⁶⁵ anche se non di diretta derivazione costituzionale,¹⁶⁶ nonché sull'*an* e sul

¹⁶³ In questo senso, Corte cost., sent. 28 dicembre 1978, n. 71, la quale ha affermato che, per quanto concerne la scelta degli oggetti della tutela penale, «non si può in nessun modo ritenere vincolato il legislatore al perseguimento di specifici interessi».

¹⁶⁴ Fuori dai casi di obblighi costituzionali espressi – il cui unico precetto esemplificativo sembra essere l'art. 13, comma IV, in forza del quale «È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà», ma analoga conclusione potrebbe prospettarsi per l'art. 18, comma II, secondo cui «Sono proibite le associazioni segrete e quelle che perseguono, anche indirettamente, scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare» – è possibile affermare che un generico obbligo costituzionale di tutela non equivale affatto ad un obbligo di tutela penale, ragion per cui possono attivarsi anche strumenti d'intervento extrapenale. Inoltre, pur se si riconosce alla Costituzione la delicata funzione di direttiva programmatica della tutela penale – e salvo quanto già ribadito sulla nutrita relazione tra ideologia, politica e diritto (v. Sez. I) – ciò non equivale ad assegnare al diritto penale un'autonoma “funzione propulsiva” nell'attuazione degli scopi di promozione sociale stabiliti dalla Costituzione. Sul punto, cfr. G.FIANDACA-E.MUSCO, *op. cit.*, p. 25. Sull'inesistenza di obblighi costituzionali “impliciti” di incriminazione la Corte cost. (sent. 3 dicembre 1969, n. 147) ha avuto modo di pronunciarsi, ritenendo che «appartiene alla politica legislativa il potere di stabilire, in relazione a un determinato contesto storico, se siano sufficienti le sanzioni di natura civile o se sia necessario disporre anche delle misure penali». Nello stesso senso, Corte cost., sent. 28 dicembre 1998, n. 447.

¹⁶⁵ G.MARINUCCI-E.DOLCINI, *op. cit.*, p. 500, seppure l'Autore precisa (p. 517) che la rilevanza costituzionale di un particolare bene, o categoria di beni, possa comunque fungere da indice rivelatore della meritevolezza della tutela penale.

¹⁶⁶ G.FIANDACA-E.MUSCO, *loc. cit.*; F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 190-192.

quomodo della tutela penale, senza, però, potersi sottrarre alla stretta osservanza dei principi – ragionevolezza, proporzionalità, eguaglianza – e dei diritti fondamentali cristallizzati in Costituzione.¹⁶⁷

10. La funzione sistematica-classificatoria, politico-garantista ed interpretativa del bene giuridico: il principio di offensività.

La complessa vicenda intorno all'individuazione del bene giuridico non esaurisce l'approfondimento delle tematiche connesse all'esercizio del potere punitivo del legislatore verso quei fatti portatori di disvalore sociale; anzi, rimane tuttora aperta la questione della scelta delle tecniche di tutela teoricamente concepibili e della soglia di punibilità su cui fissare i fondamenti della responsabilità penale.¹⁶⁸ D'altra parte, la potestà legislativa in materia penale non può fondarsi unicamente sull'astratta considerazione degli interessi o dei beni che s'intende proteggere, ma comporta necessariamente un più ampio confronto con le istanze politico-criminali rinvenibili nella Carta fondamentale, nonché con le proprietà e le funzioni, tradizionalmente, riconosciute al bene giuridico.

Partendo dalla compilazione del codice Rocco, al bene protetto, coincidente con l'oggetto della tutela penale,¹⁶⁹ e già privato di ogni

¹⁶⁷ In questo senso, recentemente, Corte cost., sent. 9 maggio 2013, n. 85, secondo cui «la Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. [...] Il punto di equilibrio, dinamico e non prefissato in principio, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale».

¹⁶⁸ D.PULITANÒ, *Diritto Penale*, V ed., Torino, 2013, p. 120.

¹⁶⁹ Il tecnicismo-giuridico, seguendo l'impostazione di A. Rocco, tradizionalmente distingueva l'"oggetto giuridico formale", circa la *potestas* esercitata dallo Stato affinché

riferimento pre-giuridico (v. Sez. I, 1.), era riconosciuta una preminente funzione sistematico-classificatoria. Invero, è indubbio che anche le più moderne compilazioni considerano il bene giuridico uno strumento dall'utile finalità di classificazione delle singole fattispecie incriminatrici, tale da ottenere una pluralità di raggruppamenti di queste, organizzate sistematicamente per beni giuridici di categoria, ovvero un substrato di disvalore comune ed omogeneo da cui estrarre per ciascuna di esse l'oggetto specifico della tutela penale. Tuttavia, la sola funzione sistematico-classificatoria riconosciuta al bene giuridico non può considerarsi soddisfacente, per tre ordini di motivi: in primo luogo, giacché la designazione del bene giuridico per categorie omogenee non consente di differenziare direttamente l'oggetto della tutela penale della singola fattispecie, il quale correrebbe il rischio di essere identificato *a priori* o in via intuitiva, finanche di essere declassato a *ratio* della previsione incriminatrice;¹⁷⁰ in secondo luogo, poiché assegna al bene giuridico una veste unicamente formale, annullando, in fatto, ogni finalità di garanzia che esso possa spiegare per la scelta delle tecniche di tutela penale da parte del legislatore;¹⁷¹ infine, perché dall'articolazione delle fattispecie dipendono non soltanto i beni giuridici selezionati, ma soprattutto le modalità di tutela e le diverse soglie di punibilità praticabili.¹⁷²

siano obbedite dai cittadini le proprie norme, l'“oggetto giuridico sostanziale generico”, la prerogativa dello Stato a conservare se stesso, e l'“oggetto giuridico sostanziale specifico”, ovvero il bene giuridico (*recte*, interesse, rispetto al soggetto titolare del medesimo). Cfr. G.FIANDACA-E.MUSCO, *op. cit.*, p. 9, il quale, a tal proposito, discorre di una superfetazione concettuale sintomatica di un processo di “formalizzazione” del bene giuridico, ormai spogliato della funzione di limite vincolante all'esercizio della pretesa punitiva.

¹⁷⁰ F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 204-205.

¹⁷¹ G.FIANDACA-E.MUSCO, *op. cit.*, p. 9.

¹⁷² D.PULITANÒ, *op. cit.*, p. 133-134.

A questo punto è intuibile che al bene giuridico spettano ben altre funzioni, piuttosto che soltanto quelle sopra descritte. La tipicità, per ciò sola, della fattispecie incriminatrice, generale ed astratta, pur se fossero rispettati i canoni di stretta legalità, non sarebbe comunque in grado di portare a compimento le finalità che l'ordinamento costituzionale attribuisce alla pena criminale, *sub specie* integrazione sociale (v. Sez. I, 3.). Una concezione del reato teleologicamente orientata alle funzioni della sanzione penale, e strutturata in osservanza dei principi laici di un stato sociale di diritto, richiede che il fatto tipico, così come descritto nella fattispecie incriminatrice di parte speciale, incarni il contenuto di disvalore sociale su cui poggiano i fondamenti della responsabilità penale. Riportando quanto è stato autorevolmente sostenuto, «il distinguo tra conformità del fatto al tipo e l'offesa non spezza l'unità del reato»¹⁷³, anzi, la necessaria lesività del fatto incriminato, sommandosi agli altri elementi costitutivi del reato, diviene oggetto fondamentale dell'accertamento giudiziale, e presupposto indefettibile alla responsabilità penale. La necessaria lesività va, dunque, a colmare lo “scarto” tra il fatto, generale ed astratto, tipizzato nella fattispecie incriminatrice, e la dannosità della condotta come offesa ad un bene giuridico, espressa nei termini di lesione o almeno di messa in pericolo (*nullum crimen sine iniuria*);¹⁷⁴ l'astratta “lacerazione” tra tipicità ed offensività è destinata ad essere rimarginata, ribadendo che la portata applicativa del principio costituzionale di legalità, abbracciando tutti gli elementi del reato, comprende anche l'offesa (la cosiddetta concezione “realistica” del reato). Il fatto tipico è, pertanto, destinato a rivelarsi come fatto offensivo tipizzato (*nullum crimen sine lege et iniuria*).¹⁷⁵

¹⁷³ F.BRICOLA, *op. cit.*, p. 80, 82.

¹⁷⁴ F.PALAZZO, *op. cit.*, p. 78-79, 87.

¹⁷⁵ F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 194.

Invero, l'esito delle riflessioni sopra esposte produce ampi risvolti sul piano dommatico ed applicativo, poiché la composizione delle fattispecie incriminatrici, nonché la loro applicazione nell'accertamento giudiziale, importa la necessaria verifica non solo della conformità del fatto storico alla previsione legale, ma anche il riscontro della capacità offensiva (*recte*, della necessaria lesività) del fatto contestato, come elemento, naturalmente implicito, costitutivo della responsabilità penale,¹⁷⁶ potendo, quindi, accostarsi alla tipicità la corrispondente rilevanza offerta dal principio di offensività.

Passando al fondamento normativo, l'ambito di applicazione del principio di offensività è comunemente ricondotto alle vicende dell'art. 49, comma II, c.p., secondo cui: «La punibilità è altresì esclusa quando, per inidoneità dell'azione o per la inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso». Per quanto la vicenda di questa disposizione sia stata – tra interpretazioni restrittive e semi-abrogatrici – alquanto travagliata,¹⁷⁷ la funzione che essa riveste nel sistema penale italiano è molto

¹⁷⁶ Sull'argomento la Corte cost. si è in questo senso espressa quando assume che il principio di offensività «opera sia sul terreno della previsione normativa, sia su quella dell'applicazione giudiziale» (Corte cost. sent. 21 novembre 2000, n. 519); oppure quando narra di «un interrotto operare del principio di offensività dal momento dell'astratta predisposizione normativa a quella dell'applicazione concreta da parte del giudice» (Corte cost. sent. 11 luglio 2000, n. 263); ed ancora quando pone in risalto che «è precipuo dovere del giudice di merito [...] apprezzare, alla stregua del generale canone interpretativo offerto dal principio di offensività della condotta concreta, se [...] la condotta dell'agente sia priva di qualsiasi inidoneità lesiva concreta e conseguentemente si collochi fuori dall'area del penalmente rilevante» (Corte cost. sent. 11 luglio 1991, n. 333).

¹⁷⁷ Inizialmente, per via di un'opinione risalente sino ai lavori preparatori del codice penale Rocco, l'art. 49, comma II, c.p. era considerato come un “doppione negativo” dell'art. 56 c.p., tale, quindi, da degradarlo a mero supporto per la punibilità del tentativo. Solo in un secondo momento la dottrina maggioritaria abbandonò il vecchio orientamento in favore di una più coerente, ma non esente da critiche, impostazione delle disposizioni sopra citate. Fu notato come mentre l'idoneità degli «atti» *ex* art. 56 c.p. rinviasse ad un giudizio

più ampia del suo tenore letterale. Già la sua collocazione sistematica – tra le fattispecie (artt. 45 ss c.p.) comunemente ricondotte alle cause di esclusione del fatto tipico – consente di comprendere la vasta portata applicativa dell’istituto, nonostante l’intenzione del legislatore del 1930 di confinare la sua rilevanza precettiva. Senonché, l’opinione prevalente attribuisce all’art. 49, comma II, c.p., non soltanto la funzione descrittiva del cosiddetto “reato impossibile” volta a escludere la punibilità nei casi di “tentativo impossibile”¹⁷⁸ o per i cosiddetti reati “bagatellari”¹⁷⁹ – che pure sono ovviamente ricompresi

dinamico a contenuto ipotetico (*ex ante*) tra la fattispecie tipica e consumata (di parte speciale) e la fattispecie atipica e tentata (di parte generale), l’inidoneità dell’«azione» *ex art.* 49, comma II, c.p. desse luogo, invece, ad un giudizio *ex post* rispetto ad una fattispecie, già perfezionata, lesiva, o meno, del bene protetto. Riguardo all’«oggetto», sempre secondo quest’ultimo orientamento, si è ritenuto che l’inesistenza fosse assoluta (*in rerum natura*) *ex art.* 49, comma II, c.p., mentre *ex art.* 56 c.p. dovesse essere verificata con riguardo allo svolgimento della condotta incriminata. Pur volendo accettare le conclusioni di questa diversa interpretazione dell’art. 49, comma II, restano evidenti i nessi tra i due istituti, che non consentono, ancora del tutto, di superarne le criticità. Sul tema, C.FIORE-SFIORE, *op. cit.*, p. 284, n.t. 20; F.BRICOLA, *op. cit.*, p. 74, 77-78; F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 193; G.NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, p. 202 ss, 214 ss.

¹⁷⁸ Vedi nota precedente.

¹⁷⁹ C.FIORE-SFIORE, *op. cit.*, p. 285-286, il quale, peraltro, attribuisce all’art. 49, comma II, c.p. la funzione di punto di orientamento per la verifica dell’esistenza di un’offesa, allorché il bene giuridico presenti contorni e contenuti immateriali (a titolo esemplificativo, il comune sentimento del pudore). Inoltre – aggiunge l’Autore – siffatta disposizione introdurrebbe lo stato di irrilevanza penale delle cosiddette “azioni socialmente adeguate”, o, meglio, «quelle azioni, cioè, che – per la loro coerenza con lo stile di vita, storicamente condizionato, della comunità – non possono farsi rientrare, al tempo stesso, nella fattispecie di reato». Critico sul concetto di azione socialmente adeguata, F.BRICOLA, *op. cit.*, p. 70-71, il quale, pur apprezzando la validità dell’opinione, ritiene che essa si traduca in «una valvola di non punibilità a carattere generale, [...] troppo ampia per essere compatibile con le esigenze di tassatività e legalità di cui all’art. 25, comma II».

– quanto, invece, la funzione di principio generale, di rango costituzionale, nonché di canone ermeneutico e rigido parametro di valutazione della legittimità della legislazione penale vigente,¹⁸⁰ diretto a circoscrivere l'area del penalmente rilevante ai soli beni meritevoli di tutela penale – nel senso chiarito nel paragrafo precedente (*infra*, 9.) – purché il fatto incriminato riveli, in ogni caso, una necessaria attitudine lesiva.¹⁸¹

Le considerazioni sopra esposte indubbiamente esaltano la relazione esistente tra il bene giuridico prescelto e l'offesa; entrambi sono elementi costitutivi del reato espressi dal principio di offensività, il primo, come supporto indispensabile, il secondo, come concretizzazione della condotta incriminata. Eppure, resta aperto il più delicato problema dell'individuazione della soglia di tutela del bene giuridico, o, meglio, la soglia di punibilità compatibile col principio di offensività.

Seguendo la classificazione compiuta dal codice penale – artt. 40, comma I, 43 e 49, comma II, i quali riferiscono di un «evento dannoso o pericoloso» – l'offesa ad un bene giuridico può integrare gli estremi del danno o della messa in pericolo, ovvero, rispettivamente, della lesione effettiva (la distruzione, diminuzione o perdita del bene giuridico) o della lesione potenziale (la minaccia o probabilità di una lesione che potrebbe divenire effettiva).¹⁸² La partizione tra reati di danno e reati pericolo richiede di essere ulteriormente approfondita, poiché nell'ambito dei reati di pericolo sono riportate tre

¹⁸⁰ Così, in modo inequivoco, Corte cost., sent. 26 marzo 1986, n. 62, secondo cui «può certo discutersi sulla costituzionalizzazione o meno del principio di offensività: ma che lo stesso principio debba reggere ogni interpretazione di norme penali è ormai unanimemente accettato», posto che «l'art. 49, comma II, c.p. non può non giovare all'interprete al fine di determinare in concreto la soglia del penalmente rilevante».

¹⁸¹ F.BRICOLA, *loc. cit.* F.PALAZZO, *op. cit.*, p. 78-79. F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 199 ss. C.FIORE-SFIORE, *op. cit.*, p. 283.

¹⁸² F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 206 ss. C.FIORE-SFIORE, *op. cit.*, p. 165 ss.

sottocategorie¹⁸³: la prima comprende i cosiddetti reati di pericolo “concreto”, in cui la minaccia di una lesione del bene giuridico figura come elemento costitutivo espresso della fattispecie (evento di pericolo), dal momento che la stessa legge penale demanda al giudice l’ufficio di accertare in concreto l’esposizione al pericolo determinata dal fatto incriminato; la seconda interessa i reati di pericolo “astratto”, in cui la minaccia di una lesione del bene giuridico non costituisce elemento della fattispecie, ma un’attitudine della condotta incriminata, posto che il giudizio di pericolosità nel caso di specie non è rimesso alla cognizione del giudice, bensì è eseguito direttamente *in abstracto* dal legislatore; infine, i reati di pericolo “presunto”, in cui la minaccia di una lesione del bene giuridico non costituisce né elemento della fattispecie, né caratteristica della condotta, bensì uno stato a cui la legge riconosce, mediante presunzione *juris et de jure*, una condizione di pericolosità.

Alla luce delle molteplici soglie di tutela penale previste, può affermarsi che soltanto nei reati con evento di danno e nei reati con pericolo concreto sussiste una tangibile offesa al bene giuridico, espressa nei termini di lesione effettiva o potenziale, potendo solo in questi casi parlarsi di “reato di offesa”,¹⁸⁴ e, pertanto, di adesione al principio di offensività. Senonché, la categorizzazione in evento di danno o di pericolo (concreto) può risultare facilmente verificabile soltanto in presenza di beni dai contorni materiali (l’integrità e l’incolumità fisica o il patrimonio), poiché l’evento si traduce in un’altrettanta modificazione esteriorizzata della realtà circostante. Viceversa, non appena il bene giuridico perde i contorni di materialità per assumere, invece, i caratteri della “idealità” – generalmente, il riferimento corre ai beni collettivi, quali la corretta amministrazione della giustizia, l’imparzialità ed il

¹⁸³ F.PALAZZO, *op. cit.*, p. 75 ss; C.FIORE-SFIORE, *op. cit.*, p. 167 ss. Sulla proliferazione dei reati di pericolo nel sistema penale italiano, ispiratrice di un diritto penale “del rischio”, cfr. F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 207, 212-213.

¹⁸⁴ F.PALAZZO, *op. cit.*, p. 73 ss.

buon andamento della pubblica amministrazione, l'ordine pubblico, la pubblica moralità – diviene molto più complesso distinguere se la fattispecie incriminatrice preveda un evento di danno o di pericolo, oppure una forma di tutela ancor più anticipata.¹⁸⁵

Invero, la diversità dei beni giuridici, non soltanto in termini di contenuti e dell'intensità dell'offesa, ma anche a fronte della considerazione che questi ricevono presso la collettività ed il legislatore, costituisce la ragione principale per cui nel sistema penale si rinvergono fattispecie incriminatrici dalla soglia di tutela ben anteriore alla configurabilità di un evento di danno o di pericolo. A tal proposito, in dottrina si parla di “reati di scopo”¹⁸⁶, con i quali non si incrimina un'offesa ad un bene giuridico, ma il verificarsi di situazioni che l'ordinamento giuridico ha interesse a che non si realizzino; in questi casi la tutela penale è anticipata a fasi preoffensive, finanche ad incriminare condotte in mancanza di un bene giuridico da tutelare.

D'altronde, oltre ai casi di reati senza bene giuridico – occorre riportare, a titolo esemplificativo, la previsione di beni giuridici diversi da quelli finali, i cosiddetti “interessi strumentali”, come la personalità dello Stato, l'ordine pubblico o la pubblica fede, la cui tutela è ritenuta funzionale rispetto alla tutela dei beni finali (come i diritti fondamentali dell'individuo),¹⁸⁷ e, per questo, conosciuti anche come “reati funzionali”¹⁸⁸ – o dal bene giuridico vago o indeterminato, rispetto ai quali non è riconoscibile una compiuta lesione effettiva o potenziale (i cosiddetti delitti senza vittime), all'interno dei reati di scopo occupano una posizione di rilievo, soprattutto per il frequente

¹⁸⁵ C.FIORE-SFIORE, *op. cit.*, p. 166; G.FIANDACA-E.MUSCO, *op. cit.*, p. 17-18. Sul tema della relazione tra i principi di materialità (*nullum crimen sine actione*) e di offensività (*nullum crimen sine iniuria*), cfr. F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 121-123.

¹⁸⁶ F.PALAZZO, *op. cit.*, p. 75; F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 213 ss, 217 ss.

¹⁸⁷ D.PULITANÒ, *op. cit.*, p. 121; F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 198.

¹⁸⁸ D.PULITANÒ, *op. cit.*, p. 122-123; T.PADOVANI, *op. cit.*, p. 90.

ricorso che ne ha fatto il legislatore, i reati di pericolo astratto e presunto. La compatibilità di quest'ultime categorie di reati con il principio di offensività non è affatto felice – anzi, taluni ritengono che queste fattispecie incriminatrici rappresentino una causa di «ineffettività» del carattere necessariamente lesivo della norma penale¹⁸⁹ – seppure, costituisce l'occasione per descrivere la funzione dell'art. 49, comma II, c.p. nella ricostruzione ermeneutica delle fattispecie incriminatrici. Difatti, mentre nei reati di pericolo astratto la presunzione di pericolosità *in abstracto* compiuta dal legislatore è vincibile ricorrendo alla prova contraria offerta dall'art. 49, comma II, c.p., laddove, a seguito di una diagnosi *ex ante*¹⁹⁰, l'azione sia risultata “inidonea” a produrre l'evento dannoso o pericoloso,¹⁹¹ nei reati di pericolo presunto non possono estendersi le medesime conclusioni, essendo il giudizio di pericolosità rimesso alla ragionevolezza del legislatore,¹⁹² sempreché non sia fondato su valutazioni «irrazionali ed arbitrarie, ciò che si verifica allorquando esse non sono collegabili all'*id quod plerumque accidit*»¹⁹³.

A dir del vero, la funzione interpretativa del principio di offensività, come strumento di ricostruzione ermeneutica delle fattispecie incriminatrici carenti sotto il profilo della necessaria lesività, è stata impiegata dalla dottrina e dalla giurisprudenza anche per specifiche ipotesi di reato. Il riferimento corre ai delitti di attentato previsti nel titolo primo del codice penale – delitti contro la personalità dello Stato – i quali, almeno nella versione originaria risalente alla compilazione del 1930, rappresentano ipotesi di anticipazione della soglia

¹⁸⁹ F.PALAZZO, *op. cit.*, p. 79.

¹⁹⁰ F.MANTOVANI, *op. cit.*, p.

¹⁹¹ C.FIORE-SFIORE, *op. cit.*, p. 170-171.

¹⁹² D.PULITANÒ, *op. cit.*, p. 216.

¹⁹³ Corte cost., sent. 11 luglio 1991, n. 333, giungendo, poi, alla conclusione che le ipotesi di reato a pericolo presunto «non sono incompatibili con il dettato costituzionale».

di tutela penale anteriore, finanche, alla punibilità *de lege data* in materia di tentativo di delitto *ex art. 56 c.p.* In tali casi la funzione interpretativa del principio di offensività ha consentito, seppur con notevole sforzo, di spostare in avanti la soglia di punibilità, richiedendo, perlomeno, la sussistenza degli «atti idonei diretti in modo univoco», affinché l'istituto del delitto di attentato perdesse quell'originale attitudine repressiva ed intimidatoria, per potersi avvicinare, in maggior misura, al principio di necessaria lesività.¹⁹⁴

D'altra parte, pur apprezzando gli sforzi dell'interprete, la sola funzione di ricostruzione ermeneutica non è di per sé sufficiente, se anzitutto non si pone la questione della rilevanza costituzionale del principio di offensività, nonché della propria vincolatività, prima ancora presso l'interprete, per il legislatore.¹⁹⁵

Invero, la funzione politico-garantista del principio di offensività consiste esattamente nel circoscrivere l'area del penalmente rilevante soltanto a quei comportamenti concretamente offensivi verso beni giuridici determinati e meritevoli di tutela penale nel senso prima chiarito (*infra*, 8., 9.). Talché dovrebbero essere espunte dall'ordinamento giuridico quelle fattispecie incriminatrici prive di una verificabile capacità offensiva. Anzi, un sistema penale coerente e razionale, coordinato ai principi costituzionali di offensività, materialità e sussidiarietà, dovrebbe limitare l'esercizio del potere punitivo soltanto ai prima descritti reati di "offesa". Talune figure di reato – il riferimento muove non soltanto ai già esposti reati di pericolo presunto, ma

¹⁹⁴ F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 220-221. F.BRICOLA, *op. cit.*, p. 85.

¹⁹⁵ F.BRICOLA, *op. cit.*, p. 81, il quale ritiene che «il principio di cui all'art. 49, comma II, c.p., in quanto fissato a livello di legislazione ordinaria non può imporsi rispetto a quei reati che sono stati configurati in chiave di aperta eccezione ad esso. Per questi motivi, non possiamo condividere questi orientamenti [...] i quali, senza porsi in linea preliminare il problema della costituzionalizzazione del principio di necessaria lesività, hanno trasformato reati a pericolo presunto in reati a pericolo concreto, ovvero hanno utilizzato l'art. 49, comma II, c.p., per un'interpretazione più avanzata delle fattispecie di attentato».

anche ai reati di “sospetto”, comprovati dalla pericolosità soggettiva dell’agente piuttosto che dall’offensività del fatto commesso, e ai reati “ostativi”, con riguardo all’incriminazione di condotte meramente prodromiche a comportamenti concretamente offensivi¹⁹⁶ – sulle quali già pendono forti riserve d’incostituzionalità,¹⁹⁷ non posso continuare a permanere nel sistema penale attuale. Analoghi rilievi possono farsi per le fattispecie incriminatrici del mero accordo, o dell’istigazione non seguita da delitto, nonché per le fattispecie associative, la cui punibilità è affermata in deroga all’art. 115 c.p. – la norma è considerata, peraltro, un riflesso normativo del principio generale del divieto di punibilità di atti meramente preparatori, in combinato disposto con gli artt. 1 e 56 c.p. –, anche tramite l’impiego di tecniche di «inquinamento»¹⁹⁸ del principio di offensività, come il ricorso al dolo specifico dell’agente, così realizzando una soggettivizzazione delle fattispecie incriminatrici, posto che il disvalore non si esternalizza come elemento oggettivo della fattispecie, ma come requisito meramente psicologico del soggetto attivo.¹⁹⁹

Sono, pertanto, evidenti le conclusioni da trarre in tema di necessaria lesività della previsione incriminatrice. Affinché siano scongiurate quelle derive legislative ed interpretative verso le strade buie di un “diritto della paura”²⁰⁰, occorre che *de lege data*, nonché in una prospettiva *de jure condendo*, sia salvaguardata la funzione garantista del principio di offensività e del bene

¹⁹⁶ G.FIANDACA-E.MUSCO, *op. cit.*, p. 19; F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 221-222.

¹⁹⁷ F.BRICOLA, *op. cit.*, p. 86.

¹⁹⁸ F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 219.

¹⁹⁹ F.MANTOVANI, *loc cit.* F.BRICOLA, *op. cit.*, p. 87.

²⁰⁰ «Il principio di offensività appartiene alla razionalità, che non sempre si concilia con la necessità o i diritti della paura», F.MANTOVANI, *op. cit.*, p. 227.

giuridico, come strumenti delimitativi dello *jus puniendi*,²⁰¹ poiché solo in questo modo possono altresì essere conservate le connessioni che questi vantano con la funzione (*recte*, le funzioni) della pena criminale in un sistema teleologicamente orientato alla realizzazione delle istanze di politica criminale stabilite in Costituzione.²⁰²

Sezione IV Il reato come illecito personale

11. L'art. 27, comma I, della Costituzione: la personalità della responsabilità penale.

Secondo la tradizionale concezione retributiva, il fondamento giustificativo della pretesa punitiva risiedeva nella possibilità di muovere un rimprovero personale verso chi si fosse reso colpevole di un delitto. L'abbandono dell'originaria impostazione – eticizzante – kantiana, e la traslazione verso un nuovo concetto di retribuzione, inteso in chiave spiccatamente normativa, non consentiva egualmente di distinguere con chiarezza il rimprovero morale dal rimprovero giuridico, entrambi costruiti intorno all'idea di libertà di volere. Tuttavia, ciò non fu di ostacolo all'introduzione, tra gli elementi costitutivi della teoria generale del reato, di un necessario giudizio sulla colpevolezza del reo: la responsabilità penale non poteva, quindi, fondarsi esclusivamente su un'imputazione oggettivo-causalistica dell'evento (*recte*, nei reati senza evento, della condotta), ma doveva anche sostanziarsi di verificabili elementi soggettivi, affinché fosse piena la *suitas* del fatto all'autore.

Senza nascondere le critiche, già ribadite, della evidente sterilità sotto i profili della politica criminale, e del contrasto con i principi costituzionali di rispetto della dignità della persona, che connotano la teoria retributiva, non

²⁰¹ F.PALAZZO, *op. cit.*, p. 87.

²⁰² V. Sez. I, par. 3. Cfr. F.BRICOLA, *op. cit.*, p. 82.

possono, altresì, dissimularsi i pericoli di cui si circonda la nozione di libertà di volere; oltre all'avventata confusione tra essere e dover essere, la nozione stessa di libertà di volere si espone ai travagliati rischi dell'inafferrabilità ontologica e dell'ancor più facile e pericolosa strumentalizzazione della vita umana. Il passaggio verso una colpevolezza senza riprovevolezza, auspicato da un'autorevole dottrina (vedi sez. 1.), sarebbe possibile, se fossero abbandonati gli obsoleti canoni retributivi, intendendo la capacità di colpevolezza dell'autore soltanto come la condizione in cui l'agente, pur se in stato di autodeterminazione psichica, e, quindi, nella capacità di dominare i propri impulsi psichici ed indirizzarli nella stessa direzione a cui tendono le pretese normative, abbia ad esse preferito l'illecito. Alla colpevolezza, come adesso riportata, è attribuito il compito di consentire alla pena di spiegare le sue finalità – in chiave rigorosamente preventiva – e, in particolare, la concreta attuazione del principio di proporzionalità.²⁰³ Invero, il modello roxiniano, con il passaggio da una sistematica categoriale ad una sistematica teleologica, orientando l'intera struttura del reato verso una maggiore adesione alle funzioni della pena, e, privilegiando aspetti di funzionalità a quelli meramente classificatori, comporta, anche, una certa dinamicità degli elementi costitutivi del reato; si pensi alla “doppia funzione” del dolo e della colpa, i quali, oltre ad essere elementi soggettivi caratterizzanti del fatto tipico, compaiono anche come oggetto del giudizio di colpevolezza.²⁰⁴

Nell'ordinamento giuridico italiano è opinione ormai consolidata che il principio di colpevolezza sia stato cristallizzato dall'art. 27, comma I, Cost., per cui «La responsabilità penale è personale». Eppure, in passato l'interpretazione di questa disposizione non è stata sempre felice, dato che ad essa venne originariamente assegnata l'autorità di riassumere il divieto di

²⁰³ C.ROXIN, *op.cit.*, p. 20. *Contra*, per un superamento della categoria della colpevolezza vedi anche sez. I, 1.

²⁰⁴ S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore, cit.*, p.37 e 116.

responsabilità penale per fatto altrui²⁰⁵; senza nascondere che questa interpretazione costituiva, di fatto, un'abrogazione implicita della suindicata disposizione, si eccipì che, sebbene il divieto di responsabilità penale per fatto altrui fosse certamente un principio fondamentale dell'ordinamento, esso era già stato del tutto assorbito dalla odierna civiltà giuridica, e poteva essere facilmente ricavato da altre disposizione della Carta fondamentale, quali gli artt. 2, 3, 13 Cost., ma non dall'art 27, comma I, Cost., il cui valore precettivo è di gran lunga diverso e più vasto.²⁰⁶

La connessione tra l'art. 27, comma I e III, spingendo verso l'affermazione di una chiara personalizzazione della responsabilità penale – ora mediante l'intangibile umanità del trattamento, ora nell'adeguamento della pena alla personalità del reo affinché sia assicurato il suo reinserimento sociale – mostra l'esigenza di una pacifica compenetrazione tra il fatto ed il suo autore. Da ciò la lucida affermazione del reato come “illecito personale”: l'imputazione della sanzione penale del fatto incriminato alla persona che si ritiene averlo commesso è da intendersi nei limiti in cui sia riscontrabile un coefficiente psicologico identificabile almeno nella colpa e la contestuale possibilità di conoscere la norma incriminatrice.²⁰⁷

²⁰⁵ Riferendosi all'art. 539 c.p. (oggi abrogato), Corte cost., sent. 8 luglio 1957, n. 107, secondo la quale «l'art. 27 della Costituzione contiene [...] un tassativo divieto della responsabilità per fatto altrui, senza alcun riferimento al divieto di responsabilità oggettiva. [...] il contenuto della prima parte dell'art. 27, già citato, richiede come requisito della responsabilità penale personale quel rapporto di causalità materiale tra azione ed evento che è enunciato all'art. 40 c.p. e che è sufficiente a stabilire tra il soggetto ed il fatto preveduto come reato, quel carattere di suità in cui consiste il requisito della personalità della responsabilità penale».

²⁰⁶ S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore, cit.*, p. 149.

²⁰⁷ F.BRICOLA, *op. cit.*, p. 59.

La nozione di illecito personale, lungi, dall'intenzione di dar rilevanza ad atteggiamenti interiori od a richiami moraleggianti, avrebbe richiesto da parte della dottrina, ma ancor più dalla giurisprudenza, uno sforzo interpretativo notevole, poiché il suo riconoscimento implica(va) l'accettazione della stretta connessione tra personalità della responsabilità penale e la funzione della pena, ed il ruolo, non secondario, di quest'ultima nella struttura del reato. Per quanto considerevole fu l'impegno della dottrina italiana, la reazione della giurisprudenza tardò ad arrivare, almeno sino al 1988. Con una pronuncia oramai storica, la sentenza 24 marzo 1988, n. 364²⁰⁸, la Corte costituzionale, convalidando il costrutto del reato come illecito personale, andò a esprimersi su due temi fondamentali: la discutibile legittimità della responsabilità oggettiva e l'ammissibilità dell'ignoranza inevitabile come limite al principio *ignorantia legis non excusat*.

11.1. La responsabilità oggettiva.

Un atteggiamento piuttosto frequente del legislatore penale del 1930 era quello di annoverare accanto ad un principio, cristallizzato in una o più norme, una grossolana e vicina eccezione, venendo, quindi, ad infrangere la solidità del principio stesso. È il caso dell'art. 43 c.p., in cui, dopo aver al comma II subordinato la punibilità dell'autore al carattere doloso – colposo o preterintenzionale nei casi previsti dalla legge – del fatto, al comma III aggiunge che «La legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente, come conseguenza della sua azione od omissione». Quest'ultima disposizione è pacificamente considerata come l'espressione della volontà del legislatore fascista di normativizzare una forma di responsabilità penale “oggettiva”; con questa, l'imputazione di una sanzione

²⁰⁸ Nello stesso senso, Corte cost. sent. 13 dicembre 1988, n.1085. (vedi anche note 192 e 193).

penale è egualmente ammessa, anche senza la copertura, totale o parziale, di un coefficiente psicologico, considerando, pertanto, sufficiente il mero rapporto oggettivo-causalistico.

Il codice penale è ricco di casi di responsabilità oggettiva: l'*aberratio delicti* (art. 83 c.p.), il delitto preterintenzionale, le condizioni oggettive di punibilità (art. 44 c.p.), la responsabilità penale per i reati commessi a mezzo stampa (artt. 57, 57**bis**, 58 c.p.), il concorso "anomalo" (art. 116 c.p.). È con altrettanta facilità ricavabile anche la ragione d'essere di un così controverso istituto; difatti, la responsabilità oggettiva può serenamente annoverarsi tra gli strumenti di anticipazione della soglia di punibilità, di cui puntualmente si serviva il legislatore fascista in un'ottica strategica repressiva ed intimidatoria.

Con l'entrata in vigore della Costituzione italiana era evidente che dal codice penale dovessero eliminarsi quelle fattispecie prive di una felice aderenza con il dettato costituzionale, e, tra queste, le norme incriminatrici fondate su una responsabilità oggettiva. Nonostante in dottrina fossero forti le spinte di rinnovamento verso un reato come illecito personale, la Corte costituzionale continuava ad assegnare all'art. 27, comma I, il significato minimo di divieto di responsabilità penale per fatto altrui; infatti, dinnanzi alle questioni di illegittimità costituzionale prospettate per le fattispecie incriminatrici espressione di una responsabilità penale oggettiva, l'atteggiamento della Consulta oscillava tra la volontà di salvare l'esistenza della norma a fronte di pericoli di lacuna, e l'intenzione, non sempre felice, di ricercare in via interpretativa un minimo coefficiente psicologico.

Il caso, sicuramente più emblematico, è la vicenda dell'art. 116 c.p.²⁰⁹; la Corte, di fronte ad una norma mediante la quale si imputa(va), secondo un nesso esclusivamente oggettivo-causalistico, una responsabilità penale di un

²⁰⁹ «Qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde, se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione. Se il reato è più grave di quello voluto, la pena è diminuita riguardo a chi volle il reato meno grave».

fatto non voluto, con una pronuncia dai lati palesemente compromissori, ritenne che «il reato diverso, o più grave, commesso dal concorrente, debba poter rappresentarsi alla psiche dell'agente, nell'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, come sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto»²¹⁰. Ricorrendo, quindi, ad un insolito connubio di “causalità adeguata” e natura colposa della responsabilità del concorrente,²¹¹ salvò la norma da una declaratoria d'incostituzionalità; invero, dall'atteggiamento della Corte emergeva la convinzione che fosse sì necessario un minimo di coefficiente psicologico rispetto a tutti gli elementi, od almeno quelli principali, del fatto incriminato, ma, non avendo colto la connessione tra l'art. 27, comma I e III, Cost., non riuscì ad intendere pienamente il carattere assorbente del principio di personalità della responsabilità penale, limitandosi, quindi, a identificare un lievissimo profilo di colpa pur di salvare la norma in esame.

Soltanto successivamente la Corte ebbe modo di comprendere la configurabilità del reato come illecito personale, anche perché l'evoluzione del dibattito dottrinale aveva raggiunto livelli di elevato spessore e di diffuso consenso.²¹² In una pronuncia storica, avendo formalmente a decidere sulla legittimità dell'art. 5 c.p., la Corte cost., tra gli *obiter dicta* della sentenza, finì per passare in rassegna l'intera categoria della colpevolezza. Pur senza svincolarsi definitivamente dai canoni retributivi e dalla nozione di rimproverabilità, la Corte mostrò un forte avvicinamento alle nuove concezioni “normative” della colpevolezza, ed in particolare alle connessioni che questa vanta con le funzioni della pena, sia con riferimento alla finalità di orientamento sia alla

²¹⁰ Corte cost., sent. 13-31 maggio 1965, n. 42.

²¹¹ F.BRICOLA, *op. cit.*, p. 54.

²¹² «Dall'art. 27, comma I, nel suo significato minimo consegue che tutti i fattori concorrenti a determinare l'imputazione di una sanzione penale ad un soggetto, devono essere da questi realizzati o, comunque se realizzati da terzi, debbano formare oggetto di quel coefficiente intellettuale che sostanza il dolo e la colpa», F.BRICOLA, *op. cit.*, p. 51.

finalità di rieducazione (*recte*, risocializzazione). Riconoscendo la congiunta direzione precettiva dell'art 27, comma I e III, Cost., tra personalità della responsabilità penale e funzione rieducativa della pena, e distinguendo lucidamente la “doppia funzione” del dolo e della colpa, ora come elementi caratterizzanti del fatto tipico, ora come oggetto della valutazione sulla colpevolezza, la Corte finì col pronunciarsi anche sull'incompatibilità della responsabilità penale oggettiva.²¹³ Tuttavia, nonostante le solide premesse, la Corte, non pronunciò l'illegittimità costituzionale dell'art 43, comma III, c.p., né decretò la piena espulsione dall'ordinamento giuridico della responsabilità oggettiva e delle fattispecie che di questa erano espressione. Anzi, la Corte preferì distinguere tra i casi di responsabilità oggettiva “pura”, data dall'assenza del coefficiente psicologico sugli elementi che contribuiscono a contrassegnare il disvalore del fatto, dai casi di responsabilità oggettiva “spuria”, quando risultava scoperto dal coefficiente psicologico un elemento accidentale o non caratterizzante, limitando,²¹⁴ quindi, la sanzione d'incostituzionalità alle prime e facendo salve le seconde.²¹⁵

²¹³ Corte cost. sent. 24 marzo 1988, n. 364. Sennonché, come ritenuto da S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 146: «La Corte costituzionale “restauro”, dunque, il principio di colpevolezza non perché, o non tanto perché ritiene necessaria la presenza di dolo o colpa ai fini dell'attribuzione della responsabilità [...], ma perché, con la parziale scusabilità dell'*error juris*, la Corte introduce, argomentando chiaramente in termini di possibilità della conoscenza della norma, il requisito della coscienza dell'illiceità ai fini della responsabilità penale».

²¹⁴ C.FIORE-S.FIORE, *op. cit.* p. 371-372.

²¹⁵ Corte cost. sent. 24 marzo 1988, n. 364. Nello stesso senso, circa la necessità di un coefficiente psicologico espresso almeno nei termini di colpa, Corte cost. sent. 13 dicembre 1988, n. 1085 che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 626, comma I, n.1, c.p.(furto d'uso) «nella parte in cui non estende la disciplina ivi prevista alla mancata restituzione, dovuta a caso fortuito o forza maggiore, della cosa sottratta». Al riguardo la Corte specifica che «[affinché] l'art. 27, comma I, Cost. sia rispettato e la responsabilità sia autenticamente personale è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che

I dubbi sollevati dalla distinzione operata dalla Corte non tardarono a elevarsi a critiche, in quanto, rimettendo al giudice di merito la valutazione circa la natura incidentale o caratterizzante dell'elemento sfornito di copertura psicologica, si finiva per esporre a notevoli pericoli il principio di parità di trattamento; inoltre, appariva ancor più controversa la salvezza dell'art. 43, comma III, c.p., il quale, riferendosi ad un'imputazione oggettiva dell'«evento», e rientrando l'evento tra gli elementi caratterizzanti del fatto tipico, ricadeva, pacificamente, tra i casi di responsabilità oggettiva “pura”, e, quindi, meritevole, seguendo la classificazione operata dalla Corte, di essere sanzionata d'incostituzionalità.²¹⁶

Pur riconoscendo i limiti della decisione della Corte, sono da condividere i notevoli passi in avanti da essa compiuti; il carattere personalistico della responsabilità penale e le connessioni con la funzione della pena inducono a considerare come irrinunciabile una valutazione della colpevolezza e la sua idoneità a fungere da presupposto oltre che limite garantistico della pretesa punitiva.²¹⁷ Invero, seguendo l'insegnamento della Corte, «la colpevolezza costituzionalmente richiesta non costituisce un elemento da poter essere, per discrezione del legislatore, condizionato, scambiato o sostituito con altri o paradossalmente eliminato»²¹⁸; pertanto, «punire in difetto di colpevolezza al fine di dissuadere i consociati dal porre in essere le condotte vietate, implicherebbe una strumentalizzazione dell'essere umano per contingenti

concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente (siano, cioè, investiti dal dolo e dalla colpa)».

²¹⁶ C.FIORE-S.FIORE, *op. cit.* p. 372.

²¹⁷ C.ROXIN, *op.cit.*, p. 20.

²¹⁸ Corte cost., sent. 24 marzo 1988, n. 364.

obiettivi di politica criminale, contrastante con il principio personalistico affermato dall'art. 2 Cost.»²¹⁹.

11.2. *Ignorantia legis non excusat*: “l'ignoranza inevitabile”.

In un ordinamento autoritario dove le finalità di controllo sociale, che spiegano l'intervento penale, sono dettate da ragioni repressive ed intimidatorie, in cui il delitto è visto principalmente come atto di disobbedienza, e per il quale prevale sopra ogni altro bene o valore la sicurezza e l'immutabilità dello Stato, anche a scapito della dignità umana e della libertà personale, la necessità di non compromettere l'efficacia delle norme penali giustificava nel codice del 1930 la presenza dell'art. 5, secondo cui «Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale».

Nonostante il principio *ignorantia legis non excusat* sia annoverabile tra i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, considerando legittima la prerogativa di ogni ordinamento di preservare l'efficacia delle norme, anche penali, di cui si compone, ed osservando che anche gli attuali sistemi giuridici democratici presentano, tra i loro principi, l'inescusabilità dell'ignoranza della legge, va sicuramente compiuto un puntuale raffronto dell'istituto, sia da un punto di vista sociale che giuridico.

In una società omogenea, in cui si registra una piena corrispondenza tra i modelli sociali di condotta e il contenuto precettivo delle norme penali, la funzione di orientamento è massima; l'assoluto coordinamento tra risultanza sociale e derivato giuridico, esclude qualsiasi incertezza da parte del consociato nell'orientare la propria condotta secondo le pretese normative. Tuttavia, le società moderne non godono di un siffatto stato di omogeneità; esse sono in trasformazione, un processo evolutivo, questo, che elimina soltanto gradualmente gli elementi di disaggregazione. L'assenza della suddetta

²¹⁹ In riferimento all'art. 609 *sexies* c.p., Corte cost., sent. 11-24 luglio 2007, n. 322.

omogeneità, soprattutto quando è radicale, può produrre uno “disavanzo” tra il dovere di ogni cittadino di conoscere e rispettare la norma e la possibilità, al contempo, di poterla conoscere.²²⁰

Il punto di vista sociale ha riflessi innegabili anche sull'argomento giuridico. Se per l'ordinamento in generale, ed in particolare per l'illecito civile, amministrativo e disciplinare, vale, senza eccezione, il principio *ignorantia legis non excusat*, ciò non può dirsi per l'illecito penale. Il carattere personalistico della responsabilità penale e il finalismo rieducativo, validi soltanto per il fatto di reato, inducono a ritenere che, nell'ambito penalistico, il principio sopracitato non possa essere accolto in termini assoluti; la compenetrazione tra fatto ed autore, la presenza di un coefficiente psicologico identificabile almeno nella colpa, e, quindi, la medesima configurabilità del reato come illecito personale, invogliano a considerare rilevanti non i casi di mancata conoscenza della legge penale, ma quelli in cui non si registra la stessa possibilità di poterla conoscere.²²¹

Sulla base di queste considerazioni, la dottrina italiana iniziò a discorrere dei limiti all'inescusabilità dell'ignoranza della legge. A tal proposito, si distinse abilmente tra impossibilità di conoscere ed ignoranza effettiva: la prima unicamente derivata dal concorso di fattori oggettivi, qualificati e ragionevoli, presenti in un determinato momento storico; la seconda, invece, dipendente da fattori spiccatamente soggettivi, relazionati allo stesso agente.²²² La distinzione, ed in particolare per i casi di impossibilità di conoscere, fu in un primo momento utilizzata, in tema di contravvenzioni, dalla giurisprudenza di legittimità per ammettere la scusabilità della “buona fede” in situazioni specifiche (*recte*, oggettive, qualificate e ragionevoli), e tra queste, la reiterata

²²⁰ V. Sez. I, par. 3.

²²¹ F.BRICOLA, *op. cit.*, p. 60 ss.

²²² F.BRICOLA, *op. cit.*, p. 56 ss.

tollerabilità di un dato comportamento da parte della pubblica autorità, od una precedente prassi assolutoria dell'autorità giudiziaria. Tuttavia, pur apprezzando gli sforzi, spinti da indubbie ragioni d'equità, restava fino a quel momento insuperabile il limite d'inescusabilità imposto dall'art.5 c.p.²²³

La svolta, sicuramente storica, fu compiuta dalla Corte costituzionale all'atto di dichiarare l'art. 5 c.p. costituzionalmente illegittimo «nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità della legge penale l'ignoranza inevitabile»²²⁴. La Corte, facendo propri i risultati già raggiunti in dottrina, stabilì che, nonostante esistesse in capo ad ogni cittadino il dovere strumentale d'informazione circa i precetti previsti nelle singole fattispecie incriminatrici, non potevano non riconoscersi i casi, seppur marginali, di ignoranza inevitabile della legge penale; il collegamento tra l'art 27, comma I e III, e, quindi, tra il carattere personalistico della responsabilità penale e il finalismo rieducativo della pena – seppure la Corte non manchi di richiamare il canone retributivo della rimproverabilità – impone di escludere la punibilità nei casi di «impossibilità di conoscenza del precetto non ascrivibile alla volontà dell'interessato, [poiché l'attuale sistema costituzionale] non consente che l'obbligo di non ledere i valori penalmente garantiti sorga o si violi senza alcun riferimento, se non all'effettiva conoscenza del contenuto dell'obbligo stesso, almeno alla possibilità della sua conoscenza»²²⁵.

La conoscenza effettiva della norma incriminatrice, seguendo l'insegnamento della Corte, può, quindi, considerarsi presunta in base al dovere costituzionale di informazione valido per ogni cittadino; tuttavia la presunzione può essere superata nel momento in cui il giudice di merito accerti talune concrete circostanze – alcune di queste anche descritte dalla

²²³ Cfr. C.FIORE-S.FIORE, *op. cit.* p. 408.

²²⁴ Corte cost. sent. 24 marzo 1988, n. 364.

²²⁵ Corte cost., sent. 24 marzo 1988, n. 364.

Corte – quali « il gravemente caotico atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari», «le erronee valutazioni» da parte di organi istituzionalmente preposti alle funzioni di vigilanza o di sovrintendenza, e, infine, per «chi versa in condizioni soggettive d'inferiorità».²²⁶

In conclusione, l'impossibilità di conoscere la legge penale, ove presenti i sopracitati caratteri della inevitabilità, è configurabile come limite alla stessa punibilità; di conseguenza, il requisito della possibilità di conoscere la norma penale, prescindendo dalla bassa frequenza statistica, opera come presupposto necessario ad ogni forma d'imputazione, dolosa o colposa, ed idoneo ad assurgere, quindi, tra gli elementi caratterizzanti della struttura del reato.²²⁷

²²⁶ Corte cost., sent. 24 marzo 1988, n. 364. Un caso specifico di ignoranza inevitabile, individuato dalla Corte, è lo stato di «assoluta oscurità del testo legislativo», attraverso il quale il legislatore viene meno al dovere di precisione nella definizione del reato e della sanzione penale (vedi sez. II, 6, 6.1); il cittadino – aggiunge la Corte – solo in presenza di «leggi precise e chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento», può «trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato». Nello stesso senso, Corte cost., sent. 22 aprile 1992, n. 185.

²²⁷ F.BRICOLA, *loc. cit.* Nello stesso senso, S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore, cit.*, p. 165 ss.

“Se io modifico l’insieme dei valori, se faccio scivolare la tutela della libertà al di sotto di una ben precisa soglia, se comprimo i diritti fondamentali, vuol dire che ho cambiato le caratteristiche dello Stato costituzionale dei diritti, che rischio di non renderlo più distinguibile da un sistema autoritario.”

RODOTÀ, *Privacy e libertà*, Roma-Bari, 2005, p. 97.

CAPITOLO II

L’ASSOCIAZIONE PER DELINQUERE E DI TIPO MAFIOSO

1. La criminalità organizzata e l’illusione della sicurezza: l’evoluzione dei reati associativi nell’ordinamento giuridico italiano. – 2. *Segue*. La difficile convivenza con i principi in materia penale: profili di legittimità costituzionale e prospettive costituzionalmente orientate. – 3. *Segue*. Le risposte ordinamentali al fenomeno mafioso. – 4. L’oggetto della tutela penale. – 4.1. L’ordine pubblico in senso ideale e materiale. – 4.2. Due diversi beni giuridici per due diversi reati. – 5. Il tipo mafioso tra propositi descrittivi ed esigenze di tassatività. – 5.1. Il metodo mafioso come elemento oggettivo della fattispecie. – 5.2. Le finalità mafiose tipizzate. – 5.3. L’ultimo comma dell’art.416*bis* c.p.. – 6. Fattispecie associativa e concorso di persone. – 6.1. La configurabilità della continuazione tra reato associativo e delitti-scopo. – 6.2. Il rapporto tra l’associazione per delinquere e quella di tipo mafioso. – 7. *Societas sceleris*. La fattispecie plurisoggettiva. – 7.1. La partecipazione semplice. – 7.2. Promozione, costituzione, organizzazione e direzione. – 7.3. La fattispecie soggettiva. – 8. La responsabilità penale per concorso nei delitti-scopo. – 9. La permanenza del reato. Il problema della cessazione dell’*actio sceleris*. – 10. Forme di manifestazione del reato. – 10.1. La controversa ammissibilità del tentativo. – 10.3. Le circostanze.

1. Criminalità organizzata e l'illusione della sicurezza: l'evoluzione dei reati associativi nell'ordinamento giuridico italiano.

Le più importanti ed estese modifiche del sistema penale italiano sono state in gran parte adottate, con una costanza a dir poco sorprendente, sull'onda emotiva di gravi fatti di cronaca in un vortice continuo – e quasi mai equilibrato – di azioni e reazioni.

La comune percezione di certi gravi fatti di reato, avvolti nella tragicità del contesto politico, economico e sociale in cui sono avvenuti, come una perdita di credibilità e di legittimazione dei corpi statali, od addirittura come una minaccia alla stessa sopravvivenza dell'ordinamento costituito – la cosiddetta immagine della “perenne emergenza”¹ –, è divenuta, di fatto, una costante, da un lato, per sensibilizzare – o manipolare – l'opinione pubblica, e, dall'altro, per sollecitare le istituzioni competenti ad un rafforzamento delle tecniche di tutela, anzitutto, penali. Senza voler nulla togliere alla gravità delle numerose vicende criminose che hanno scosso la comunità italiana – la memoria, con angoscia, ritorna alle violenze di matrice terroristica degli anni '70 ed '80, e dei primi del XXI secolo, agli omicidi Dalla Chiesa e La Torre, successivi a due guerre di mafia, alle stragi di Capaci e Via D'Amelio, alle bombe del 1993, alle vicende di corruzione sistemica, alle associazioni segrete, e l'elenco potrebbe continuare ancora – la convinzione, o forse la convenienza, di avvertire certi episodi, seppur inquietanti, come un'emergenza da fronteggiare con rimedi di tutela altrettanto straordinari ed eccezionali²,

¹ S.MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., p. 57-58.

² A tal proposito, possono annotarsi le riflessioni di C.SCHMITT, *Teologia politica*, in *Le categorie del politico*, trad. it., Bologna, 1972, p. 33, 40, secondo cui «sovrano è chi decide sullo stato d'eccezione. [...] Il caso d'eccezione rende palese in modo più chiaro l'essenza dell'autorità statale. Qui la decisione si distingue dalla norma giuridica, e (per formulare un paradosso) l'autorità dimostra di non aver bisogno di diritto per creare diritto». Cfr.

costituisce, non solo per lo storico, ma anche per il giurista, la chiave di studio dei molteplici interventi in ambito penale spiegatisi negli ultimi decenni.

In questa cornice si colloca la vicenda dei reati associativi nell'ordinamento giuridico italiano, come strumento giuridico-penale di contrasto alla criminalità organizzata. Già il codice Rocco, nella sua versione originaria, contemplava numerose fattispecie incriminatrici di tipo associativo, principalmente collocate nel Titolo I del Libro II, dei delitti contro la personalità dello Stato, tra cui gli artt. 270 (associazioni sovversive), 271³ (associazioni antinazionali), 273 e 274⁴ (rispettivamente, illecita costituzione e partecipazione ad associazioni aventi carattere internazionale), 305 (cospirazione mediante associazione), 306 (banda armata) c.p.,⁵ senza trascurare la fattispecie di cui all'art. 416 (associazione per delinquere) c.p., inserita nel Titolo V, dei delitti contro l'ordine pubblico, che funge(va), nella fenomenologia criminosa, da norma, a maglie larghe, di completamento o di

A.APOLLONIO, *Il "nemico" e il "partigiano"*, in *Dir pen. contem.*, (www.penalecontemporaneo.it), 2014, p. 1 ss.

³ Articolo dichiarato costituzionalmente illegittimo per violazione dell'art. 21 Cost. Così, Corte cost. sent. 12 luglio 2001, n. 243.

⁴Articoli dichiarati costituzionalmente illegittimi (l'art 274 c.p. per illegittimità costituzionale derivata ex art. 27 l. cost. 11 marzo 1953, n. 87) per violazione degli artt. 11 e 18 Cost. Così, Corte cost. sent. 28 giugno 1985, n. 193.

⁵ In realtà il novero delle fattispecie associative si allarga significativamente se si considera che «solo strutture organizzative complesse, ovvero soggetti investiti di elevatissime funzioni costituzionali e di comando militare possono realizzare reati quali l'attentato contro la Costituzione (art. 283 c.p.), l'insurrezione armata contro i poteri dello Stato (art. 284 c.p.), fatti diretti a portare devastazione, saccheggio o strage (art. 285 c.p.), fatti diretti a suscitare la guerra civile (art. 286 c.p.)» – G.NEPI MODONA, *Criminalità organizzata e reati associativi*, in *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice a cura del CRS*, Milano, 1987, p. 119 – e, non a caso, ricomprese nell'art. 302 c.p., a cui direttamente rinviano gli artt. 305 e 306 c.p.

chiusura. Il tradizionale ricorso – evidentemente ipertrofico e con il rischio, per via della sovrapposibilità delle fattispecie incriminatrici, di moltiplicare la rilevanza penale del medesimo fatto – al reato associativo ha trovato una consolidata affermazione, oltre che nella legislazione codicistica, altresì in quella complementare, finanche presso il legislatore repubblicano; è doveroso ricordare gli artt. 270^{bis}⁶ (associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione all'ordine democratico), 416^{bis} (associazioni di tipo mafioso anche straniere, v. 3.) c.p., l'art. 291^{quater}⁷, DPR 23 gennaio 1973, n. 43 (associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri), l'art. 74, DPR 9 ottobre 1990, n. 309 (associazione finalizzata al traffico di stupefacenti), l'art. 3, comma II,⁸ l. 13 ottobre 1975, n. 654 (associazione finalizzata all'incitamento dell'odio razziale), l'art. 2, l. 25 gennaio 1982, n. 17 (associazioni segrete).⁹

Tuttavia, una lucida disamina dell'evoluzione dei reati associativi in Italia richiede una corrispondente e nitida indagine sulla nozione di criminalità organizzata, anche per comprendere come sia mutata nel tempo la reazione del legislatore nella predisposizione delle singole fattispecie incriminatrici.

Anzitutto, nel nostro ordinamento giuridico non è dato trovare una definizione di criminalità organizzata. Il suo ingresso nel sistema normativo italiano si deve al d.l. 15 dicembre 1979, n. 625 (convertito con l. 6 febbraio

⁶ Articolo inserito con d.l. 15 dicembre 1979, n. 625, convertito con l. 6 febbraio 1980, n. 15, e modificato con l. 15 dicembre 2001, n. 438. Ad esso si accompagna il corredo normativo degli artt. 270^{quater} e ss, inseriti con d.l. 27 luglio 2005, n. 144, convertito con l. 31 luglio 2005, n. 155.

⁷ Articolo inserito con l. 19 marzo 2001, n. 92.

⁸ Articolo modificato con d.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito con l. 25 giugno 1993, n. 205 (Legge Mancino), e modificato con l. 24 febbraio 2006, n. 85.

⁹ Cfr. A.CERULO, *Il trionfo dei reati associativi e l'astuzia della ragione*, in *Ind. Pen.*, 2004, p. 1007 ss.

1980, n. 15), il quale, modificando l'art 340 del vecchio codice di rito, estendeva la delega alla polizia giudiziaria del sequestro presso istituti di credito «per verificare indizi o accertare reati di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico, nonché di criminalità organizzata». Emergono, subito, due rilievi che rappresentano, allo stesso tempo, due attribuzioni permanenti alla figura dei reati associativi: *in primis*, l'introduzione della norma è dovuta ad un provvedimento legislativo destinato, in un'ottica emergenziale, a fronteggiare l'avanzata di organizzazioni criminali di matrice eversiva – appena l'anno precedente era stato assassinato l'on. Aldo Moro – attraverso una reazione normativa dai contorni palesemente repressivi; *in secundis*, la norma, modificando il vecchio codice del rito penale, testimoniava la valenza processuale dei reati associativi.

È intuibile come, in assenza di una definizione legislativa di criminalità organizzata, il dibattito in dottrina e in giurisprudenza si sia perlopiù concentrato sulle risultanze criminologiche e giudiziali di volta in volta emerse, rendendo il suo contenuto sempre più inafferrabile; invero, l'idea di criminalità organizzata – come è stato giustamente affermato – è «talmente generica da abbracciare le attività criminose più disparate, purché realizzate da più soggetti che concorrono con un minimo di organizzazione nella preparazione e/o esecuzione di reati»¹⁰. Così, l'avvertita esigenza di attribuire alla nozione di criminalità organizzata un significato maggiormente tangibile, ha spinto la ragione, e il buon senso, a ricercare – soprattutto attraverso contributi sociologici e criminologici¹¹ – i principali elementi caratterizzanti dei sodalizi criminali nella struttura organizzativa, comprendendo anche l'apparato

¹⁰ G.FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. Pen.*, 1991, p. 5 ss.

¹¹ Cfr. E.U.SAVONA, *Criminalità organizzata*, in *Enciclopedia del Novecento*, Treccani, Roma, 1998, p. 422 ss; AA.VV., *Camorra e criminalità organizzata*, Napoli, 1988, *passim*; E.CICONTE, *Processo alla 'Ndrangheta*, Bari, 1996, *passim*.

strumentale di risorse umane e finanziarie; negli scopi, leciti o illeciti verso i quali si è stretta la consorceria; sui metodi a tal fine impiegati.

Una prima classificazione, utile anche per finalità di studio dell'evoluzione storica dei reati associativi, concerne la distinzione tra criminalità organizzata “comune” e “politico-eversiva”, rispetto alle finalità perseguite.¹² Mentre nella prima categoria rientrano principalmente quelle organizzazioni in cui predominano le finalità varie di accumulazione di ricchezza, in una logica in senso lato imprenditoriale, attraverso pratiche di violenza o di corruzione, connotate da specifiche ambizioni di controllo anche territoriale, ma sempre in un quadro di convivenza col sistema legale, nella seconda, invece, le ragioni economiche perdono la comune priorità, per assumere una valenza solo strumentale, rispetto alle prevalenti finalità politico-ideologiche.

Altra classificazione, proveniente dai sistemi di *common law*, in particolare da quello nordamericano, è la visione della criminalità organizzata come tipo “cospirativo”: un ordinamento contrapposto a quello statale legalmente costituito. Invero, questa impostazione – a cui si è palesemente ispirato il legislatore del 1930, nonché quello più recente nell'atto di introdurre nuove fattispecie associative,¹³ e riproposta anche in dottrina¹⁴ – che ampiamente

¹² G.FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., p. 7; ID, *I reati associativi nella recente evoluzione legislativa*, in AA.VV., *Il Coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo*, a cura di G. Melillo, A. Spataro, P.L. Vigna, Milano, 2004. p. 1 ss.

¹³ Nella relazione alla proposta di legge A.C. 1581/1980 (On. La Torre e altri) si legge che il fenomeno mafioso costituisce «un vero e proprio potere organizzato all'interno del corpo sociale, e contro di esso e la sua struttura istituzionale».

¹⁴ G.NEPI MODONA, *Criminalità organizzata e reati associativi*, cit., p. 118: «I reati associativi hanno comunque e sempre una valenza politica, in quanto la sola esistenza di una organizzazione criminale lede a vari livelli e con diversa intensità funzioni costituzionali essenziali dell'organizzazione dello Stato, ovvero principi costituzionali che rappresentano le regole minime dell'ordinamento democratico». Nello stesso senso, V.PATALANO,

travalica il pensiero dommatico, e che sembra voler attribuire al magistero penale funzioni che eccedono le sue attribuzioni, pone numerose riserve di costituzionalità (v. 2.), da sempre qualificanti i reati associativi, per ciò che concerne la loro attitudine più manifesta, in particolare quella repressiva, come può facilmente evincersi dall'astrattezza delle fattispecie incriminatrici, dall'intangibilità del bene giuridico protetto, dalla severità del trattamento sanzionatorio, e dalle deroghe di carattere processuale, che normalmente le caratterizzano.

Ad ogni modo, non è errato ritenere pressoché superflua la pratica di ordinare in categorie, modelli o tipi, le manifestazioni del crimine organizzato, se prima non si ammette l'eterogeneità del fenomeno e la complessità di ciascuna di queste manifestazioni. L'esperienza nel contrasto alla deriva terroristica, prima, e quella mafiosa, poi, dimostrano la fungibilità delle esteriorità caratterizzanti le organizzazioni criminali; alcuni aspetti – non secondari, come le qualificate finalità politiche od economico-lucrative – restano all'incirca invariati, mentre possono mutare le modalità realizzative e le relazioni sociali entro cui avvengono. Per quello che interessa il presente lavoro, la trasformazione delle consorterie mafiose da agricole ad urbane, fino alla globalizzazione delle mafie,¹⁵ e la capacità di conquistare posizioni di predominio imprenditoriale, nonché di intrattenere relazioni del tutto originali nel mondo delle grandi imprese o dell'alta finanza, dimostrano la

L'associazione per delinquere, Napoli, 1971, p. 176 ss e 184. La teoria istituzionale – ritenuta la traduzione italiana della teoria cospirativa – è volta a considerare le organizzazioni criminali come un contro-ordinamento in senso proprio, e non solo metaforico; nell'elaborazione scientifica italiana viene fatta risalire a Santi Romano, seppure, l'illustre Autore, con scrupolo, specifica di non considerare affatto l'ordinamento subculturale delle organizzazioni criminali nei termini di un ordinamento giuridico, v. S.ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917, p. 175.

¹⁵ Cfr. F.CALVI, *L'Europa dei padrini. La mafia all'assalto dell'Europa*, Milano, 1994, p. 38 ss; P.ARLACCHI, *La mafia imprenditrice*, Bologna, 1983, p. 114, 196, 233.

sovrapposibilità tra due società, civile e criminale, non più distinguibili.¹⁶ Quell'immagine fatta di intimidazione e sottomissione, da sempre connotativa del metodo mafioso, e finanche oggetto di tipizzazione penale all'art. 416bis c.p., si rinnova in altre sembianze, egualmente espansive, nei rapporti corruttivi e collusivi con le amministrazioni pubbliche o le istituzioni politiche, locali o nazionali,¹⁷ per le quali è desiderabile attendersi un rinnovamento delle strutture e del funzionamento degli apparati pubblici, piuttosto che una limitata repressione penale.¹⁸

Tuttora, la difficoltà di individuare una salda accezione di crimine organizzato, a fronte di una letteratura ormai vastissima, sembra un problema che neppure il legislatore recente è riuscito definitivamente a risolvere. Pur considerando l'inaccettabile mancanza del nuovo "Codice antimafia", che sprovvedutamente sembra identificare il concetto di criminalità organizzata con il più complesso fenomeno mafioso (v. 3.), le stesse azioni delle istituzioni sovranazionali appaiono, per certi versi, inadeguate nel procedere ad una

¹⁶ E.R.ZAFFARONI, *La criminalità organizzata: una categorizzazione fallita*, in AA.VV. *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1999, p. 63 ss; AA.VV., *Criminalità economica e pubblica opinione*, a cura di G. Di Gennaro e C. Pedrazzi, Milano, 1992, p. 51 ss.

¹⁷ N.DALLA CHIESA, *Mafia: questione del potere e istituzioni*, in AA.VV., *Mafia e istituzioni*, Magistratura Democratica, Reggio Calabria, 1991, p. 114 ss.

¹⁸ «Non si può fare la lotta alla mafia con il diritto penale, non solo perché una guerra fatta solo con questo strumento sarebbe perduta in partenza; ma anche perché il diritto penale non è uno strumento di guerra, bensì uno strumento giuridico di regolazione di obblighi, diritti e potestà che presiedono l'attribuzione di responsabilità a cittadini e l'uso della reazione punitiva nei confronti degli infrattori dichiarati tali secondo procedure stabilite», A.BARATTA, *La violenza e la forza. Alcune riflessioni su mafia, corruzione e il concetto di politica*, in *Dei delitti delle pene*, 1993, p. 120 ss.

qualificazione del fatto medesimo.¹⁹ Pertanto, la resistente mancanza di una definizione stabile e tassativa – accompagnata dalle contingenti ragioni di pericolosità e temibilità sociale²⁰ che hanno chiaramente condizionato sia il legislatore che la giurisprudenza – induce a ritenere che una nozione di criminalità organizzata possa essere estratta ricorrendo, soltanto, alle singole

¹⁹ La Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, sottoscritta nel corso della Conferenza di Palermo (12 - 15 dicembre 2000), entrata in vigore nel 2003, ratificata in Italia con l. 15 marzo 2006, n. 146, all' art. 2 (Terminologia) prevede che: «Ai fini della presente Convenzione: a) “Gruppo criminale organizzato” indica un gruppo strutturato, esistente per un periodo di tempo, composto da tre o più persone che agiscono di concerto al fine di commettere uno o più reati gravi o reati stabiliti dalla presente Convenzione, al fine di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale; [omissis] c) “Gruppo strutturato” indica un gruppo che non si è costituito fortuitamente per la commissione estemporanea di un reato e che non deve necessariamente prevedere ruoli formalmente definiti per i suoi membri, continuità nella composizione o una struttura; [omissis]»; la norma non può considerarsi un felice risultato, considerando che le condotte descritte alla lettera a) sembrano oscillare tra la *conspiracy* di *common law* e i caratteri del reato associativo di matrice continentale. Cfr. V.MILITELLO, *Partecipazione all'organizzazione criminale e standards internazionale d'incriminazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 186 ss. Sulla stessa scia della Conferenza di Palermo, anche il legislatore comunitario con le Decisioni quadro 2006/783/GAI e 2008/841/GAI, rispettivamente, in materia di automatico riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti nazionali di confisca penale (e amministrativa), e lotta alla criminalità organizzata. Più recente, la risoluzione 2011/459 del Parlamento Europeo, approvata il 25 ottobre 2011, che propone una definizione di criminalità organizzata su modello dell'art.416*bis* c.p.

²⁰ «La criminalità organizzata entra così nel lessico politico giuridico quando fenomeni criminosi, per altro molti dei quali presenti da tempo, raggiungono livelli elevati di intollerabilità sociale; come dire che è sull'elemento esterno della reazione sociale che si finisce per definire una determinata realtà come criminalità organizzata, e non sulle intrinseche sue caratteristiche», M.PAVARINI, *Per aprire un dibattito sulla criminalità organizzata e legislazione della emergenza*, in *Dei delitti delle pene*, vol. 3, 1992, p. 32.

specificazioni ed indicazioni che saltuariamente il diritto positivo offre, in ambito sostanziale e processuale, e, in particolare per il presente lavoro, dagli elementi caratterizzanti le principali fattispecie associative previste.²¹

L'evoluzione storica dei reati associativi, almeno con riguardo alla prassi legislativa, è principalmente articolata su due diversi stadi: un primo stadio, definibile come “monolitico”, in cui la qualificazione del fatto, nonché il momento di maggiore disvalore, riposa sulla sola illiceità penale dei fini perseguiti, e per cui la tipicità della fattispecie si arresta alla dimensione associativa, non altrimenti qualificata; nel secondo stadio, invece, non più monolitico, bensì eclettico, si registrano elementi ulteriori di disvalore, come il tipo di struttura dell'associazione o l'attività degli affiliati, e laddove le finalità perseguite possono anche presentare lineamenti di sostanziale liceità, ma sono egualmente ritenute meritevoli di sanzione penale se accompagnate dalle caratteristiche predette.²² In realtà, la citata distinzione riflette la categorizzazione, dommaticamente più coerente, in reati “meramente associativi” e reati associativi a “struttura mista o complessa”.²³ Nella prima, storicamente più datata – ed emblematicamente rappresentata dall'art. 416 c.p. – la fattispecie incriminatrice si perfeziona nel momento in cui si costituisce il

²¹ G.FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit. p. 11. G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, 1996, p. 40-41; ID, *La nozione normativa di “criminalità organizzata” e di “mafiosità”: il delitto associativo, le fattispecie aggravanti e quelle di rilevanza processuale*, in *Ind. Pen.*, 2001, p. 19 ss.

²² G.DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 385 ss.

²³ G.SPAGNOLO, *Dai reati meramente associativi ai reati a struttura mista*, in *Beni e tecniche della tutela penale cit.*, p. 156 ss; ID, *Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive*, cit., p. 1161 ss. Tuttavia, è fondamentale precisare che la distinzione «esprime soltanto distinte tecniche legislative di tutela, ma non pretende certo di riflettere una varietà di fenomeni criminosi». Così, G.DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, cit., p. 397, n.t. 37.

sodalizio, per un dato programma criminoso, a prescindere dalla commissione, anche tentata, dei delitti-scopo; difatti, quest'impostazione, a cui si informò il codice Rocco, rappresenta la tecnica di tutela più adatta per quei sistemi giuridici che prediligono istanze di repressione e difesa sociale, attraverso modelli legali carenti sotto il profilo della tassatività e della determinatezza, ed insoddisfacenti sul piano dell'offensività. Nella seconda, più recente in termini di applicazione, il fatto tipico si arricchisce di ulteriori elementi caratterizzanti; oltre alle componenti tradizionali (numero degli associati, scopi ed organizzazione), è richiesto che gli affiliati pongano in essere atti, concreti e verificabili, che costituiscano l'inizio della esecuzione del programma criminoso e che siano ad esso strumentalmente proiettati. Salta agli occhi che questo secondo modello, sicuramente preferibile rispetto al primo, manifesta una maggiore attenzione del legislatore alle esigenze costituzionalmente imposte di determinatezza, tassatività, materialità e offensività.

Il passaggio dai reati meramente associativi ai reati a struttura mista – che parallelamente, nella teoria generale del reato, descrive il passaggio “tendenziale”²⁴ dal reato a pericolo astratto, al reato di pericolo concreto o, anche e preferibilmente, di danno – potrebbe, metaforicamente, esser rappresentato come una scala, in cui le singole norme incriminatrici hanno progressivamente abbandonato la rudimentale astrazione generalizzatrice del fatto associativo per descrivere concrete realtà criminali.²⁵

Alla base vi sono quelle fattispecie create sul modello dell'art. 416 c.p., differenziandosi, da questo, soltanto per una maggiore specificazione, perlopiù descrittiva, delle finalità perseguite; tra queste, l'art. 3, comma II, l. 654/75, gli

²⁴ C.F.GROSSO, *Le fattispecie associative: problemi dommatici e di politica criminale*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, cit., p. 141.

²⁵ G.DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, cit., p. 399ss; G.FIANDACA, *I reati associativi nella recente evoluzione legislativa*, in *Il Coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo*, cit. p. 3 ss.

artt. 270 e 270**bis** c.p.,²⁶ in cui le finalità tipizzate – rispettivamente «incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi», «sovvertire violentemente gli ordinamenti economici e sociali costituiti nello Stato ovvero a sopprimere violentemente l'ordinamento politico e giuridico dello Stato», «atti di violenza con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico» – sono sganciate dal momento costitutivo del sodalizio, sufficiente e necessario per la punibilità del fatto, seppure, con il richiamo a comportamenti violenti, alcuni di essi accompagnati dai requisiti di direzione e idoneità (come per l'art. 270 c.p., recentemente modificato con l. 85/2006), possono considerarsi di certo più vicine ai reati a struttura mista. Sebbene con diversa intensità, rientrano pacificamente in quest'ultima categoria le fattispecie previste agli artt. 1 e 2²⁷, l. 20 giugno 1952, n. 645 (legge Scelba), l'art. 416**bis** c.p. (v. 3.), gli artt. 1 e 2, l. 17/1982, rispettivamente riorganizzazione del disciolto partito fascista, associazioni di tipo mafioso anche straniere, e associazioni segrete; in esse è dato riscontrare, mediante il richiamo a concreti ed attuali atti di minaccia e violenza, anche armata – «minacciando o usando la violenza quale metodo di lotta politica», «si avvalgono della forza di intimidazione», «attività dirette ad interferire sull'esercizio delle funzioni costituzionali» – la tenuta di comportamenti proiettati materialmente ed esteriormente verso gli scopi associativi.

Il bilancio dell'attività legislativa italiana in tema di reati associativi non può affatto considerarsi felice; nondimeno, l'ostinazione a qualificare il fenomeno della criminalità organizzata, e la conseguente reazione penale, come emergenziale è innegabile.²⁸ Infatti, gli indici rilevatori del carattere

²⁶ Lo stesso potrebbe dirsi al riguardo dell'associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri *ex* l'art. 291**quater**, DPR 23 gennaio 1973, n. 43, oppure per l'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti *ex* l'art. 74, DPR 9 ottobre 1990, n. 309.

²⁷ Modificata dall'art. 7, l. 22 maggio 1975, n. 152 (legge Reale).

²⁸ S.MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, loc cit.

emergenziale sono ben manifestati dal tenore dei provvedimenti normativi emanati: la prassi di intervenire con decreto-legge, con conseguente frustrazione delle ragioni politiche e giuridiche della riserva di legge penale *ex art. 25, comma II, Cost.*; la severità del trattamento sanzionatorio, il quale, accompagnato da un vasto corredo di circostanze aggravanti, misure preventive e di sicurezza, nonché dell'inasprimento del regime penitenziario e dagli automatismi delle misure cautelari custodiali, non è certo conciliabile col principio di risocializzazione *ex art. 27, comma III, Cost.*; va aggiunto, poi, che il risultato delle ricorrenti improvvisazioni legislative, è un groviglio di fattispecie penali, processuali ed amministrative tra loro scarsamente coordinate.²⁹ Rinviano ai paragrafi successivi per un più attento esame rispetto ai principi costituzionali ed alle principali peculiarità dell'insieme normativo di contrasto alla criminalità organizzata, in particolare quella mafiosa (v. 2., 3.), affiora anzitutto l'uso distorto che si è fatto dello strumento penale, e l'incapacità – o, se si preferisce, la non volontà – di comprendere la complessità e l'eterogeneità delle organizzazioni criminali.

Circoscrivere la risposta normativa soltanto all'introduzione di qualifiche generalizzate, o limitarsi ad arginare la criminalità di matrice terroristica nell'alveo dei fenomeni ostili alla personalità dello Stato, e la criminalità organizzata mafiosa, tra i fatti lesivi dell'ordine pubblico, accordando, per ciascuna di esse, una disciplina differenziata, è doppiamente fuorviante. In primo luogo, perché non sono adeguatamente afferrate le più elementari nozioni criminologiche e sociologiche, circa le nutrite e profonde relazioni che le organizzazioni criminali stringono con la realtà circostante, ed in particolare,

²⁹ S.MOCCIA, *Prospettive non "emergenziali" di controllo dei fatti di criminalità organizzata. Aspetti dommatici e di politica criminale*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. cit.*, p. 150 ss. Cfr. L.STORTONI, *Criminalità organizzata e legislazione di emergenza*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, p. 39 ss.

nel contesto territoriale, politico, istituzionale ed economico;³⁰ il rifiuto di comprendere l'intrinseca dinamicità dei sodalizi criminali implica, anche, ed ancor più seriamente, il rifiuto di impiegare strumenti di controllo extrapenale, più utili ad arrestare i lenti, ma diffusi, processi di disgregazione sociale.³¹ In secondo luogo, perché si è, sin da subito, imposta l'esaltazione dello strumento penale, del ruolo della fattispecie incriminatrice e della sanzione penale, come sicuro ed effettivo strumento di contrasto al crimine organizzato. Tuttavia, non può correttamente parlarsi di effettività della tutela penale se la prospettiva normativa – ipertrofica per il numero di fattispecie previste, e repressiva a fronte del trattamento, anche sanzionatorio, atteso – è quella di una lotta, o di una guerra, senza quartiere alla criminalità, il perseguimento dei propositi di stigmatizzazione e neutralizzazione del “nemico”, anche al costo di raggirare, più che tradire, regole e principi di uno Stato di diritto, cristallizzati nell'ordinamento costituzionale.³²

L'effettività della tutela penale, o meglio la strumentalità della norma penale rispetto agli scopi di tutela, è legittima soltanto se i fini perseguiti sono conformi allo spirito e alla lettera della Costituzione; pertanto, imporre nell'ordinamento giuridico un “doppio binario”, articolato nel tessuto normativo ordinario teso a fronteggiare la criminalità comune, ed in uno derogatorio, nonché emergenziale, volto ad annientare il nemico – nel caso

³⁰ G.FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit. p. 30 ss.

³¹ S.MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., p. 54.

³² «Va, dunque, respinto il modello di interventi giudiziari di tipo esemplare-profetico, tendente a dare un'immagine passionale, individualistica, moralistica, in ultima analisi vendicativa della giustizia, per recuperare la pacatezza, la solida l'affidabilità del costante temperamento delle ragioni dell'individuo e di quelle della società, attraverso l'inflessibile, forse oscuro, ma rassicurante, rispetto delle regole del gioco», S.MOCCIA, *Prospettive non “emergenziali” di controllo dei fatti di criminalità organizzata. Aspetti dottrinali e di politica criminale*, cit., p. 149.

della criminalità mafiosa, con la determinazione di orientare l'azione giudiziale “verso un certo tipo di procedimento”, il cui principale oggetto d'accertamento non è il fatto di un singolo soggetto, ma “un fenomeno sociale complessivo”³³ – di volta in volta individuato, non soddisfa le esigenze di effettività della tutela penale, ma realizza soltanto uno stato di mera “effettualità” per fini non compatibili con il dettato costituzionale, e per intenti, perlopiù, meramente simbolici.³⁴

2. *Segue.* La difficile convivenza con i principi in materia penale: profili di legittimità costituzionale e prospettive costituzionalmente orientate.

Nel sistema penale italiano sono davvero pochi gli istituti giuridici che presentano una così vasta ed eterogenea schiera di problemi di costituzionalità come i reati associativi, ed in particolare – per quel che concerne il presente lavoro – l'associazione per delinquere e di tipo mafioso; tuttavia, l'elemento di maggior imbarazzo è che, nonostante le riserve di costituzionalità avanzate dalla dottrina più attenta e dalla giurisprudenza, il legislatore, piuttosto che porre una netta soluzione di continuità con l'impostazione codicistica fascista,

³³ M.NOBILI, *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, cit., p. 229.

³⁴ A.CAVALIÈRE, *Effettività e criminalità organizzata*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, cit., p. 292 ss. Nello stesso senso: A.BARATTA, *La violenza e la forza. Alcune riflessioni su mafia, corruzione e il concetto di politica*, loc.cit.; S.BONINI, *Lotta alla criminalità organizzata e terroristica, garanzia dell'individuo, garanzia della collettività: riflessioni schematiche*, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 2216 ss. Dell'opinione per cui la criminalità organizzata, mafiosa e terroristica, non può essere sconfitta con l'ordinario strumento penale in chiave repressiva, ma con strumenti di contrasto diversi da quelli tradizionali, R.BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, p. 149-156.

abbia preferito conservare un “rudere bellico” ancora ben funzionante,³⁵ da un lato, per estenderne il campo di applicazione, dall’altro, cercando, non sempre con successo, di rendere meno “sgradevole” la convivenza con i principi fondamentali in materia penale.

I profili di legittimità costituzionale possono declinarsi in tre grandi categorie, corrispondenti a tre diversi parametri: la tutela costituzionalmente riconosciuta alla libertà di associazione; i principi fondamentali del diritto penale; in ultimo, ma non meno importante, i principi processuali, *sub specie* giusto processo, diritto di difesa e parità di trattamento.

È evidente che, ove si discorra di reati associativi, il primo parametro costituzionale coinvolto è la libertà di associazione, *ex* art. 18 Cost., secondo cui «I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale. Sono proibite le associazioni segrete e quelle che perseguono, anche indirettamente scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare», che nell’ordinamento giuridico italiano e sovranazionale³⁶ riceve una tutela ampia; e in via mediata con riguardo alle «formazioni sociali», anche l’art. 2 Cost., seppure la norma ha un oggetto di disciplina diverso, in quanto direttamente riferita ai diritti inviolabili dell’uomo. Partendo dall’art. 416 c.p., il quale rientra nella categoria dei reati meramente associativi, incriminando una condotta sostanzialmente neutra e astratta rispetto alla commissione dei delitti-scopo, esso si pone con evidenza in frizione con il disposto costituzionale; difatti – considerando

³⁵ S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, *cit.*, p. 237 ss.

³⁶ In particolare: art. 20, Dichiarazione universale dei diritti umani (ONU, 1948), ammette come unico limite l’esercizio pacifico della stessa; art. 11, Convenzione europea dei diritti dell’uomo (Consiglio d’Europa, 1950), pone limiti più serrati, riconducibili alle classiche clausole internazionali di salvaguardia interna (ordine pubblico, pubblica incolumità e moralità, salute pubblica); art. 12, Carta dei diritti fondamentali della UE (Unione Europea, 2000), che riproduce sostanzialmente le medesime limitazioni della Convenzione di Roma.

l'inaccettabilità dell'opinione³⁷ che qualifica la *societas sceleris* come un contropotere criminale avverso all'ordinamento statale, e meritevole, per ciò solo, di adeguata repressione penale – la rilevanza costituzionale primaria della libertà di associazione dovrebbe produrre, in una prospettiva equilibrata basata sul bilanciamento degli interessi coinvolti, l'effetto di subordinare l'ammissibilità del ricorso all'incriminazione della pura associazione alla tutela di beni giuridici di rango eccezionalmente rilevante, limitando l'illiceità degli scopi soltanto a figure delittuose particolarmente gravi.³⁸ Per ciò che concerne l'art. 416bis c.p., sono stati evidenziati in dottrina alcuni margini di contrasto con l'art. 18 Cost. limitatamente a quelle finalità essenzialmente lecite previste al comma III della fattispecie incriminatrice considerata;³⁹ altri, in risposta alla precedente opinione, ritengono che l'associazione di tipo mafioso – anche se l'orientamento è suscettibile di essere esteso ad altri (non tutti) reati associativi – trovi legittimità nel capoverso della disposizione costituzionale, presentando i requisiti della natura militare e segreta del sodalizio, e del fine [anche] politico

³⁷ G.NEPI MODONA, *Criminalità organizzata e reati associativi*, loc. cit.

³⁸ G.SPAGNOLO, *Dai reati meramente associativi ai reati a struttura mista*, in *Beni e tecniche della tutela penale* cit. p. 158; ID, *Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive*, cit., p. 1165. Tuttavia, l'Autore precisa che in ogni caso sono necessari limiti precauzionali – tramite la previsione nella fattispecie di almeno un pericolo concreto rispetto alla realizzazione dei delitti-scopo – e manifesta la preferenza per l'uso della formula dei reati meramente associativi nell'ambito delle sole misure di prevenzione. Nello stesso senso, G.INSOLERA, *Sulle diverse forme organizzate di criminalità*, in *Beni e tecniche della tutela penale* cit., p. 147 ss; V.PLANTAMURA, *I reati associativi e rispetto dei principi fondamentali in materia penale*, in *Ind. Pen.*, 2007, p. 389 ss; S.BONINI, *Lotta alla criminalità organizzata e terroristica, garanzia dell'individuo, garanzia della collettività: riflessioni schematiche*, cit., p. 2217.

³⁹ G.INSOLERA, *Considerazioni sulla nuova legge antimafia*, in *Pol. dir.*, 1982, p. 692.

perseguito, al pari delle fattispecie previste agli artt. 1 e 2, l. 17/1982.⁴⁰ Quanto al primo rilievo, l'unica interpretazione dell'art. 416*bis* c.p. che lo ponga al riparo da una censura d'incostituzionalità è quella che consiste nel ritenere che, pur in presenza di finalità sostanzialmente lecite, il metodo mafioso costituisca una condotta penalmente rilevante, già a livello monosoggettivo (v. 5.2.).⁴¹ In merito alla seconda osservazione, è consolidata opinione ritenere che una condizione di eguaglianza tra il sodalizio mafioso e le altre consorterie criminose (in particolare, banda armata e associazioni segrete) appaia giustificata più da ragioni di tipo sociologico, piuttosto che dommatiche: anzitutto perché il carattere militare, dato dalla disponibilità delle armi, costituisce nella fattispecie *ex art. 416bis* c.p. soltanto una manifestazione circostanziale (v. 9.3.); la segretezza del vincolo, da non confondere con la difficoltà dell'accertamento, né con l'occultamento delle finalità lecite o illecite perseguite, non è aderente al dettato normativo, che fa riferimento, invece, ad una manifestazione esteriore e percepibile del metodo mafioso (v. 5.1.); riguardo al fine politico, non nascondendo la connotazione ideologica di questa comparazione, sorgono problemi di contrasto con i principi di tassatività, determinatezza ed offensività (v. 4.1.).⁴²

I profili di legittimità costituzionale in maggior misura incisive sono quelle che attengono specificamente alla tematica penalistica, e, in particolare, ai principi fondamentali, nonché questioni di teoria generale del reato. Va da

⁴⁰ G.NEPI MODONA, *Criminalità organizzata e reati associativi*, cit. p. 112 . Nello stesso senso, pur parlando di "segretezza" in senso lato, G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 1995, p. 102, 286 ss.

⁴¹ Oltre agli autori nella nota successiva, anche V.PLANTAMURA, *I reati associativi e rispetto dei principi fondamentali in materia penale*, cit., p. 402; G.DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, cit., p.401.

⁴² G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, ed. V, Padova, 1997, p. 9 ss, 177 ss. Nello stesso senso, A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 201 ss.

sé che le principali carenze dei reati associativi – comprese quelle previste dagli artt. 416 e 416*bis* c.p., illustrati con dettaglio nei paragrafi successivi –, rispetto ai principi fondamentali, riflettono perfettamente la natura e la funzione, storica e giuridica, dei paradigmi normativi oggetto di analisi; essi rispondono ad una scelta di tutela innegabilmente repressiva, basata, in termini strategici, sull'anticipazione della soglia di punibilità riguardo ai requisiti necessari e sufficienti per l'incriminazione – che conferma la natura eccezionale dei reati associativi, in deroga alla disciplina prevista *ex art.* 115 c.p., circa la non punibilità degli atti meramente preparatori che non integrino gli estremi almeno del tentativo punibile di cui agli artt. 1 e 56 c.p.⁴³ – e sulla corrispondente discrezionalità del giudice nell'accertamento dei medesimi.⁴⁴ La scelta, da parte del legislatore fascista, dell'ordine pubblico, come pseudo bene giuridico da tutelare, spiega l'astrattezza delle fattispecie incriminatrici considerate. Oltre all'inafferrabilità empirica dell'oggetto della tutela, che ben potrebbe intendersi come *ratio* (*recte*, come *super ratio*, v. 4.1.) piuttosto che come bene giuridico meritevole di tutela penale, è l'assoluta inadeguatezza delle norme incriminatrici rispetto ai principi di tassatività e determinatezza a mostrare all'interprete le effettive finalità repressive del legislatore del 1930, e di quello più recente; il vuoto semantico del concetto di partecipazione (v. 7.1.), l'assenza di criteri distintivi tra le forme di partecipazione qualificata (v. 7.2.), la povertà della fattispecie per ciò che riguarda i requisiti organizzativi, nonché la strumentalità dell'organizzazione e del programma criminoso rispetto ai delitti-scopo (v. 6.), la stessa verificabilità del metodo mafioso (v. 5.1.), sono tutti indici rivelatori di una politica criminale – comunque non

⁴³ G.INSOLERA, *Sulle diverse forme organizzate di criminalità*, in *Beni e tecniche della tutela penale cit.*, p. 149 e 152.

⁴⁴ Cfr. P.MOROSINI, *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, in AA.VV., *Scenari di mafia, Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, a cura di G. Fiandaca e C. Visconti, Torino, 2010, p. 533 ss.

proprio soddisfacente per i risultati ottenuti – che ha preferito finalità autoritario-repressive e di difesa sociale, rispetto ad esigenze di salvaguardia della libertà personale e di certezza della pretesa punitiva.⁴⁵ È, quindi, lampante che il modo stesso di concepire la fattispecie associativa, secondo i termini previsti nel codice vigente, crea esiti aleatori sulla coerenza del sistema penale, rispetto ai canoni di sussidiarietà, frammentarietà, offensività, razionalità ed efficienza, di chiara rilevanza costituzionale.⁴⁶

Il novero dei dubbi di legittimità costituzionale sui reati associativi non può non coinvolgere anche la disciplina processuale, e, in particolare, quell'insieme di disposizioni normative, previste in Costituzione, concernenti il processo penale: il diritto di difesa di cui all'art. 24, e il sistema di garanzie di cui si compone il “giusto processo” *ex art. 111 Cost.*

La natura esclusivamente giudiziale dell'accertamento rende il diritto penale, a differenza delle altre branche dell'ordinamento giuridico, ontologicamente legato al processo, o, come è stato in passato definito, a «giustiziabilità processuale necessaria»⁴⁷. Ciò consente di spiegare due attribuzioni sinteticamente riconducibili ai reati associativi: in primo luogo,

⁴⁵ S.MOCCIA, *Prospettive non “emergenziali” di controllo dei fatti di criminalità organizzata. Aspetti dommatici e di politica criminale*, *cit.*, p. 154 ss; A.CAVALIÈRE, *Effettività e criminalità organizzata*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. cit.*, p. 305 ss; G.DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, *cit.* (in particolare p. 388ss); C.VISCONTI, *I reati associativi tra diritto vivente e ruolo della dottrina*, in AA.VV., *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente. Atti del Convegno tenuto a Brescia il 19 e 20 marzo 2004*, a cura di L. Picotti, G. Fornasari, F. Viganò, A. Melchionda, Padova, 2005, p. 143 ss; S.BONINI, *Lotta alla criminalità organizzata e terroristica, garanzia dell'individuo, garanzia della collettività: riflessioni schematiche*, *cit.* p. 2219.

⁴⁶ S.MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, *cit.*, p. 239.

⁴⁷ «Mentre il diritto civile può vivere anzi, se le cose andassero bene, dovrebbe vivere senza processo, il diritto penale vive, perché è destinato a vivere, soltanto nel processo». F.CARNELUTTI, *Pena e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, p. 167.

l'anticipazione della tutela penale esercita, anche, la finalità di “banalizzazione” dell'onere probatorio; in secondo luogo, l'esistenza, accanto alle fattispecie incriminatrici, di un vasto corredo normativo derogatorio attinente specificatamente la disciplina processuale e l'esecuzione della pena.⁴⁸ Rinviando al paragrafo successivo con riguardo al “doppio binario” della disciplina processuale prevista per alcuni reati associativi, in particolare per l'associazione mafiosa, già il rapporto con la tematica probatoria solleva gravi riserve in chiave di legittimità costituzionale. Invero, l'anticipazione della tutela penale non consiste soltanto nell'arretramento della soglia di punibilità al mero associarsi, od alla commissione di un'iniziale esecuzione del programma criminoso (se si accoglie una delle possibili interpretazioni del metodo mafioso), ma anche nella riduzione dell'onere probatorio – e nel conseguente *vulnus* recato al principio della personalità della responsabilità penale *ex art. 27*, comma I, Cost. – sufficiente per superare quel «ragionevole dubbio» di cui all'art. 533 c.p.p.⁴⁹ La manipolabilità del modello legale del reato associativo per creare scorciatoie probatorie nell'accertamento della responsabilità penale – non è nuova la pratica di scambiare la prova dei delitti-scopo con la prova del delitto associativo, oppure, una volta dimostrata l'esistenza della *societas sceleris*, di far refluire la responsabilità degli associati sui singoli delitti-scopo⁵⁰ –

⁴⁸ A.BITONTI, *Doppio Binario*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Torino 2005, p. 394-395.

⁴⁹ «Forse per nessun'altra figura di reato è più calzante l'asserto che si tratta di fattispecie a formazione processuale: il processo è la cartina di tornasole delle sue ambiguità e della sua labilità contenutistica; dietro quest'insostenibile inconsistenza aleggia lo spettro – mai fugato – dell'*inquisitio generalis*». A.CERULO, *Il trionfo dei reati associativi e l'astuzia della ragione*, *cit.*, p. 1010.

⁵⁰ F.M.IACOVIELLO, *L'organizzazione criminogena prevista dall'art. 416 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 574 ss. Analoghe perplessità esprime G.CANZIO, *Responsabilità dei partecipi nei singoli reati-fine: l'evoluzione giurisprudenziale negli anni 1970-1995*, *ivi*, 1996, p. 3164, quando afferma che «sul piano giudiziario il discorso segna il crocevia di problematiche di diritto penale sostanziale [...] e di metodo dell'accertamento probatorio nel – *rectius*: nelle diverse fasi del –

giustifica l'opinione secondo cui i reati associativi rappresenterebbero una sorta di male irrinunciabile ed indispensabile, perché sono «l'unico modo per colpire i vertici di una organizzazione criminale indipendentemente dall'accertamento, spesso assai difficile, della loro partecipazione ai singoli delitti scopo»⁵¹ (v. 8.). Tuttavia, pur considerando le forti difficoltà investigative nei procedimenti penali avverso le organizzazioni criminali – in modo particolare, i processi di mafia,⁵² nella maggior parte dei casi risolti, ove possibile, dalla cosiddetta “chiamata in correità” ex artt. 192, comma III e IV,

processo penale, i cui aspetti spesso si sono confusamente e indebitamente sovrapposti nella prassi giurisprudenziale».

⁵¹ G.SPAGNOLO, *Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive*, cit. p. 1162.

⁵² Per ciò che concerne gli orientamenti giurisprudenziali relativi al regime della prova nei processi di criminalità organizzata, nella specie chiamata in correità, G.SANTACROCE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2013*, Roma, 24 gennaio 2014, p. 143 ss. Tra i principali orientamenti ivi richiamati figurano: Cass. Pen., Sez. Un., 29 novembre 2012, n. 20804, Aquilina, circa i limiti di utilizzabilità della chiamata in correità e in reità *de relato* – cfr. E.SQUILLACI, *Dichiarazione accusatorie de relato e riscontri di natura “logica”*, nota a Cass. Pen. Sez. VI, 3 ottobre 2012, Audino, in *Arch. Pen.*, (www.archiviopenale.it), 2013, p. 1 ss –; Cass. Pen., Sez. II, 4 luglio 2013, n. 29923, secondo cui non può considerarsi *de relato* la dichiarazione del collaboratore di giustizia che riferisce «fatti e circostanze attinenti la vita e le attività del sodalizio criminoso, appresi come componente dello stesso», purché «supportate da validi elementi di verifica che consentano di ritenerle effettivamente oggetto di patrimonio conoscitivo comune agli associati, in aggiunta ai normali riscontri richiesti ex art. 192 c.p.p.»; Cass. Pen., Sez. I, 10 luglio 2013, n. 40000, per ciò che concerne l'utilizzabilità cosiddetta “frazionata” delle chiamate in correità, secondo cui, quando talune dichiarazioni risultano a diverso titolo smentite, non si possono ritenere per proprietà transitiva smentiti anche gli altri frammenti del narrato, potendo il giudice di merito considerarli, comunque, credibili ed attendibili, purché autonomi sul piano logico e fattuale rispetto alle prime.

197bis e 210 c.p.p.⁵³ – diventa tristemente vera l'affermazione secondo cui le fattispecie associative sono sostanzialmente reati di sospetto, un meccanismo di selezione artificiale della responsabilità penale, e luogo in cui la pretesa punitiva fa leva più sulla presunta pericolosità soggettiva dell'agente che sull'offensività del fatto incriminato.⁵⁴

La difficile convivenza con i principi fondamentali impone certamente la necessità di metter mano alla disciplina dei reati associativi, non soltanto per porre le stesse fattispecie incriminatrici al riparo dalle censure d'incostituzionalità, ma anche per ripristinare uno stato di coerenza sistematica violato dalle prospettive emergenziali-derogatorie in passato praticate. Gli interventi da compiere sulla base, questa volta, di prospettive costituzionalmente orientate, devono, prima di tutto, partire dall'abbandono di vedute politiche etico-idolatriche, di repressione della mera disobbedienza,⁵⁵ e restringere la tutela penale alla difesa dei beni individuali e superindividuali, di rilevanza costituzionale, concretamente minacciati dalle organizzazioni criminali. Le proposte in dottrina non sono mancate, seppure tra loro diverse, sia nelle ragioni politico-criminali sia nei contenuti. Nei termini di radicale mutamento dell'attuale stato normativo, si pongono le soluzioni abolizioniste:

⁵³ G.CASELLI-A.INGROIA, *Normativa premiale e strumenti di protezione per i collaboratori di giustizia: tra inerzia legislativa e soluzioni d'emergenza*, in AA.VV., *Processo penale e criminalità organizzata*, a cura di V. Grevi, Roma-Bari, 1993, p. 195 e ss; ID, *Il rigore della prova e il "metodo Falcone"*, in *Questione giustizia*, 2001, p. 703 ss.

⁵⁴ S.MOCCIA, *Prospettive non "emergenziali" di controllo dei fatti di criminalità organizzata. Aspetti dommatici e di politica criminale*, cit., p. 159 ss; A.CAVALIÈRE, *Effettività e criminalità organizzata*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, cit., p. 311-312; S.BONINI, *Lotta alla criminalità organizzata e terroristica, garanzia dell'individuo, garanzia della collettività: riflessioni schematiche*, cit. p. 2220.

⁵⁵ T.PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, libro II, c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 11 ss e 24 ss.

la prima riposa sulla constatazione che l'imputazione di un reato associativo avviene in contesti processuali in cui è già disponibile la prova dei delitti-scopo, per cui risulterebbe smarrita, o fortemente ridimensionata, la funzione di protezione anticipata tipicamente ascritta alle fattispecie associative;⁵⁶ la seconda, più complessa e articolata rispetto alla precedente, propone una rivisitazione dell'intera materia, partendo dall'abrogazione delle fattispecie associative di parte speciale, e il contestuale inserimento di una figura associativa di parte generale circostanziale rispetto ai delitti-scopo – «un concorso qualificato dalla stabilità dell'organizzazione e del vincolo associativo»⁵⁷ – accompagnata da una riforma degli artt. 110 ss c.p.⁵⁸ Altre proposte vertono sulla ristrutturazione della parte speciale: una prima opinione suggerisce l'inserimento di un titolo *ex novo*, in cui immettere tutte le fattispecie associative, e diviso in due parti, rispettivamente, l'una concentrata

⁵⁶ G.FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., p. 46.

⁵⁷ S.MOCCIA, *Prospettive non "emergenziali" di controllo dei fatti di criminalità organizzata. Aspetti dommatici e di politica criminale*, cit., p. 160 ss.

⁵⁸ Le prospettive abolizioniste sono criticate in particolare per due motivi: il primo, per l'avvertito ridimensionamento della funzione di anticipazione della tutela penale; il secondo, perché la proposta-soluzione di parte generale produrrebbe il rischio di punire i soli soggetti investiti di ruoli minori, salvando i vertici delle organizzazioni criminali. In questo senso: G.DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, cit., p. 395-396; G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis, 416ter, 417, 418, c.p.*, in AA.VV., *Mafia e criminalità organizzata*, coordinato da P. Corso, G. Insolera, L. Stortoni, Torino, 1995, p. 12 ss. In merito alla seconda delle critiche mosse, si è replicato che la punibilità dei "capi" possa essere assicurata attraverso la cosiddetta "autoria mediata mediante apparati di potere organizzati", costruita, rispettivamente, intorno alla fungibilità dell'agente esecutore del delitto, ed alla signoria manifestata da chi gode del dominio finalistico del fatto collettivo. Così, S.MOCCIA, *Prospettive non "emergenziali" di controllo dei fatti di criminalità organizzata. Aspetti dommatici e di politica criminale*, cit., p. 164 ss. Cfr. ID, *Autoria mediata e apparati di potere organizzati*, in *Arch. Pen.*, 1984, p. 388 ss.

sul modello della fattispecie *ex art.* 416 c.p., l'altra relativa alle associazioni criminali aventi scopi politici,⁵⁹ una seconda opinione suggerisce di creare un autonomo titolo nella parte speciale, ma fissando criteri e requisiti validi per tutti i reati associativi, prevedendo un reato associativo di base e circostanziato in base alla gravità dei delitti-scopo.⁶⁰

Per concludere, rispetto a quelle opinioni che, focalizzando l'attenzione sui principali elementi caratterizzanti le fattispecie associative, in special modo sul ruolo dell'apparato organizzativo strutturale e permanente, ne auspicano un'interpretazione particolarmente impegnativa, finanche come criterio ordinatore dell'intera disciplina,⁶¹ va attestato che in assenza di un intervento della Corte Costituzionale, o, ancor meglio, del legislatore, per l'interprete non vi è altra strada che orientare lo sforzo ermeneutico affinché queste fattispecie incriminatrici presentino un volto conforme al dettato costituzionale, in grado di potersi ben adattare, in un sistema razionale ed efficiente, ai canoni di tassatività e determinatezza riguardo al fatto tipico, di offensività nei termini di lesione significativa ad un bene giuridico di rilevanza costituzionale, di personalità della responsabilità penale, tanto in ordine alle questioni di diritto penale sostanziale, quanto in tema di riscontro probatorio.⁶²

⁵⁹ G.NEPI MODONA, *Criminalità organizzata e reati associativi*, cit., p. 120 ss. In particolare, la soluzione proposta intende ricomprende anche i delitti di attentato previsti attualmente nel Titolo I, i quali, sempre secondo l'Autore, richiedono necessariamente l'ausilio di un apparato organizzativo stabile ed efficiente.

⁶⁰ G.SPAGNOLO, *Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive*, cit. p. 1166.

⁶¹ G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis, 416ter, 417, 418, c.p., cit.* p. 23; G.DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, cit., p. 388 ss; ID, *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993 ss , p. 110; G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit., p. 20-21.

⁶² A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 197 ss.

3. *Segue.* Le risposte ordinamentali al fenomeno mafioso.

Lo studio del fenomeno mafioso nell'esperienza italiana e la corrispondente reazione del legislatore confermano emblematicamente gli esiti delle riflessioni compiute nei paragrafi precedenti; per di più, in particolare per la criminalità mafiosa, l'intera vicenda è divenuta, e diviene, più oscura a causa della complessità del fenomeno stesso.⁶³ I precedenti della legislazione terroristica d'emergenza, sperimentati dal dopoguerra in poi, avevano indotto il legislatore ad una maggior prudenza nella scelta delle modalità di contrasto al crimine organizzato, soprattutto in ordine allo strumento penale, sennonché, assai spesso, quella giustificata prudenza si è dispersa tra lunghi silenzi, e momenti di "cieco fervore legislativo".

La dimostrazione della lontananza istituzionale può rinvenirsi nel disinteresse a riconoscere lo stesso disvalore sociale della criminalità organizzata di tipo mafioso, come palesemente risulta dall'andamento dei lavori parlamentari.⁶⁴ Dal 14 settembre 1948, anno in cui fu ufficialmente

⁶³ Sulla complessità e l'evoluzione della mafia in Sicilia: P.ARLACCHI, *La mafia imprenditrice*, cit., *passim*; ID, *Gli uomini del disonore. La mafia siciliana nella vita del grande pentito Antonino Calderone*, Milano, 1990, *passim*; G.FAVA, *Mafia. Da Giuliano a Dalla Chiesa*, Catania, 1984; S.LUPO, *Storia della mafia*, Roma, 2004, *passim*; L.VIOLANTE, *Mafia e società italiana. Rapporto '97*, Roma-Bari, 1997, *passim*; G.FALCONE-M.PADOVANI, *Cose di Cosa Nostra*, Milano, 1991, *passim*. Per una recente analisi economica del fenomeno mafioso eseguita dalla Commissione per l'elaborazione di proposte in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità (i.e. Commissione Garofoli), cfr. *Per una moderna politica antimafia. Analisi del fenomeno e proposte d'intervento e di riforma*, in *Dir. pen. contem.*, (www.penalecontemporaneo.it), 2014, p. 1 ss.

⁶⁴ Camera dei Deputati - Senato della Repubblica, VI Legislatura, Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia in Sicilia, *Relazione conclusiva. Parte Prima. I dibattiti parlamentari sulla fenomeno della mafia in Sicilia e l'istituzione della Commissione parlamentare d'inchiesta*, relatore L. Carraro, Roma, 1976, p. 3 ss.

presentata la prima interpellanza di istituzione di una commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno mafioso,⁶⁵ occorsero quattordici anni prima che fosse legalmente istituito un organismo parlamentare *ad hoc* competente; nel 1962⁶⁶ – trascorse due legislature e nel mezzo della prima guerra di mafia – fu approvata con l. 20 dicembre 1962, n. 1720 l'istituzione della Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno mafioso in Sicilia, e soltanto al termine della VI legislatura, dopo altri quattordici anni di lavori, la Commissione riuscì ad approvare un documento finale. I ritardi dei lavori parlamentari sono, purtroppo, l'epifenomeno di un *modus procedendi* traviato da inesatte supposizioni, perlopiù condizionate da pregiudiziali politiche e sociali, suggestionate dalle ricostruzioni sociologiche, e dalla superficialità dommatica degli interventi normativi proposti e, poi, realizzati. Invero, l'influenza esercitata dalla narrazione scientifica sulla “mafiosità”⁶⁷, contrapposta alla rappresentazione idolatrica di una “piovra” invincibile e irriducibile, ha giustificato un clima di artificiale *coabitazione*, in cui da un lato, tragicamente «si è commesso l'errore di scambiare la *pax mafiosa*, frutto di un rigido controllo delle cosche, con l'assenza di attività criminali», dall'altro perché «l'azione repressiva è proceduta a fisarmonica, [...] si è attaccato [soltanto] quando Cosa Nostra attaccava e poi si ritornava alla coabitazione».⁶⁸

⁶⁵ Proposta di legge A.C. 14 settembre 1948, n. 98, On. Berti ed altri.

⁶⁶ L'*iter* risale al disegno di legge A.S. 21 aprile 1961, n. 280, Sen. Parri ed altri.

⁶⁷ A.BLOK, *La mafia di un villaggio siciliano, 1860–1960. Imprenditori, contadini, violenti*, Torino, 2000, *passim*; E.BANFIELD in *The Moral Basis of a Backward Society*, Glencoe (III), 1958; trad. it., *Le basi morali di una società arretrata*, a cura di D. De Masi, Bologna, 1976, *passim*; C.DEAMBROGIO, *Famiglia di sangue e mafia: un'analisi socio-criminologica*, in *Arch. Pen.*, 2012, p. 973 ss.

⁶⁸ Camera dei Deputati - Senato della Repubblica, XI Legislatura, Doc. XXIII, n. 2, Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali similari, *Relazione sui rapporti tra mafia e politica*, relatore L. Violante, Roma, 1993, p.

Il primo intervento normativo, a cui si deve l'ingresso nell'ordinamento giuridico del termine "mafia", risale alla l. 31 maggio 1965, n. 575, poi ripetutamente modificata.⁶⁹ Codesti provvedimenti, confortati anche dalla giurisprudenza costituzionale, e modificando la l. 27 dicembre 1956, n. 1423, manifestavano l'originario convincimento del legislatore di intervenire esclusivamente sul fronte delle misure preventive *ante delictum*, per chi, ai sensi dell'art. 1 della legge antimafia, fosse «indiziat[o] di appartenere ad associazione mafiose», attraverso un insieme cospicuo di limitazioni alla libertà personale ed alla disponibilità patrimoniale.⁷⁰ Occorre precisare che la corsia preferenziale delle misure *ante delictum* – invero, «tanto maggiore è apparsa l'utilità di mantenere in vita un sistema di misure di prevenzione, per i fini che qui interessano, in quanto è noto come i mafiosi le temano più ancora dei processi e delle sanzioni penali»⁷¹ – sarà un'opzione di politica criminale che il

54. Continuando, ribadisce che «lo Stato non colpiva Cosa Nostra in quanto associazione criminale, ma solo quando compiva omicidi particolarmente gravi. Cosa Nostra dal canto suo, non colpiva i rappresentanti dello Stato in quanto tali, ma soltanto coloro che, compiendo atti repressivi particolarmente efficaci, derogavano alle regole non scritte della convivenza».

⁶⁹ Cfr. G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit., p. 22 ss.

⁷⁰ Sul piano delle limitazioni alla libertà personale, di competenza rispettivamente del questore e dell'autorità giudiziaria, erano originariamente previsti la diffida, il rimpatrio con foglio di via obbligatorio, e la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, (con automatica decadenza e/o divieto di rilascio di licenze e concessioni amministrative) aggravate dal divieto e, per i casi di particolare pericolosità, dall'obbligo di soggiorno in uno o più Comuni o Province. Sul fronte patrimoniale, erano previste la sospensione giudiziale provvisoria dell'amministrazione di beni personali, l'indagine obbligatoria della Guardia di Finanza, e, infine, l'eliminazione della pregiudiziale tributaria per i reati fiscali accertati.

⁷¹ «In effetti, l'applicazione di queste misure [...] allontanando il mafioso dal proprio ambiente, può servire a troncane catene di omertà, di connivenza, di complicità, di delittuosi o comunque di discutibili rapporti; può, in definitiva, rendere impotente il

legislatore non abbandonerà più, in particolare nella legislazione dei decenni successivi, fino ai giorni nostri.

Gli anni Ottanta circoscrivono il contesto spaziale e temporale entro cui si ravvisa una maturazione dell'attività legislativa, pronta, nel contrasto alla criminalità mafiosa, ad impiegare anche lo strumento penale; in realtà, anche in questa circostanza, il quadro generale è notevolmente complesso. L'inadeguatezza delle sole misure *ante delictum*, la controversa riconducibilità delle consorterie mafiose nel paradigma normativo dell'associazione per delinquere comune *ex art. 416 c.p.*,⁷² furono i rilievi dommatici evidenziati in un contesto storicamente tragico, dato dall'assassinio dell'On. La Torre e del Prefetto Dalla Chiesa. La reazione del legislatore fu quella di tradurre in legge una proposta di iniziativa parlamentare⁷³ – la quale nel corso dell'*iter* procedurale fu oggetto di continue correzioni rispetto alla formula originaria – ferma da due anni alla Camera dei Deputati. La l. 13 settembre 1982, n. 646

mafioso separandolo dalla comunità in cui è abituato a vivere e in cui esercita il suo potere». Camera dei Deputati - Senato della Repubblica, VI Legislatura, Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia in Sicilia, *Relazione conclusiva. Parte Quarta. Conclusioni e proposte. Le misure di Prevenzione e repressione, cit.*, p. 317.

⁷² Il riferimento corre alla disputa scientifica, avvenuta durante gli anni Cinquanta del XX secolo – ma precedenti discussioni risalgono già nella seconda metà degli anni Trenta in occasione delle operazioni di polizia condotte dal Prefetto Cesare Mori in Sicilia – tra F. Antolisei e V. Manzini, all'epoca le due massime firme del diritto penale in Italia, i quali presero rispettivamente una posizione negativa e positiva circa la sussumibilità nella fattispecie di cui all'art. 416 c.p. dell'associazione mafiosa. Sul punto, G. SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso, cit.*, p. 4 ss.

⁷³ Proposta di legge, A.C. 31 marzo 1980, n. 1581, On. La Torre ed altri. Dalla relazione alla proposta si può leggere che la nuova fattispecie mira «a colmare una lacuna legislativa [...] non essendo sufficiente la previsione dell'art. 416 c.p. a comprendere tutte le realtà associative di mafia che talvolta prescindono da un programma delittuoso, [...] affidando il raggiungimento degli obiettivi alla forza intimidatrice del vincolo mafioso in quanto tale».

(legge Rognoni-La Torre) – sebbene con essa il Parlamento confermasse un rafforzamento delle misure di prevenzione (art. 13), nonché delle procedure amministrative concorsuali (art. 21), istituendo *ad hoc* la seconda Commissione parlamentare antimafia con la finalità espressa (e sola) di vigilare sull’attuazione della legge medesima – prevedeva al suo interno l’introduzione nel codice penale della fattispecie di associazione di tipo mafioso (art. 416*bis*), nonché di quella di illecita concorrenza con violenza o minaccia (art. 513*bis*), e la previsione dell’aggravante mafiosa per i delitti di rapina (art. 628), estorsione (art. 629) e favoreggiamento reale (art. 379) e personale (art. 378). Fuori da ogni dubbio, la novità di maggior rilievo è stata l’introduzione dell’art. 416*bis* c.p., *sub specie* la definizione normativa del metodo mafioso al comma III⁷⁴ – considerando che, in base al tenore letterale della disposizione, la specialità del metodo mafioso rispetto alla comune associazione per delinquere, si riduce ad una ricostruzione del retroterra ambientale, del contesto socio-culturale e socio-economico, restringendo l’accertamento giudiziale ad un *entourage* sub-

⁷⁴ «L’associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali». L’ultima delle finalità è stata aggiunta dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306. Va ribadito che una delle prime critiche alla definizione normativa del tipo mafioso, come già evidenziato nei paragrafi precedenti, fu quella di esercitare una funzione meramente simbolica, con il risultato di negare l’efficacia precettiva dell’art. 416*bis*, comma III, c.p., poiché l’associazione mafiosa poteva già essere penalmente perseguita *ex art.416 c.p.* Così, G.FIANDACA, *Commento all’art. 1 l. 13.9.82, n. 646*, in *Leg. pen.*, 1983, p. 259 ss; nello stesso senso, A.INGROIA, *Associazione di tipo mafioso*, in *Enc. Dir.*, Agg. I, Milano, 1997, p. 135 ss.

culturale⁷⁵ – congiuntamente alla clausola contenuta all'ultimo comma, mediante il quale il legislatore, seppure con una formulazione giuridicamente infelice, interruppe la riferibilità sub-culturale e territoriale circoscritta alla mafia ed alla Sicilia, per abbracciare anche organizzazioni criminali diverse, quali la camorra e le altre comunque localmente denominate.⁷⁶

Un'evoluzione ulteriore nel contrasto alla criminalità mafiosa si compie negli anni Novanta, poiché si seguì, per un verso, l'impostazione della legge del 1982 attraverso l'estensione della sfera del punibile – l'introduzione dei delitti di cui agli artt. 416*ter*, 648*bis* e 648*ter* c.p., l'ampliamento delle condotte di favoreggiamento e sequestro di persona a scopo di estorsione, le circostanze aggravanti previste per i delitti di usura, in materia di armi, nonché le circostanze aggravanti generali validi per ogni delitto non già punito con l'ergastolo commesso con finalità o modalità mafiosa *ex* art 7 d.l. 13 maggio 1991, n. 152 –; per l'altro, emanato il nuovo codice di procedura penale, furono introdotte misure derogatorie al sistema processuale e penitenziario. In

⁷⁵ G.FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 358. L'effetto sperato dal legislatore del 1982 consisteva proprio nel servirsi di una matrice socio-criminologica, e «superare un'ottica parcellizzante circoscritta a singoli episodi delittuosi, per conseguire una visione di insieme che inquadri il fenomeno mafioso come entità unitaria». Così, G.FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, *cit.*, p. 27.

⁷⁶ «Il modello criminale mafioso, in quanto connotato da una particolarissima specificità ambientale, a mio avviso non sarebbe trasponibile in altre realtà [...] Posto in questi termini, ci si accorge subito tuttavia che ci si trova di fronte a un falso problema. In realtà nel panorama criminale internazionale, le maggiori organizzazioni, anch'esse depurate dalle loro specifiche connotazioni ambientali, presentano caratteristiche non dissimili da quelle della mafia [...] tale unicità sostanziale del modello organizzativo nelle più importanti organizzazioni criminali operanti a livello internazionale, consente di usare per le stesse il termine “mafia” in un'accezione certamente più estensiva di quella che è normalmente in senso tecnico il significato di questa parola, ma in un'accezione tuttavia non priva di un certo rigore scientifico». Così, G. Falcone, citato in *Introduzione*, AA.VV., *La mafia le mafie, Tra nuovi e vecchi paradigmi*, a cura di G. Fiandaca e S. Costantino, Roma-Bari, 1994, p. XIII.

questa direzione, sull'onda dei primi maxiprocessi tenutisi in Sicilia ed in Campania, e senza dimenticare la rimarcata tragicità del contesto storico, stavolta contrassegnata dalle stragi di Capaci e Via D'Amelio, si è instaurato un “doppio binario” processuale tra criminalità comune ed crimine organizzato.⁷⁷ Invero, le modifiche al sistema processuale e penitenziario, se da un lato sono maturate con l'esigenza di sopperire alle materiali difficoltà investigative emerse nei processi di mafia – l'istituzione della Direzione investigativa antimafia con d.l. 29 ottobre 1991, n. 345, nonché delle Direzioni distrettuali e della Direzione nazionale antimafia con d.l. 20 novembre 1991, n. 367, l'allungamento della durata massima delle indagini preliminari a due anni *ex art.* 407, comma II, lett. a, c.p.p., l'appianamento dei requisiti per l'impiego delle intercettazioni telefoniche ed ambientali rispetto alla disciplina ordinaria *ex art.* 267 c.p.p., il trasferimento e la partecipazione a distanza all'udienza penale di detenuti ed internati, la regolamentazione dei colloqui difensivi⁷⁸ –, dall'altro sono finalizzate a semplificare l'attività di repressione, attraverso l'inasprimento del regime previsto in materia di misure cautelari (artt. 272 ss c.p.p.), la previsione dell'arresto obbligatorio in flagranza (art. 380 c.p.p.),⁷⁹ l'aggravio nel trattamento penitenziario (il regime di “carcere duro” *ex art.* 41 *bis*, comma II, l. 26 luglio 1975, n. 354),⁸⁰ nonché l'introduzione dei

⁷⁷ A.BITONTI, *Doppio Binario*, *loc. cit.*

⁷⁸ Cfr. Corte cost., sent. 20 giugno 2013, n. 143, la quale, in tema di colloqui difensivi per i detenuti soggetti a regime di “carcere duro”, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 41 *bis*, comma II *quater*, lettera b), della legge sull'ordinamento penitenziario, limitatamente alle restrizioni del numero e della durata dei colloqui introdotti con l. 94/2009.

⁷⁹ A.SCAGLIONE, *Il processo penale per i delitti di criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, 2009, p. 131 ss. Cfr. P.TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2012.

⁸⁰ A.SCAGLIONE, *Il regime processuale e penitenziario differenziato per i fatti di terrorismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 575 ss.

meccanismi di collaborazione processuale scambiati con benefici penitenziari⁸¹ (iniziata con l'art. 8 d.l. 152/1991 e l'art. 13^{ter}, l. 15 marzo 1991, n. 82, e proseguita fino ai giorni nostri).⁸²

L'ultimo decennio rappresenta, in termini normativi, la sintesi dell'esperienza legislativa degli anni precedenti, dei successi sul piano investigativo, ma, anche, di limiti e contraddizioni mai superati. Difatti, oltre ad essere state confermate tutte le misure processuali e penitenziarie (alcune anche ampliate, come la presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari ex art. 275, comma III, c.p.p, modificato con d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, e recentemente ristretta dalla Corte costituzionale⁸³), al rinsaldamento punitivo, peraltro, avvalorato dall'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici (v. l'art. 391^{bis} c.p.) e dall'espansione dei reati presupposti alla responsabilità

⁸¹ Per una disamina delle misure premiali nella legislazione antimafia, cfr. A.CAVALIÈRE, *Associazione di tipo mafioso*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale, Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, vol. V, Napoli, 2007, p. 470 ss.

⁸² Fortemente critico verso le forme di premialità *extra ordinem*, S.MOCCIA, *Prospettive non "emergenziali" di controllo dei fatti di criminalità organizzata. Aspetti dommatici e di politica criminale*, cit., p. 170 ss. L'Autore correttamente afferma che si è verificato «accanto ad inasprimenti, spesso oltre i limiti della ragionevolezza, per gli "irriducibili, [...] per i "pentiti", [invece], la possibilità di recupero pressoché totale della libertà, dando, quindi, vita ad una specie di preoccupante coazione alla collaborazione. [...] Questo tipo di normativa è espressivo di una logica contrattuale tra Stato ed individuo in materia penale che, non a caso, è estranea alla tradizione dello stato di diritto».

⁸³ Corte cost., sent. 25 marzo 2013, n. 57; tuttavia, la Corte costituzionale ha limitato la declaratoria d'incostituzionalità ai soli casi in cui il reato contestato sia aggravato dalle circostanze previste all'art. 7, d.l. 152/1991, non anche per il delitto ex art. 416^{bis} c.p., sul quale continua a sussistere la presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari (Corte cost., ord. 4 maggio 2009, n. 133). Di recente, la Suprema Corte di Cassazione (Cass. Pen., Sez. I, 22 gennaio 2014, n. 2946, inedita) ha stabilito che il principio di diritto espresso dalla Corte costituzionale, per diversità dell'oggetto, non è estendibile ai casi di concorso "esterno" in associazione mafiosa.

amministrava degli enti,⁸⁴ gli ultimi interventi normativi,⁸⁵ in specie il d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (pacchetto sicurezza) e la l. 15 luglio 2009, n. 9, hanno confermato, allo scopo di colpire le sostanze patrimoniali⁸⁶ delle consorterie mafiose, un ritorno in auge delle misure di prevenzione – con novità di rilievo, perché d’ora in poi le misure patrimoniali *ante delictum* sono svincolate dalla pericolosità sociale del soggetto, autonome dalle misure di prevenzioni personali, e azionabili, nel caso di morte sopraggiunta del soggetto iniziale, anche nei confronti degli eredi⁸⁷ – e delle misure di sicurezza (la previsione della confisca obbligatoria e per equivalente *ex art. 12sexies*, d.l. 8 giugno 1992, n. 306).⁸⁸ Tuttavia, non può non essere riconosciuta la presa di coscienza, da parte del legislatore, della necessità sia di procedere alla risistemazione della normativa antimafia sia di rafforzare forme d’intervento extrapenale,⁸⁹ in

⁸⁴ Cfr., anche per ciò che interessa le misure di prevenzione patrimoniali, R.RUSSO, *Le misure patrimoniali antimafia applicabili agli enti*, in *Arch. Pen.*, 2012, p. 861 ss.

⁸⁵ I.PALMA, *La legislazione antimafia dopo la legge 15 luglio 2009 n. 9*, in *Riv. pen.*, 2010, p. 109 ss; A.CISTERNA, *Le misure di contrasto alla criminalità organizzata nel “pacchetto sicurezza”*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1073 ss; ID, *Mafia: uniformità di regole per l’esecuzione*, in *Guid. dir.*, fasc. 34, 2009, p. 61 ss.

⁸⁶ I beni, sottratti a diverso titolo alla disponibilità delle cosche, sono devoluti all’amministrazione dell’Agenzia Nazionale per i beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata istituita con d.l. 4 febbraio 2010, n. 4.

⁸⁷ E.SQUILLACI, *Le indagini: atipicità e mancanza di garanzie*, in *Arch. Pen.*, 2012, p. 811 ss. Sul fronte delle misure di prevenzione personali e la nuova fattispecie di divieto di propaganda elettorale, F.SIRACUSANO, *Il d.lgs. n. 159 del 2011 e il divieto di propaganda elettorale*, *ibidem*, p. 633 ss.

⁸⁸ S.CURIONE, *Gli accertamenti patrimoniali: urgenza di un mutamento di prospettive oltre i confini del codice antimafia*, in *Arch. Pen.*, 2012, p. 827 ss.

⁸⁹ G.M.FLICK, *Mafia e imprese. Vent’anni dopo Capaci, Via D’Amelio, Mani Pulite. Dai progressi nella lotta al crimine organizzato, ai passi indietro nel contrasto alla criminalità economica e alla*

occasione della l. 13 agosto 2010, n. 136, recante la delega inoltrata al Governo per l'emanazione di un codice delle leggi antimafia, poi avvenuta con d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, modificato con d.lgs 15 novembre 2012, n. 218 e l 24 dicembre 2012, n. 228. Ad ogni buon conto, gli originari propositi del legislatore sono stati solo in parte raggiunti;⁹⁰ sul piano extrapenale va apprezzato lo sforzo di aver raggruppato la complessa normativa della documentazione antimafia (libro II, artt. 82 ss), come importante strumento utile a prevenire l'infiltrazione delle mafie nei corridoi dell'economia legale e soprattutto nelle amministrazioni pubbliche; sul piano della risistemazione organica il codice è carente per aver limitato l'opera alle sole misure di prevenzione (libro I, titolo I, artt. 1 ss, per le misure di prevenzione personale, e titolo II, artt. 16 ss, per le misure di prevenzione patrimoniale, titolo V, artt. 66 ss, effetti e sanzioni) ed alla gestione dei beni confiscati (libro I, titolo III, artt. 35 ss; libro III, titolo II. artt. 110 ss), trascurando, invece, la normativa processuale e penitenziaria⁹¹, oltreché l'oscuro passaggio di aver identificato la nozione di criminalità organizzata con l'associazione di tipo mafioso.⁹²

corruzione, in *Riv. soc.*, 2013, p. 505 ss; N.D'ASCOLA, *Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale*, in *Arch. Pen.*, 2012, p. 797 ss.

⁹⁰ A.CISTERNA, *Con la ricognizione sulla disciplina antimafia si apre la partita del codice "salva dubbi"*, in *Guid. dir.*, fasc. 39, 2010, p. 45 ss; F.MENDITTO, *Le luci e le (molte) ombre del c.d. codice antimafia*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 792 ss; ID, *Le prime modifiche ad c.d. Codice Antimafia: d.lgs. n.218/1012 e l. n. 228/2012*, in *Dir. pen. contem.*, (www.penalecontemporane.it), 2013, p. 1 ss.

⁹¹ Nel libro IV, artt. 115 ss del "codice antimafia", sono raggruppate le poche modifiche al codice penale e di rito, nonché le disposizioni abrogative della legislazione complementare, di coordinamento e transitorie.

⁹² P.GIORDANO, *Un passo avanti nell'azione di contrasto alla mafia che avrà certo bisogno di significative integrazioni*, in *Guid. dir.*, fasc. 28, 2011, p. 10 ss. Esigenze di modifica del "Codice antimafia" sono pervenute dalla Commissione ministeriale incaricata dell'elaborazione di proposte normative in tema di criminalità organizzata (i.e. Commissione Fiandaca) – cfr. *Relazione della Commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di*

4. L'oggetto della tutela penale.

4.1. L'ordine pubblico ideale e materiale.

Nel codice penale italiano l'associazione per delinquere e l'associazione di tipo mafioso, rispettivamente artt. 416 e 416*bis* c.p., sono collocati nel titolo V del libro II, dei delitti contro l'ordine pubblico, il quale, alla luce degli argomenti sviluppati nei paragrafi precedenti, rappresenta uno dei titoli più controversi presenti nel nostro sistema penale. Il ruolo e il contenuto dell'ordine pubblico, richiamando una realtà certamente superindividuale, non sono di facile ed immediata afferrabilità, nondimeno l'impiego in un'accezione atecnica – se non anche politico-giornalistica – durante gli anni della legislazione d'emergenza ha contribuito a renderlo un concetto etereo, vago, o, come in altri tempi definito, un «ripostiglio concettuale»⁹³ da aprire ogni qualvolta si presentasse l'occasione per apprestare una sbrigativa ed improvvisata tutela penale.

Volendo dare una prima dimensione contenutistica all'ordine pubblico, esso storicamente si declina in due sensi: ideale (o normativo) e materiale. L'ordine pubblico in senso ideale si presenta come l'equivalente di ordine

criminalità organizzata (d.m. 10 giugno 2013), in *Dir. pen. contem.*, (www.penalecontemporaneo.it), 2014, p. 12 ss –, la quale, a tal proposito, ha suggerito talune modifiche dirette a potenziare la dimensione *latu sensu* garantistica delle misure *ante delictum* senza, però, pregiudicarne l'efficacia. Le proposte di modifica hanno riguardato anche talune fattispecie incriminatrici, quali l'art. 12*quinqes* d.l. 306/1992, nonché gli artt. 648*bis* – al fine di tipicizzare anche i casi di “autoriciclaggio” – e 648*ter* c.p. Ulteriori prospettive di riforma del “Codice antimafia”, delle fattispecie in ultimo richiamate, nonché della gestione dei beni sequestrati e confiscati, sono pervenute dalla Commissione per l'elaborazione di proposte in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità (*i.e.* Commissione Garofoli) – cfr. *Per una moderna politica antimafia. Analisi del fenomeno e proposte d'intervento e di riforma*, *cit.*, 11 ss, 41 ss, 83 ss – istituita con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 7 giugno 2013.

⁹³ K.BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, Leipzig, 1922, p. 352.

legale costituito, rievocativo del complesso di principi ed istituzioni fondamentali sulla cui legittimazione ed efficacia riposa l'esistenza e la sopravvivenza dell'ordinamento. L'ordine pubblico in senso materiale – che riporta alla luce la nozione di “pubblica tranquillità” prevista nei codici preunitari – espone uno stato od una condizione di pacifica convivenza, intesa, in senso oggettivo, come sicurezza collettiva e buon ordine, ed, in senso soggettivo, come opinione di pubblica quiete e tranquillità.⁹⁴

Il ricorso all'ordine pubblico, come criterio sistematico-classificatorio dei reati associativi di cui sopra, risale alla codificazione del 1889, che inserì in un titolo *ad hoc*, rubricato ordine pubblico, le fattispecie di associazione di malfattori (l'antecedente storico e giuridico dell'attuale associazione per delinquere) *ex art.* 278, nonché le fattispecie di istigazione, eccitamento alla guerra civile e pubblica intimidazione; anche all'epoca, in piena età liberale, si preferì dare una definizione approssimativa di lesione all'ordine pubblico, volta a designare «ogni fatto che, per la varietà delle offese o per la diffusione di cui è suscettivo attacca il buon assetto e perturba il regolare andamento del vivere civile», senza ravvisarsi «una lesione immediata a verun diritto privato o pubblico»⁹⁵. Difatti, com'è stato autorevolmente ribadito, la scelta da parte del legislatore liberale di creare un titolo *ad hoc*, teso ad attribuire una rilevanza autonoma all'ordine pubblico in senso materiale, fu maturata con la necessità, da un lato, di evitare l'identificazione dell'offesa con un generico indicatore di

⁹⁴ A.SESSA, *Tutela penale dell'ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale, Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, cit., p. 1 ss. Cfr. A.CAVALIÈRE, *Associazione per delinquere*, *ivi*, p. 227 ss. ID, *Associazione di tipo mafioso*, *ivi*, p. 390 ss; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, V ed., Bologna, 2012, p. 474 ss.

⁹⁵ *Relazione al progetto del codice penale*, p. CXII, in *Codice penale italiano illustrato a cura della Rivista penale*, Torino, 1904, citata da G.Corso, *Ordine pubblico*, in *Enc. Dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 1059, nt 6.

allarme sociale, dall'altro, di scongiurare un'evidente sovrapposizione con l'incolumità pubblica, errore nel quale, invece, cadde il maestro lucchese Francesco Carrara.⁹⁶

Anche il legislatore fascista manifestò l'intenzione di porsi nella stessa direzione inaugurata e seguita dal codice Zanardelli, confermando un autonomo titolo di delitti contro l'ordine pubblico, con fattispecie tendenzialmente corrispondenti. Tuttavia, la predilezione verso l'accezione materiale di ordine pubblico nel codice Rocco⁹⁷ si arrestò ad una dichiarazione d'intenti, poiché, analizzando le disposizioni previste nel titolo V, può scorgersi che un'offesa alla pubblica sicurezza è riscontrabile soltanto nelle fattispecie previste agli artt. 419, 420 e 421 c.p., ma non anche nelle fattispecie di istigazione o apologia, ed associative *ex* artt. 414 ss c.p., in rapporto alle quali è più appropriato discorrere di ordine pubblico ideale, considerando che con esse il legislatore fascista ha dimostrato di mirare, mediante una tutela fortemente anticipata, ad un accentuato controllo penale ed alla repressione del mero dissenso politico-ideologico.

Dalla volontà legislativa di annoverare l'ordine pubblico come oggetto specifico della tutela penale per le fattispecie di associazione per delinquere e di tipo mafioso, sorge il bisogno di approfondire la legittimità e l'idoneità di questo ad assurgere a bene meritevole di tutela penale, e, in particolare, a realizzare quelle funzioni – interpretativa e politico-garantistica – tipicamente ascrivibili al bene giuridico in una prospettiva costituzionalmente orientata.

Le prime opinioni presenti in dottrina, attribuendo alle associazioni criminose una dimensione "istituzionale" (che ricorda il modello cospirativo, v. 1.), partivano dalla considerazione che la sola esistenza di una *societas sceleris*,

⁹⁶ G.DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, cit., p. 95.

⁹⁷ Secondo la *Relazione ministeriale al progetto del codice penale vigente*, vol. II, Roma, 1929, p. 202, l'ordine pubblico riguarderebbe «il buon assetto o il regolare andamento del vivere civile, a cui corrisponde, nella collettività, l'opinione e il senso della tranquillità e della sicurezza».

deputata all'attuazione di un programma criminoso, fosse un'offesa «al monopolio della produzione legislativa in materia penale» in quanto proprio il «contropotere rappresentato dall'organizzazione criminale, mira a depenalizzare quegli stessi fatti, ponendoli come obiettivo del proprio programma criminale»⁹⁸. Premesso che questo costrutto ricalca fedelmente l'intima convinzione del legislatore del 1930 nel senso di una nozione di ordine pubblico ideale, non può ritenersi conforme ad un diritto penale dell'offesa. In primo luogo, l'idea di un “contro-ordinamento” propone di attribuire una valenza politica ai reati associativi, con l'effetto di assecondare «tendenze di gigantismo»⁹⁹, anche processuale, fuorviando il diritto penale verso finalità che eccedono le sue attribuzioni; in secondo luogo, lo stesso concetto di ordine pubblico ideale non presenta le caratteristiche di un bene giuridico in senso proprio, ma mostra più i connotati di una *ratio* di tutela o, meglio, di una *super ratio* del sistema penale.¹⁰⁰ La criticata tendenza a confondere il bene giuridico da tutelare con la ragione giustificativa dell'intervento penale, unitamente all'assenza di una copertura nella Carta

⁹⁸ E continua, «non è un concetto di ordine pubblico ideale a venire in considerazione quale oggetto della tutela penale, ma il bene costituzionalmente garantito dell'esclusività della normazione penale, [verso il quale] l'esistenza dell'associazione criminale si pone in termini di concreta lesività», G.NEPI MODONA, *Criminalità organizzata e reati associativi*, cit., p. 117-118. Ancor prima, V.PATALANO, *L'associazione per delinquere*, cit. p. 12, il quale identificava il bene giuridico nell'«esclusività dell'istituzione statale corrispondente all'ordinamento giuridico-penale, nella parte relativa all'incriminazione di delitti». Tali Autori furono i primi ad aver qualificato le fattispecie agli artt. 416 e 416bis come reati con evento di danno. Così, anche A.PIGNATELLI, *Appunti in margine al processo «7 aprile»: natura giuridica e verifica dibattimentale dei reati associativi*, in *Questione giustizia*, 1982, p. 628 ss.

⁹⁹ G.DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, cit. p. 101.

¹⁰⁰ S.MOCCIA, *Prospettive non “emergenziali” di controllo dei fatti di criminalità organizzata. Aspetti dommatici e di politica criminale*, cit., p. 156-157; A.CAVALIÈRE, *Effettività e criminalità organizzata*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, cit., p. 307 ss.

fondamentale, non possono essere superate neppure ricorrendo al concetto di “ordine pubblico costituzionale”¹⁰¹, inteso come limite cogente all’esercizio di ogni diritto, finanche costituzionalmente riconosciuto. Fermo restando che quest’ultima accezione non eliminerebbe le limitatezze, ma, anzi, andrebbe a sovrapporsi alla nozione di ordine pubblico ideale,¹⁰² va aggiunto che l’unico limite che può essere eccepito all’esercizio di un diritto costituzionale – come la stessa libertà di associazione *ex art. 18 Cost.* – non può che essere il rispetto

¹⁰¹ «L’esigenza dell’ordine pubblico, per quanto altrimenti ispirata rispetto agli ordinamenti autoritari, non è affatto estranea agli ordinamenti democratici e legalitari, né è incompatibile con essi. [...] è connaturale un sistema giuridico, in cui gli obbiettivi consentiti ai consociati e alle formazioni sociali non possono esser realizzati se non con gli strumenti e attraverso i procedimenti previsti dalle leggi, e non è dato per contro pretendere di introdurvi modificazioni o deroghe attraverso forme di coazione o addirittura di violenza. Tale sistema rappresenta l’ordine istituzionale del regime vigente; e appunto in esso va identificato l’ordine pubblico del regime stesso». Così, Corte cost., sent. 8 marzo 1962, n. 19. Nello stesso senso, Corte cost., sent. 5 luglio 1971, n. 168, per cui «[ritenere che] l’ordine pubblico debba cedere di fronte ai diritti costituzionalmente protetti, anche se questi vengono esercitati in modo da compromettere altri beni e diritti pubblici e individuali (come la tranquillità, il riposo, il decoro e tanti altri) non ricordati in modo espresso dalla Costituzione [è] una tesi errata che contrasta con lo spirito della Costituzione e ne sovvertirebbe i fini: la garanzia dei diritti inviolabili dell’uomo diventerebbe illusoria per tutti, se ciascuno potesse esercitarli fuori dell’ambito delle leggi, della civile regolamentazione, del ragionevole costume. Anche diritti primari e fondamentali (come il più alto, forse, quello sancito nell’art. 21 della Costituzione) debbono venir temperati con le esigenze di una tollerabile convivenza».

¹⁰² G.INSOLERA, *Ordine pubblico e ordine democratico: le stagioni dell’emergenza*, in *Crit. Dir.*, 2003, p. 21, il quale, al riguardo, afferma: «Il rapporto tra giustificazione e legittimazione del diritto penale a tutela dell’ordine pubblico (nelle varie accezioni, ordine pubblico *tout court*, democratico, internazionale) e legislazione delle emergenze diviene strettissimo, fino ad una sostanziale coincidenza dei due concetti».

del metodo democratico, espresso dal divieto di azioni violente;¹⁰³ ad intenderlo diversamente, si accetta il rischio di ampliare e giustificare i margini di repressione della mera disobbedienza, avvallando, quindi, in una deriva autoritaria.¹⁰⁴

L'inaccettabilità della nozione di ordine pubblico in senso ideale ha condotto la dottrina maggioritaria, incoraggiata dalla giurisprudenza costituzionale,¹⁰⁵ a ritenere come bene giuridico di base sottostante alle fattispecie di cui al titolo V, ivi compresi gli artt. 416 e 416*bis* c.p., l'ordine pubblico materiale. Il pericolo scaturente dalla realizzazione del programma criminoso, tale da generare una minaccia per la pacifica convivenza, o comunque idoneo a fare insorgere un diffuso timore della collettività per la pubblica e privata sicurezza, rappresenterebbe il potenziale offensivo proprio dell'associazione per delinquere,¹⁰⁶ e l'effetto lesivo minimo, invece, per l'associazione di tipo mafioso, generalmente ritenuta come fatto

¹⁰³ G.CORSO, *Ordine pubblico, loc. cit.*

¹⁰⁴ S.MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, loc. cit.

¹⁰⁵ Secondo un illustre Autore, la ricerca di concrete forme di pericolosità avrebbe indotto la Corte costituzionale ad avallare una nozione di ordine pubblico materiale, come per altro risulta dalla sentenza interpretativa di rigetto per l'art. 414 c.p., secondo cui «l'apologia punibile [...] non è, dunque, la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri un comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti» (Corte cost. sent. 23 aprile 1970 n. 65), nonché dalla dichiarazione d'illegittimità parziale dell'art. 415 c.p. «nella parte in cui non specifica che l'istigazione all'odio fra classi sociali deve essere attuata in modo pericolo per la pubblica tranquillità» (Corte cost. sent. 23 aprile 1974, n. 108). Così, C.F.GROSSO, *Le fattispecie associative: problemi dommatici e di politica criminale, cit.*, p. 137 ss.

¹⁰⁶ M.BOSCARELLI, *Associazione per delinquere*, in *Enc. Dir.*, vol. III, Milano, 1958, p. 868; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale, cit.* p. 486. Nello stesso senso, G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata, cit.* p. 59-60, seppure l'Autore mostra, al riguardo, talune riserve circa il rapporto tra l'ordine pubblico materiale ed il principio di offensività.

plurioffensivo.¹⁰⁷ Tuttavia, anche l'ordine pubblico materiale, per quanto possa essere considerato certamente meno inafferrabile della sua controfigura ideale, si presta alla medesima instabilità; invero, resta un'indefinita *ratio* incriminatrice, inoltre, si presenta dommaticamente giustapposto – se non anche coincidente – alla nozione di pubblica incolumità prevista per le fattispecie di cui al titolo VI, agli artt. 422 ss c.p.¹⁰⁸ L'ordine pubblico conserva, quindi, un carattere d'inverificabilità;¹⁰⁹ si tratta di un «termine iperbolico, aeriforme, dalle molte risonanze emotive, ma nel suo nucleo logico rimane un concetto fascinosamente inesprimibile»¹¹⁰.

4.2. Due diversi beni giuridici per due diversi reati.

La ricostruzione normativa dell'associazione per delinquere e di tipo mafioso richiede necessariamente l'individuazione di un bene giuridico, che sia in grado di soddisfare le esigenze di offensività in una prospettiva costituzionalmente orientata; il bene giuridico deve presentare i requisiti di preesistenza rispetto alla norma incriminatrice, di vincolatività per il legislatore e l'interprete, e l'offesa deve consistere in una lesione significativa ad un bene costituzionalmente previsto.

L'inadeguatezza dell'ordine pubblico materiale, nella sua accezione storica, aveva indotto alcuni Autori, già nei decenni precedenti, a trovare altrove l'oggetto specifico della tutela penale, realizzando pregevoli risultati, e

¹⁰⁷ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit. p. 110-111; A.INGROIA, *Associazione di tipo mafioso*, cit. p. 136; G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. 268; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit. p. 493 ss.

¹⁰⁸ G.DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, cit. p. 96.

¹⁰⁹ A.CAVALIERS, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 61 ss.

¹¹⁰ F.M.IACOVIELLO, *L'organizzazione criminogena*, cit. p. 576.

con considerazioni valide inizialmente per l'art. 416, estese, poi, anche all'art. 416*bis* c.p. Così, è stato affermato che il potenziale offensivo delle fattispecie associative non può scorgersi nel pericolo della realizzazione dei delitti-scopo, senza che allo stesso tempo non si riconosca la qualificazione della condotta associativa come meramente preparatoria alla realizzazione del programma criminoso – con l'effetto di renderla indistinguibile dalla partecipazione criminosa *ex art. 110 c.p.* –, e non, invece, come assunzione di un ruolo o di una competenza nell'organizzazione; viceversa, la fattispecie associativa godrebbe di una portata offensiva autonoma, il cui nucleo riposa unicamente sul disvalore dato dall'esistenza di uno stabile apparato organizzativo di carattere permanente, che non è destinato ad esaurirsi con la commissione dei reati-fine, ma a permanere indefinitamente.¹¹¹ Altra opinione, degradando l'ordine pubblico a mera realtà criminologica e contrapposta all'area del disordine sociale – quest'ultimo costituito da atti criminali (la cosiddetta “criminalità in atto”, riferita ai delitti commessi), nonché da opportunità criminali – ritiene che l'associazione per delinquere, sin dalla sua formazione, produca non solo reati, ma anche premesse per futuri reati; l'oggetto della tutela consisterebbe sempre nell'ordine pubblico, ma in un'accezione dinamica: «L'associazione per delinquere è criminale, perché è criminogena», perché non si limita a produrre delitti, ma moltiplica le opportunità che tali delitti vengano commessi.¹¹²

Le due ricostruzioni sopra descritte non sono esenti da critiche. L'identificazione dell'oggetto della tutela penale nella permanenza dello stabile apparato organizzativo, pur avendo colto un dato significativo delle fattispecie associative e non disprezzabile in una prospettiva *de jure ferenda*,¹¹³ sembra

¹¹¹ G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis, cit.* p. 18-19.

¹¹² F.M.IACOVIELLO, *L'organizzazione criminogena, cit.* p. 577.

¹¹³ V. 2.

confondere il bene giuridico aggredito con la capacità dell'organizzazione di commettere delitti per assicurarsi la sopravvivenza. Ad ogni modo, la perpetuazione dell'esistenza di un'organizzazione criminale, così come il descritto tenore criminogeno dell'associazione per delinquere – a meno che non si limitino ad una mera astrazione e con il rischio di cadere nei vuoti della teoria istituzionale, e, quindi, nell'ordine pubblico ideale – si risolvono, comunque, nel pericolo dell'offesa agli interessi protetti dalle fattispecie incriminatrici, verso le quali è preordinato il programma criminoso.¹¹⁴ Le intenzioni del legislatore fascista erano proprio quelle di servirsi di un finto bene giuridico per realizzare un'anticipazione della tutela penale, palesemente distante dai principi costituzionali di un diritto penale dell'offesa.¹¹⁵ Perciò, l'inaccettabilità dell'ordine pubblico come bene giuridico, sposta inevitabilmente l'oggetto della tutela dell'art. 416 c.p. sui beni giuridici offesi dai delitti-scopo; non resta altro che accettare la dura constatazione¹¹⁶ per cui «l'associazione per delinquere è una fattispecie di pericolo astratto che, in forza di peculiari connotazioni strutturali, “incorpora” un pericolo diffuso ed immanente di plurima e indefinita realizzazione delle tipologie criminose corrispondenti ai programmi degli associati».

Spostando l'analisi all'associazione di tipo mafioso, le opinioni presenti in dottrina circa il bene protetto dall'art. 416*bis* c.p. paiono essere state influenzate dalla intenzione del legislatore di non soffermarsi unicamente sul fatto in sé incriminato, ma di comprendere l'intero fenomeno mafioso in tutto il suo carico di disvalore, con il rischio, anzi, la quasi certezza, di scambiare il

¹¹⁴ G.DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, cit. p. 107. A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 62.

¹¹⁵ A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 72.

¹¹⁶ G.DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, cit. p. 108. Con le stesse perplessità, ma giunto a ritenere la fattispecie in esame un delitto “a consumazione anticipata”, A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 70, 73, 91.

dato empirico-criminologico e le ragioni giustificative dell'intervento normativo del 1982 con l'oggetto della tutela penale.¹¹⁷ Il metodo mafioso, esplicito nel comma III, dato dalla "forza d'intimidazione del vincolo associativo", nonché dalla "condizione di assoggettamento ed omertà che ne deriva", di cui gli affiliati "si avvalgono", esprime un tenore offensivo non solo diverso dall'ordine pubblico, ma ancor più concreto, intenso ed esteso; nondimeno, non è accidentale che siano stati individuati collegamenti con la *vis pubblica* di derivazione carrariana, intesa come quella «serie di atti esteriori assunti al fine di imporre mediante intimidazione la volontà propria ad un numero indefinito di cittadini o ad un rappresentante della pubblica autorità e capace di produrre simile effetto»¹¹⁸. Sono queste le argomentazioni che hanno spinto a ritenere che con l'incriminazione dell'associazione di tipo mafioso si fosse «rivitalizzata la pianta della pubblica tranquillità come oggetto di autonoma tutela penale»¹¹⁹, in cui la pretesa punitiva, non più impantanata nella neutralità della condotta associativa, si sposta in avanti verso concreti atti offensivi, anche solo nella forma di violenza o minaccia tentata.¹²⁰ L'elaborazione scientifica prevalente è incline a riconoscere, seppure con ampi e diversificati margini di valutazione, la connotazione plurioffensiva dell'associazione di tipo mafioso: un primo orientamento tende a considerare oggetti della tutela penale l'ordine pubblico materiale, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nonché la libertà morale dei consociati, entrambi aggrediti dalla *vis mafiosa*, mentre riconosce una rilevanza lesiva unicamente eventuale (o

¹¹⁷ G.FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit., p. 27. A.CAVALIERE, *Effettività e criminalità organizzata*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinarie mentali*, cit., p. 305 ss.

¹¹⁸ F.CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale*, cit., p. 188.

¹¹⁹ G.DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politica-criminale*, Milano, 1988, p. 290.

¹²⁰ G.DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, cit. p. 114-116.

mediata) – nel senso di ritenere non necessaria, ai fini dell’incriminazione del fatto, l’esposizione al pericolo – dei beni che sarebbero lesi dalle finalità mafiose indicate nella seconda parte del comma III;¹²¹ un secondo orientamento, espandendo la latitudine offensiva della fattispecie, immette, oltre all’ordine pubblico materiale ed alla libertà morale dei consociati, anche la libertà di mercato, l’iniziativa economica e i diritti politici del cittadino, offrendo risalto alle finalità a vario titolo economiche ed in senso lato politiche comprese nella fattispecie.¹²²

Ad ogni buon conto, anche queste ultime opinioni suscitano forti riserve in ordine alla determinatezza dell’oggetto della tutela penale, inoltre, l’apertura verso presunte manifestazioni offensive rappresentate dalla lesione di macrocategorie di beni – la libertà di mercato, oppure la libertà di concorrenza, l’ordine democratico e l’imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione – non può considerarsi limpida. Difatti, premessi i rilievi critici già avanzati in merito alla nozione materiale di ordine pubblico, la

¹²¹ G.SPAGNOLO, *L’associazione di tipo mafioso*, cit., p. 110 ss; G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. 267 ss. Il primo Autore, partendo da una premessa molto più circoscritta rispetto al secondo, ritiene che la disposizione in esame non incrimini solo la grande mafia e le macro-organizzazioni, essendo sufficiente, in base al tenore letterale della fattispecie, la semplice cooperazione di tre persone; inoltre, il secondo Autore, riconosce, a differenza del primo, maggiore risalto agli interessi “eventuali”, considerandoli come appendice dell’ordine pubblico materiale. Su una posizione differente, ma sostanzialmente convergente, G.DE VERO, *Tutela dell’ordine pubblico*, loc. cit. e G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit., p. 69-70, i quali sembrano aver formulato un’accezione unitaria di pubblica tranquillità, comprensiva sia dell’ordine pubblico materiale, sia della libertà morale di un numero indeterminato di consociati.

¹²² A.INGROIA, *Associazione di tipo mafioso*, cit., p. 136; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit. p. 493 ss. Con specifico riferimento, tra gli altri, anche all’ordine democratico, G.M.FLICK, *L’associazione a delinquere di tipo mafioso. Interrogativi e riflessioni sui problemi proposti dall’art. 416 bis c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 853.

pregnanza costituzionale di codesti ulteriori interessi, altrimenti lesi dal sodalizio mafioso, non compensa l'imprecisione e la vaghezza dei loro rispettivi contenuti. Al contrario, sembra riprodursi un'accezione ideale di ordine pubblico; ragion per cui, si è ritenuto di segnalare l'attitudine monoffensiva del fatto incriminato, limitatamente alla tutela della libertà morale – intesa come libertà di autodeterminazione personale *ex artt. 2 e 13 Cost* – di un numero indeterminato di consociati, logorata dalla messa in atto del metodo mafioso.¹²³

5. Il tipo mafioso tra propositi descrittivi ed esigenze di tassatività.

5.1. Il metodo mafioso come elemento oggettivo della fattispecie.

Il risultato di maggiore impatto e di innovazione giunto dalla legge Rognoni-La Torre è stato, senza dubbio, la tipizzazione normativa del modello mafioso *ex art. 416bis*, comma III, c.p., con la descrizione del metodo impiegato dalle consorterie mafiose e le rispettive finalità perseguite. Rimettendo al paragrafo successivo la disamina delle finalità tipizzate, la prima parte del comma III descrive il metodo: «L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva». La formulazione della norma, nonché l'*iter* parlamentare, non furono affatto semplici, anzi, l'urgenza dettata dalle circostanze rese precario il processo di traduzione in legge della proposta La Torre. Invero, l'argomento di maggiore discussione era la definizione del metodo mafioso, in cui si contrapponevano differenti prospettive e programmi d'azione, risolte nella storica seduta delle Commissioni riunite Interni e Giustizia del 5 agosto 1982

¹²³ A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 78-80. Prima ancora, G.DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, cit. p. 115, seppure l'Autore, in un precedente lavoro, lasciava pensare di voler includere anche l'ordine pubblico materiale.

con l'approvazione dell'emendamento proposto dal Presidente On. Mammi, cristallizzando l'attuale esplicitazione normativa del modello mafioso.

Il metodo mafioso si compone di tre elementi: la "forza di intimidazione" proveniente dal vincolo associativo, la condizione di "assoggettamento ed omertà" scaturita dal primo, e il dato per cui gli affiliati "si avvalgano" di entrambi i suddetti elementi al fine di perseguire le finalità descritte. Pertanto, diviene necessario procedere ad una scomposizione descrittiva dei tre elementi, prima di passare ad un'interpretazione unitaria del metodo mafioso.¹²⁴

La forza intimidatoria consiste nell'attitudine ad incutere timore presso terzi, data dalla previsione di future rappresaglie, e proveniente non dai singoli affiliati, ma dal vincolo associativo: di conseguenza, è il sodalizio criminoso ad essere provvisto di carica intimidatoria,¹²⁵ poiché dotato di una "cattiva fama criminale",¹²⁶ o, come anche è stato definito, di "un alone permanente di diffusa intimidazione".¹²⁷ Dalla forza intimidatoria deve conseguire una condizione di assoggettamento e di omertà delle potenziali vittime,¹²⁸ ovvero il

¹²⁴ A.CAVALIÈRE, *Associazione di tipo mafioso*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale, Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, cit., p. 401 ss.

¹²⁵ «La forza intimidatrice del vincolo associativo fa parte del "patrimonio aziendale" dell'associazione di tipo mafioso, così come l'avviamento commerciale fa parte dell'azienda», G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. p. 107.

¹²⁶ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 28-29.

¹²⁷ G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. p. 105.

¹²⁸ Si è opinato che la forza intimidatoria ed il conseguente stato di assoggettamento ed omertà possano avere oltre che una direzione esterna, anche riflessi interni verso i singoli associati; ciò nonostante, pur attribuendo una rilevanza penale ai condizionamenti interni, è stato specificato che, ai fini della configurabilità del fatto, fosse sufficiente la sola direzione esterna. In questo senso: G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. p. 143; G.M.FLICK, *L'associazione a delinquere di tipo mafioso*, cit. p. 885; Cass. Pen., Sez. I, 25

congiunto stato di asservimento e sopraffazione incondizionata, da un lato, e di reticenza e non collaborazione con gli organi dello Stato,¹²⁹ dall'altro, causalmente determinati dalla paura di future ritorsioni.¹³⁰ Il rapporto causale, confermato anche dal termine “deriva”, che si inserisce tra la forza intimidatoria e lo stato di assoggettamento ed omertà, entrambi necessari per integrare gli estremi della fattispecie,¹³¹ altresì introduce la necessità di approfondire in cosa consista la fama criminale di cui il sodalizio mafioso si circonda, ma soprattutto cosa s'intenda per “avvalersi” del metodo mafioso.

Dal tenore letterale della fattispecie emerge che l'intimidazione non può provenire dai singoli affiliati – in tal caso non si configurerebbe una responsabilità penale per associazione di tipo mafioso, ma per associazione a

febbraio 1991, Grassonelli, in *Riv. pen.*, 1992, p. 494; Cass. Pen., Sez. I, 10 febbraio 1992, D'Alessandro, in *Cass. pen.* 1993, p. 1405. *Contra*: G.FIANDACA, *Commento all'art. 1 l. 13.9.82, n. 646, cit.*, p. 260, secondo cui «il cemento che lega tra di loro gli associati, più che dal timore e dalla soggezione, è costituito dalla comune adesione ad una specifica subcultura»; G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 39; Cass. Pen., Sez. V, 20 gennaio 1999, Stolder, in *Guid. dir.*, fasc. 17, 1999, p. 88.

¹²⁹ «Perché sussista omertà è sufficiente che il rifiuto a collaborare con organi dello Stato sia sufficientemente diffuso, anche se non generale; [...] non è necessario che le conseguenze minacciate si verifichino, ma è sufficiente che esse ingenerino il ragionevole timore che induce al silenzio». Così, Cass. Pen., Sez. VI, 10 giugno 1989, Teardo, in *Gius. pen.*, 1999, p. 355.

¹³⁰ G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit. p. 494-495; G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis, cit.*, p. 46-47.

¹³¹ Cass. Pen., Sez. I, 21 ottobre 1986, Musacco, in *Riv. pen.*, 1988, p. 67. Cass. Pen., Sez. I, 20 dicembre 1989, Bellomo, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1043. Considera, invece, l'assoggettamento ed omertà come «due facce della stessa medaglia», per cui la dimostrazione dell'uno finisce per provare anche l'esistenza dell'altra, Cass. Pen., Sez. V, 9 ottobre 2003, n. 38412, *ivi*, 2005, p. 809.

delinquere *ex art.* 416 c.p. finalizzata ad atti di violenza o di minaccia¹³² – ma sono, invece, i singoli affiliati¹³³ che si servono della carica intimidatoria promanata esternamente dal sodalizio; occorre, peraltro, comprendere in che modo la consorterìa abbia acquisito un siffatto alone d'intimidazione, e come questo si manifesti affinché gli affiliati possano avvalersene.

Secondo un'autorevole dottrina, la realizzazione del sodalizio mafioso si articola in due fasi: la prima fase è caratterizzata da uno sfruttamento "inerziale" (o passivo) della "carica intimidatoria autonoma", da cui sorge il primo stadio di assoggettamento, definito come "primordiale" o "generico", già sufficiente a integrare gli estremi della fattispecie, caratterizzato dall'immediata formazione della fama criminale dell'organizzazione, e dall'istantaneo timore dei consociati causato dal senso di pericolo avvertito per

¹³² A siffatta qualificazione sono riconducibili i casi di cosiddetta "mafia politica", con la quale specificatamente si ricomprendono i sodalizi di pubblici ufficiali che, in via stabile e abituale, impongono un clima di diffusa intimidazione per mezzo dell'abuso della loro potestà amministrativa. Ammesso che il *metus publicae potestatis* possa considerarsi una forma, seppur particolare, di atteggiamento intimidatorio e causa dell'altrui assoggettamento, laddove questa non provenga direttamente, ed almeno in parte, dal sodalizio criminale, ma sia soltanto l'effetto, di volta in volta creatosi, della condotta dei singoli ufficiali infedeli, non potrà ritenersi esistita una associazione di tipo mafioso *ex art.* 416**bis** c.p. Il fatto potrà essere qualificato come tipico di una "concussione ambientale" *ex art.* 317 c.p. (ora anche *ex art.* 319**quater**), oppure, provata l'esistenza di una sodalizio criminale, di un'associazione per delinquere *ex art.* 416 c.p., finalizzata alla concussione e delitti similari. Così, Cass. Pen., Sez. VI, 10 giugno 1989, Teardo, *cit.* Nello stesso senso: G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, *cit.* p. 109; G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, *cit.*, p. 42-43; G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis, cit.*, p. 59-60.

¹³³ Nel senso di non ritenere necessario che tutti gli affiliati si avvalgano del metodo mafioso: Cass. Pen., Sez. I, 15 aprile 1994, n. 5386, Matrone, in *CED*, 1986649; Cass. Pen., Sez. I, 25 febbraio 1991, Grassonelli, *cit. Contra*, A.CAVALIÈRE, *Effettività e criminalità organizzata*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. cit.*, p. 309; secondo l'Autore tale prassi interpretativa avallerebbe forme di partecipazione per mera adesione.

l'associazione; nella seconda fase, lo sfruttamento, non più passivo, ma "attivo" del potere d'intimidazione, è strumentalmente orientato alle finalità indicate nella fattispecie, realizzando lo stato massimo di assoggettamento, classificato come "specifico", distinto dal primo perché l'associazione raggiunge le finalità per le quali si è costituita, conseguendo la sua completa espansione.¹³⁴ La schematica ricostruzione, per quanto molto suggestiva, e sicuramente utile per comprendere la progressione evolutiva del sodalizio mafioso, non spiega, però, la formazione della carica intimidatoria, né quell'avvalersene che dovrebbe informare il comportamento dei sodali.¹³⁵

Difatti, premesso l'avviso di non confondere la condotta associativa, descritta nel comma I e II, con il metodo descritto al comma III, il potere intimidatorio del sodalizio non può non derivare da precedenti atti di violenza e minaccia, anche tentata; "l'avvalersene" dei consociati, onorando la lettera e la *ratio*¹³⁶ della norma, richiama la necessità di concrete ed esteriori manifestazioni di sfruttamento dello stato di sopraffazione e di paura instaurata. La fattispecie *ex art. 416bis c.p.*, rispetto alla comune associazione per delinquere, presenta al comma III un *quid pluris*, un elemento aggiuntivo, dato dal metodo mafioso;¹³⁷ riportando una distinzione già fatta nei paragrafi

¹³⁴ G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. p. 117 ss.

¹³⁵ A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 103-104.

¹³⁶ «Personalmente ritengo che l'uso dell'indicativo sia più appropriato, [...] è necessario trovare una formula che indichi con chiarezza che è stato messo in atto lo scopo attraverso l'uso di tale forza. La forma verbale dell'indicativo pone come elemento centrale dell'associazione di tipo mafioso il fatto che ci si avvale della forza intimidatrice». Intervento dell' On. Mammì, citato in G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa, Appendice*, cit. p. 240-241.

¹³⁷ Cass. Pen., Sez. I, 29 gennaio 1988, Caccamo, in *Gius. pen.*, 1989, p. 220. Secondo un'opinione minoritaria, e pressoché isolata, «il criterio definitorio-descrittivo pare addirittura sostituirsi alla tradizionale struttura organizzativa dell'associazione [...] e

precedenti, l'associazione di tipo mafioso presenta i caratteri di un reato a struttura mista o complesso, in cui il legislatore non si è limitato ad incriminare una neutra condotta associativa indirizzata ad un fine delittuoso, ma ha elevato la soglia di punibilità, richiedendo un'attività esterna che costituisca l'inizio, od un'anticipazione, della messa in opera del programma criminoso.¹³⁸ Gli argomenti a sostegno di questa tesi non possono essere ignorati, né sottovalutati. Un'organizzazione criminale non può nascere come mafiosa – ciò, peraltro, sarebbe confermato dall'omessa previsione tra le condotte partecipative qualificate al comma II, rispetto all'art. 416 c.p., della figura del costituente¹³⁹ (v. 7.2) –, ma può diventarlo soltanto se gli affiliati si servono delle circostanze previste al comma III; il termine “si avvalgono” non può essere interpretato come “intendere di avvalersi”, al pari di quanto ritenuto per l'art. 270**bis** c.p.; inoltre, non troverebbe altra spiegazione la severità del trattamento sanzionatorio, ben oltre i limiti della ragionevolezza, se non con l'intento di assorbire nel disvalore della fattispecie i precedenti e concomitanti atti di violenza e di sopraffazione concretamente tenuti dagli affiliati, per mezzo dei quali l'apparato consortile si è dotato della carica intimidatoria necessaria.¹⁴⁰ Pertanto, la consorceria mafiosa non è un'associazione per – e, quindi, finalizzata a – delinquere, come la fattispecie *ex art. 416 c.p.*, ma un'associazione che delinque,¹⁴¹ e che ha già delinquito; per

comunque di difficile accertamento probatorio». G.NEPPI MODONA, *Criminalità organizzata e reati associativi*, cit., p. 111.

¹³⁸ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 65-66.

¹³⁹ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 84-84.

¹⁴⁰ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 53 ss, 62-63, 154.

¹⁴¹ G.DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, cit. p. 115-116. L'Autore aggiunge che in una prospettiva *de jure ferenda*, al fine di eliminare ogni dubbio in proposito, è auspicabile che il legislatore rafforzi la “struttura mista” dell'associazione di tipo mafioso

di più, accettata questa conclusione, è palese che la fattispecie incriminatrice in esame, non arrestandosi alla mera condotta partecipativa, ma richiedendo, invece, una manifestazione esteriore, ed effettivamente percepibile, di terrore ed omertà dei consociati, non si perfeziona, a differenza dell'associazione per delinquere, con il pericolo di turbamento della sicurezza collettiva, ma con una significativa lesione alla libertà morale di un numero indeterminato di vittime: ragion per cui l'associazione di tipo mafioso è un reato con evento di danno.¹⁴²

Questa ricostruzione, fedele ad una concezione del diritto penale del fatto, e, quindi ancorata ad un'interpretazione costituzionalmente orientata ai principi di materialità ed offensività, urta con l'interpretazione che la dottrina prevalente attribuisce all'art. 416*bis*, comma III, c.p. Le principali perplessità, da cui muovono queste ultime opinioni, sono basate su talune considerazioni, di carattere empirico e processuale, che inducono a ritenere non necessarie, ai fini della configurabilità del metodo mafioso, concrete ed esteriori manifestazioni di violenza o minaccia. Si è stimato che un'interpretazione volta a pretendere, per la configurabilità della fattispecie, un utilizzo concreto, anche tentato, di atti violenti od intimidatori, limiti il campo di applicazione della norma, escludendo quelle consorterie mafiose già insediate ed operative che non necessitano di ulteriori esemplificazioni intimidatorie per incutere timore sulla popolazione e sul territorio; inoltre, si aggiunge che rimarrebbero escluse dalla fattispecie incriminatrice quelle forme d'intimidazione che non

richiedendo la manifestazione di «una serie ripetuta di atti di minaccia e violenza tentata». G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, loc. cit.; A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 93 ss.

¹⁴² A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 109-111. G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 115, seppure l'Autore estenda l'evento di danno anche alla lesione dell'ordine pubblico materiale. Nello stesso senso, G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. p. 268 ss, dal quale, però, leggermente si discosta, richiedendo la messa in pericolo degli interessi mediati (o eventuali).

richiedano affatto una manifestazione esteriorizzata.¹⁴³ È intuibile come, da queste premesse, si giunga alla conclusione che il metodo mafioso non costituisca più un elemento oggettivo aggiunto (e specializzante) della fattispecie, ma una caratteristica del programma criminoso, oggetto del mero dolo specifico dei soggetti attivi, dal quale emerge un onere probatorio ridotto alla sola verifica processuale che l'apparato organizzativo presenti potenzialmente un'attitudine intimidatoria, compensata dall'attualità dello stato di assoggettamento e di omertà; e, di questa forza, non necessariamente esternata, gli affiliati intendono avvalersi, in quanto strumentalmente utile, ed utilizzabile, per conseguire le finalità programmate.¹⁴⁴

Le posizioni espresse dalla giurisprudenza di legittimità sono al riguardo poco confortanti; le preoccupazioni espresse nelle pagine precedenti trovano conferma nei “disorientamenti” della Suprema Corte intorno al metodo mafioso, che danno vita ad una situazione di vera e propria incertezza giuridica. Non ottengono più riscontro le prime posizioni giurisprudenziali circa la necessità di una prova rigorosa di tutti gli elementi caratterizzanti dell'associazione di tipo mafioso,¹⁴⁵ nonché dell'effettivo impiego di atti di

¹⁴³ G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis, cit.*, p. 51-52.

¹⁴⁴ G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis, cit.*, p. 53-57; A.INGROIA, *Associazione di tipo mafioso, cit.*, p. 137-138; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale, loc. cit.*; G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa, cit.* p. 105 ss; l'Autore esclude che l'avvalersi del metodo mafioso possa consistere in un mero oggetto del dolo specifico dei soggetti attivi; tuttavia, discorrendo di un “assoggettamento generico”, sufficiente ad intendere integrata la fattispecie, riduce il metodo mafioso ad elemento aggiuntivo del programma criminoso. In una posizione sostanzialmente ambigua, G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata, cit.*, p. 76-78, il quale, da un lato, riconosce le argomentazioni dommatiche indicative di un effettivo impiego di atti violenti ed intimidatori, ma, dall'altro, riconosce anche le ragioni su cui si fonda la seconda tra le impostazioni descritte.

¹⁴⁵ Cass. Pen., Sez. I, 21 marzo 1989, Agostani, in *Cass. pen.*, 1991, p. 125.

violenza e di minaccia, almeno tentata, affinché sia provata “l'avvalersi” da parte degli affiliati della carica intimidatoria acquisita dalla consortereria mafiosa.¹⁴⁶ L'orientamento oggi prevalente presso la Suprema Corte riposa sulla congettura, recentemente rielaborata, che la forza intimidatoria del vincolo associativo,¹⁴⁷ frutto di una “consolidata consuetudine di violenza”, consista nel “prestigio criminale” dell'associazione, in cui le condizioni di assoggettamento ed omertà, più che l'effetto di atti violenti e prevaricatori, sono la conseguenza della fama criminale negativa di cui la cosca mafiosa si è dotata,¹⁴⁸ purché idonea per se stessa a produrre sottomissione.¹⁴⁹ È, pertanto, sufficiente la mera “potenzialità” dell'apparato intimidatorio di incutere timore presso i consociati, senza la necessità di “avvalersi” di concreti comportamenti di sopraffazione, essendo sufficiente l'intenzione di avvalersene”, per ritenere configurato e provato il metodo mafioso impiegato dal sodalizio.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Cass. Pen., Sez. I, 14 gennaio 1987, Fiandaca, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1603; Cass. Pen., Sez. I, 30 luglio 1996, n. 7627, *ivi*, 1997, p. 3383; Cass. Pen., Sez. I, 18 ottobre 1995, n. 10371, *ivi*, 1996, p. 3637.

¹⁴⁷ «L'avvalersi della forza intimidatrice può esplicarsi nei modi più disparati, [anche] limitandosi a sfruttare l'aura d'intimidazione già conseguita dal sodalizio». Così, Cass. Pen., Sez. VI, 11 febbraio 1994, De Tommasi, in *CED*, 198577.

¹⁴⁸ «È la consortereria che deve avere conseguito, in concreto, nell'ambiente circostante un'effettiva capacità di intimidazione, indipendentemente dal compimento di specifici atti di intimidazione da parte degli associati, i quali atti, possono valere ai fini della prova della forza intimidatrice del vincolo associativo». Così, Cass. Pen., Sez. I, 10 luglio 2007, n. 34974, Brusca, *CED*, 237619. Più recente, Cass. Pen., Sez. I, 30 luglio 2010, n. 30534, Tallura, in *Riv. pen.*, 2010, p. 1111.

¹⁴⁹ Cass. Pen., Sez. VI, 15 novembre 2005, Bove, in *Guid. dir.*, fasc. 35, 2006, p. 84

¹⁵⁰ Cass. Pen., Sez. V, 26 giugno 2003, Di Donna, in *Gius. pen.*, 2004, p. 636. Cass. Pen., Sez. V, 26 novembre 2003, n. 45711, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2966.

Lo stato di disorientamento interpretativo si è riproposto nell'occasione di verificare la sussistenza del metodo mafioso di "cellule" operative trapiantate nel nord Italia, ma riconducibili al tessuto organizzativo delle mafie insediate nel meridione. La convinzione della Suprema Corte di pretendere, concretamente, la prova che l'associazione avesse conseguito, nell'ambiente in cui opera, un'effettiva capacità intimidatoria, l'aveva inizialmente indotta ad escludere «la configurazione di una mafia "silente", che è ipotesi concettualmente incompatibile con la tipologia normativa del reato associativo mafioso[.]; il metodo mafioso, nel disegno normativo, è sempre segno di esteriorizzazione. [...] È, dunque, necessario che nella condotta positiva dei sodali e nel complessivo modo di essere del sodalizio vi siano chiari sintomi di mafiosità, connotati dalle anzidette caratterizzazioni»¹⁵¹; difatti, la Suprema Corte stimò come insufficiente la sola potenzialità dell'apparato intimidatorio, anzi, a tal proposito asserì che «la diffusività di tale forza intimidatrice non può essere virtuale e cioè essere limitata al programma dell'associazione, ma deve essere effettuale e quindi deve manifestarsi concretamente in atto, con il compimento di atti concreti, atteso che la diffusività è il carattere indefettibile della forza intimidatrice, e che di essa l'associazione si avvalga in concreto e cioè in modo effettuale nei confronti della comunità in cui essa è radicata»¹⁵². Con questa presa di posizione, la Corte certamente recuperò terreno, rispetto agli orientamenti precedenti, sul fronte di una maggiore aderenza del dettato normativo ai principi di materialità ed offensività. Tuttavia, quella posizione non si è stabilizzata; decidendo sul caso dello stanziamento di un "locale" in Piemonte da parte di

¹⁵¹ Cass. Pen., Sez. V, 13 febbraio 2006, Bruzzaniti, n. 19141, in *CED*, 234403.

¹⁵² Cass. Pen., Sez. I, 23 aprile 2010, in *CED*, 248010. Nello stesso senso, Cass. Pen., Sez. V, 13 febbraio 2006, Bruzzaniti, *cit.*

cellule della 'ndrangheta,¹⁵³ la Corte ha cambiato totalmente direzione, e, riportando quanto decretato in una decisione di poco antecedente per un caso identico, ha ritenuto che «per qualificare come mafiosa un'organizzazione criminale è necessaria la capacità potenziale, anche se non attuale, di sprigionare, per il solo fatto della sua esistenza, una carica intimidatrice idonea a piegare ai propri fini la volontà di quanti vengano in contatto con gli affiliati all'organismo criminale»¹⁵⁴. Con questo orientamento la Suprema Corte giunge a ritenere l'associazione di tipo mafioso una fattispecie di pericolo,¹⁵⁵ al pari di

¹⁵³ Cass. Pen., Sez. II, 11 gennaio 2012, n. 4304, Romeo, in *CED*, 252205. A distanza di pochi mesi la Corte, in senso del tutto opposto a quest'ultima pronuncia, ha ritenuto che il metodo mafioso «deve necessariamente avere una sua esteriorizzazione, che può avere le più diverse manifestazioni sempre che l'intimidazione (in qualsiasi forma assunta) si traduca in atti specifici, riferibili ad uno o più soggetti, suscettibili di valutazione, al fine dell'affermazione, anche in unione con altri elementi che li corroborino, dell'esistenza della prova del metodo mafioso»; così, Cass. Pen., Sez. II, 24 aprile 2012 n. 31512, in *CED*, 254031.

¹⁵⁴ Cass. Pen., Sez. I, 10 gennaio 2012 n. 5888, in *CED*, 252418, nonostante avesse precisato «l'impossibilità di configurare l'esistenza di associazioni mafiose in regioni refrattarie, per una serie di ragioni storiche e culturali, a subire i metodi mafiosi». Ancor prima, Cass. Pen., Sez. I, 16 maggio 2011 n. 25242, in *CED*, 250704. Così, in tema di impugnazioni *de libertate*, inedite, anche: Cass. Pen., Sez. V, 5 giugno 2013, n. 35997; Cass. Pen., Sez. V, 7 maggio 2013, n. 28091; Cass. Pen., Sez. V, 24 aprile 2013, n. 28332.

¹⁵⁵ Cass. Pen., Sez. II, 11 gennaio 2012, Romeo, *cit.*, secondo cui la fattispecie di cui all'art. 416*bis* c.p. può ritenersi configurata anche «in presenza di una mafia "silente" purché l'organizzazione sul territorio, la distinzioni di ruoli, i rituali di affiliazione, il livello organizzativo e programmatico raggiunto, lascino concretamente presagire, come nella fattispecie in esame, la prossima realizzazione di reati fine dell'associazione, concretando la presenza del "marchio" (*'ndrangheta*), in una sorta di *franchising* tra "province" e "locali" che consente di ritenere sussistente il pericolo presunto per l'ordine pubblico che costituisce la *ratio* del reato». In precedenza, espressamente con questi termini, Cass. Pen., Sez. I, 16 luglio 2004, n. 31461, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3827.

un reato meramente associativo, e retrocede ulteriormente la soglia di punibilità; difatti, non solo ritiene marginale l'attualità della carica intimidatrice e dello stato di assoggettamento, ma sembra anche scambiare la prova del metodo mafioso con la prova della stabilità organizzativa tra la cellula trapiantata al nord e la cellula "madre" del sud, motivata dall'unitarietà, anche extraterritoriale, del sodalizio, e ritenuta di per sé idonea a dimostrare una capacità intimidatoria pressoché potenziale.

Invero, è evidente quali conseguenze interpretative un simile orientamento possa generare, se la fattispecie *ex art. 416bis c.p.* si consideri integrata anche a fronte di una mafia cosiddetta *silente*,¹⁵⁶ e quali ricadute possa avere sul sistema di diritto penale una fattispecie incriminatrice ermeneuticamente adattata a punire per la sola "fama criminale" avvertita dall'intima soggezione altrui.¹⁵⁷

5.2. Le finalità mafiose tipizzate.

Il comma III della fattispecie in esame conclude la descrizione del tipo mafioso con l'elencazione delle finalità perseguite dal sodalizio, istituito «per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero

¹⁵⁶ Cfr. A.BALSAMO-S.RECCHIONE, *Mafie al nord. L'interpretazione dell'art. 416 bis c.p. e l'efficacia degli strumenti di contrasto*, in *Dir. pen. contem.*, (www.penalecontemporaneo.it), 2013, p. 1 ss. Per una più ampia disamina circa l'espansione dei sodalizi mafiosi in nord Italia, M.DRAGHI, *Relazione del Governatore della Banca d'Italia*, in Seminario di studio, *Le mafie a Milano e nel nord: aspetti sociali ed economici*, Università degli Studi di Milano, 11 marzo 2011.

¹⁵⁷ A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, *cit.*, p. 95.

esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali».

Prima di procedere ad una descrizione delle singole finalità è doveroso premettere alcune avvertenze fondamentali. In primo luogo, affinché sia perfezionata la fattispecie, è essenziale che sussista un rapporto di strumentalità¹⁵⁸ tra il metodo mafioso e le finalità da conseguire; pertanto, gli affiliati devono servirsi dell'apparato intimidatorio, *ad hoc* scaturente dal vincolo associativo, e dei derivati effetti di assoggettamento ed omertà, per realizzare le finalità premesse. In secondo luogo, a fronte di taluni avvisi secondo i quali l'elencazione delle finalità sarebbe solo indicativa e, comunque, descrittiva,¹⁵⁹ è opinione pacifica, invece, che, sotto minaccia di una censura d'incostituzionalità, l'elencazione delle finalità mafiose deve intendersi come tassativa, e non suscettibile di interpretazione analogica; seppure, il riferimento alla generica commissione di delitti, nonché alla realizzazione di profitti o vantaggi ingiusti, svolgono l'ufficio di clausole di chiusura "a maglie larghe", con l'effetto di estendere sensibilmente la tipicità.¹⁶⁰ In ultimo, il tenore letterale della disposizione, come peraltro risulta anche dai lavori preparatori, non richiede, tra gli estremi della fattispecie, che le finalità prefigurate debbano essere effettivamente realizzate, né è richiesto che si avverino tutte;¹⁶¹

¹⁵⁸ G.FIANDACA, *Commento all'art. 1 l. 13.9.82, n. 646, loc. cit.*; G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 69-70; G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit., p. 79.

¹⁵⁹ A.INGROIA, *Associazione di tipo mafioso*, cit. p. 141; G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. p. 226; G.FIANDACA, *Commento all'art. 1 l. 13.9.82, n. 646, cit.*, p. 262.

¹⁶⁰ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 68.

¹⁶¹ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 70; A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 93, 183. In giurisprudenza, Cass. Pen., Sez. VI, 11 febbraio 1994, De Tommasi, in *Riv. pen.*, 1995, p. 649 ss. *Contra*, L.DE LIGUORI, *Art. 416bis c.p.: brevi note in margine al dettato normativo*, nota a Cass. Pen. Sez. I, 30 gennaio 1985, Scarabaggio,

invero, le finalità sono tra loro alternative, e non cumulative,¹⁶² inoltre esse non fungono da elemento oggettivo, ma soggettivo della fattispecie, essendo sufficiente che siano oggetto del dolo specifico dei soggetti attivi di cui al comma I e II.

La prima finalità, data dalla commissione di più delitti, non sembra discostarsi molto dalla generica finalità delittuosa prevista per l'art. 416 c.p. (v. 6). Tuttavia, è da chiarire che la strumentalità tra l'apparato intimidatorio, derivato dal vincolo associativo, e le finalità mafiose non prescrive che i delitti commessi o da commettere devono necessariamente esser contrassegnati dall'uso della violenza o dell'intimidazione; anzi, esse possano avere, come peraltro spesso accade, una rilevanza soltanto marginale nella realizzazione delle finalità programmate. Il riferimento a condotte o accadimenti connotati dall'impiego della violenza o della minaccia, anche tentata, è un requisito che, in base al tenore della fattispecie, è limitato alla sola configurazione di quell'alone diffuso d'intimidazione, qualificante il metodo mafioso, non anche delle finalità delittuose prefigurate, che la disposizione in esame non qualifica ulteriormente.¹⁶³

La seconda finalità, più articolata rispetto alla prima, consiste nell'acquisizione della "gestione" o del "controllo", anche indiretto, di attività economiche, nonché di "concessioni", "autorizzazioni", "appalti e servizi pubblici", dimostrando l'intenzione del legislatore di voler colpire l'attività di

in *Cass. pen.*, 1986, p. 1525, secondo cui, ai fini del perfezionamento della fattispecie, occorre la realizzazione di almeno una delle finalità tipizzate.

¹⁶² G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit. p. 496; G.FIANDACA, *Commento all'art. 1 l. 13.9.82, n. 646*, cit., p. 262. L'Autore aggiunge che la realizzazione congiunta di più finalità non integra gli estremi del concorso di reati. Sul punto, *Cass. Pen.*, Sez. VI, 11 gennaio 2000, Ferone, in *CED*, 216636; ancor prima, *Cass. Pen.*, Sez. VI, 31 gennaio 1996, Alleruzzo, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3383.

¹⁶³ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 71.

maggior forza ed espansione delle cosche mafiose, alimentate da un'insaziabile vocazione in senso lato imprenditoriale.¹⁶⁴ Il riferimento generico alle attività economiche, accompagnato dal carattere anche indiretto della gestione e del controllo – volto ad assorbire, specialmente, il ricorso ad interposizioni fittizie di persone od alla costituzione di società di comodo (le cosiddette “imprese a scatola cinese”) – attribuisce a quest'ultime due condotte un significato atecnico; difatti il termine “gestione” richiama ogni comportamento che assuma le vesti dell'esercizio di un'attività con rilevanza economica, mentre il vocabolo “controllo” allude al condizionare la direzione economico-strategica dell'impresa considerata.¹⁶⁵ Viceversa, sono da intendersi in senso tecnico i riferimenti all'acquisizione di concessioni, autorizzazioni, appalti e servizi pubblici, per la cui verifica occorrerà richiamare le disposizioni di diritto pubblico previste, sebbene la tassatività degli istituti richiamati sia, di fatto, solo formale, perché, nel caso in cui il fatto da accertare non rientrasse nella finalità in esame, sarebbe compreso *ope legis* nella generica realizzazione di profitti ingiusti.¹⁶⁶

La terza finalità tipizzata dalla norma in esame consiste nella realizzazione di “profitti o vantaggi ingiusti”. Con questa il legislatore ha voluto fissare una clausola di chiusura in grado di poter contenere quel coacervo di interessi ed attività mafiose che, seppur non tecnicamente illecite, sono contrassegnate da uno stato di ingiusta realizzazione, senza, però, ulteriormente specificare il parametro in base al quale questi profitti o vantaggi possano considerarsi *contra jus*. Al fine di non incorrere in una censura

¹⁶⁴ G.FIANDACA, *Commento all'art. 1 l. 13.9.82, n. 646, cit.*, p. 263; G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso, cit.*, p. 73-76.

¹⁶⁵ G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale, loc. cit.*; G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa, cit.* p. 199-201.

¹⁶⁶ G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata, cit.*, p. 79; G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso, cit.*, p. 72.

d'incostituzionalità, e ritenendo insoddisfacente la qualificazione di “realizzazione ingiusta” per quei profitti o vantaggi che non siano direttamente o indirettamente tutelati dall'ordinamento giuridico,¹⁶⁷ l'unico criterio sul quale è possibile verificare la condizione di “ingiustizia” riposa sull'accertabilità che quei vantaggi siano il frutto di circostanze in cui gli affiliati si sono avvalsi del metodo mafioso.¹⁶⁸

L'ultima delle finalità, non risalente all'impianto originario della legge Rognoni-La Torre, ma alla novella del d.l. 306/1992, convertito con l. 7 agosto 1992, n. 356, riguarda il cosiddetto “voto di cosca”, ovvero la capacità del sodalizio mafioso di avvalersi dell'apparato intimidatorio come strumento di interferenza nel libero esercizio del diritto di voto in occasioni di consultazioni elettorali. La *ratio* dell'intervento, di natura generalmente simbolica, e probabilmente condizionata dall'evidenza criminologica relativa al connaturale rapporto tra tessuto mafioso ed istituzioni politiche, locali e nazionali,¹⁶⁹ non è riuscita ad appianare i conflitti interpretativi sorti a seguito della novella; il regime di incertezza, che non sembra trovare pacifica composizione, oscilla tra le posizioni favorevoli ad ammettere che attraverso la modifica normativa sia intervenuta una nuova incriminazione¹⁷⁰ – con il

¹⁶⁷ A.INGROIA, *Associazione di tipo mafioso*, cit. p. 140; G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 77; G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. p. 226 ss.

¹⁶⁸ G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit., p. 79. Recentemente, Cass. Pen., Sez. I, 25 maggio 2005, Oliva, in *Cass. Pen.* 2006, p. 2846 ss; in precedenza, nello stesso senso: Cass. Pen., Sez. I, 11 dicembre 2000, Fanara, *ivi*, 2002, p. 2094 ss; Cass. Pen., Sez. III, 21 ottobre 1996, Bruzzise.

¹⁶⁹ G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis*, cit. p. 58 ss. G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit., p. 80.

¹⁷⁰ Cass. Pen., Sez. I, 17 aprile 2002, Frasca, con nota di V.MAIELLO, *Una «judge-made-law» italiana: l'affermata punibilità ex art. 110 e 416bis, del candidato alle elezioni che promette favori alla mafia in cambio di voti*, in *Foro it.*, 2003, II, p. 682 ss.

conseguente regime, *ex art. 2, comma I, c.p.*, di esclusione della punibilità per i fatti commessi prima dell'entrata in vigore della norma –, e quelle opinioni che non riconoscono una capacità innovatrice alla novella del 1992, ritenendo che si tratti di un intervento normativo chiarificatore di un fatto da considerarsi già previsto, perché strumentale rispetto alle finalità descritte,¹⁷¹ o – come è stato sostenuto¹⁷² – che l'aggiunta di codesta ulteriore finalità sia sostanzialmente superflua, potendo per l'appunto sussumersi nella generica finalità di commettere delitti, *sub specie art. 294* (attentati contro i diritti politici del cittadino) *c.p.*, art. 97, DPR 30 marzo 1957, n. 361 e art. 87, DPR 16 maggio 1960, n. 570.

5.3. L'ultimo comma dell'art. 416*bis* c.p..

L'analisi del tipo mafioso si conclude con l'ultimo comma¹⁷³ dell'art. 416*bis* c.p. secondo cui «Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra, alla 'ndrangheta e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere, che valendosi della forza incriminatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazione di tipo mafioso».

¹⁷¹ Cass. Pen., Sez. I, 23 settembre 2003, Tursi, *CED*, 228402; Cass. Pen., Sez. I, 3 ottobre 2004, n. 37788, in *Cass. pen.*, 2005, 810.

¹⁷² G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 78-79; G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis*, cit. p. 63.

¹⁷³ La disposizione è stata oggetto di due modifiche normative: con la prima, d.l. 4 febbraio 2010, n. 4, convertito con l. 31 marzo 2010, n. 50, è stato inserito il riferimento alla "ndrangheta"; con la seconda, d.l. 92/2008, convertito con l. 125/2008, è stata modificata la rubrica dell'articolo, e corrispondentemente inserito all'ultimo comma, il riferimento alle associazione mafiose "anche straniere".

La *ratio* della disposizione viene ricondotta alle intenzioni del legislatore di “sprovincializzare” il contrasto alle consorterie mafiose, uscendo dalla Sicilia,¹⁷⁴ per avvolgere concrete realtà criminali localizzate in altre regioni e territori d’Italia. Purtroppo, e non sarebbe la prima volta, le finalità del legislatore, meritevoli e sincere nelle intenzioni, sono state tradotte in termini normativi secondo uno schema infelice, che ha finito per non corrispondere alle premesse iniziali. La norma è stata subito etichettata come una «superfetazione legislativa»¹⁷⁵, poiché il legislatore, senza aggiungere nessun requisito caratterizzante, ha ritenuto di espandere l’applicazione della fattispecie anche ad altre organizzazioni criminali diverse dalla mafia siciliana, potendo lo stesso risultato essere raggiunto per via interpretativa in base al tenore letterale della precetto contenuto al comma III.

¹⁷⁴ G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. p.30. Nel senso che la qualificazione mafiosa dell’associazione prescinde da un titolo geografico, Cass. Pen., Sez. I, 11 aprile 1984, Giuliano, in *Cass. pen.*, 1985, p. 752; Cass. Pen., Sez. VI, 12 giugno 1984, Chamonal, in *Foro it.*, 1985, II, p. 169.

¹⁷⁵ G.FIANDACA, *Commento all’art. 1 l. 13.9.82, n. 646, cit.*, p. 268. Nello stesso senso: A.INGROIA, *Associazione di tipo mafioso, cit.* p. 138; G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis, cit.* p. 58. *Contra*, G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. p. 154-155, il quale ritiene che la norma non sarebbe affatto superflua; anzi, essa confermerebbe, secondo un’interpretazione sistematica, in combinato disposto con l’art. 13 della legge 646/1982, l’esistenza di una pluralità di “metodi, finalità e scopi mafiosi”. La superfluità legislativa è stata confermata anche dalla Suprema Corte in merito alla modifica intervenuta nel 2008; ricalcando un orientamento precedentemente espresso, che già confermava la riconoscibilità del tipo mafioso ad organizzazioni criminali straniere (Cass. Pen., Sez. VI, 30 maggio 2001, Hsiang Khe Zhi, in *Foro it.*, 2004, II, p. 247), la Corte specifica la portata non innovativa della novella, affermando che il metodo mafioso si compone dei soli elementi descritti *ex art.* 416bis, comma III, c.p., non risultando qualificanti i criteri di stampo geografico-sociologico. Così, Cass. Pen., Sez. I, 17 settembre 2010, Cozzini, con nota di R.CAPITELLI, *Brevi osservazioni intorno alla nozione di “associazione di tipo mafioso” e all’interpretazioni dell’art. 416 bis, ultimo comma, c.p.*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1734 ss.

Tuttavia, non è soltanto la superficialità precettiva e sistematica della disposizione a sollevare le preoccupazioni dell'interprete, ma i sospetti di illegittimità costituzionale della norma medesima. Il riferimento alla sola forza intimidatrice, trascurando di riportare le condizioni di assoggettamento ed omertà, e sostituendo a queste la finalità di perseguire scopi soltanto "corrispondenti" a quelle mafiose, espone la norma, ove interpretata alla lettera, a censure di legittimità costituzionale per violazione del principio di determinatezza e tassatività; ciò scaturisce dalla constatazione che la diversità semantica del comma VIII, rispetto al comma III, oltre a produrre una fattispecie deficitaria rispetto alla costituzionalmente corretta modulazione di una disposizione incriminatrice precisa e sufficientemente determinata, spalanca le porte allo spettro di interpretazioni estensive, se non anche analogiche.¹⁷⁶

Non ritenendo sufficiente degradare la disposizione in esame a mera puntualizzazione superflua, né soddisfacente il ricorso ad interpretazioni salvifiche, l'ultimo comma dell'art. 416*bis* c.p. può essere letto soltanto nel senso che l'incriminazione dell'associazione di tipo mafioso è subordinata all'accertamento in concreto dei requisiti previsti al comma III, estromettendo dal tenore della fattispecie ogni condizionamento derivante dalla collocazione geografica e dalla nazionalità degli affiliati.¹⁷⁷

¹⁷⁶ G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit., p. 83-84. *Contra*: G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. p. 153, secondo cui, l'assenza di riferimenti alle condizioni di assoggettamento ed omertà non costituirebbe una lacuna, ma un caso di economia normativa, poiché la previsione della forza d'intimidazione del vincolo associativo richiama automaticamente i parametri di assoggettamento ed omertà; G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 96, secondo il quale la previsioni di scopi corrispondenti non esclude la sussistenza di scopi, invece, identici, in quanto si tratta di due vocaboli, tra loro, semanticamente non incompatibili.

¹⁷⁷ R.CAPITELLI, *Brevi osservazioni*, cit. p. 1742.

6. Fattispecie associativa e concorso di persone.

Le riserve espresse nei paragrafi precedenti, partendo dall'astrattezza del bene giuridico, fino a giungere alle interpretazioni deformanti del metodo mafioso, preannunciano lo stato di povertà dogmatica delle fattispecie associative prese in esame, «caratterizzate da un processo di astrazione dei connotati del fatto tipico ormai incentrato sulla mera illiceità penale dello scopo»¹⁷⁸.

I reati associativi sono fattispecie a “concorso necessario”, “unilaterali” e “proprie”. L'attributo “necessario” è facilmente spiegabile, poiché è la stessa norma incriminatrice a pretendere la presenza di più soggetti attivi e di più condotte personali; si tratta di concorso necessario “unilaterale”, in quanto i contributi dei concorrenti sono orientati nella medesima direzione, che, per le fattispecie associative, consiste nella costituzione del sodalizio e nella realizzazione delle finalità programmate. Si parla di fattispecie plurisoggettiva necessaria “propria”, perché tutti i soggetti partecipanti al fatto tipizzato sono punibili.¹⁷⁹ La relazione con le norme regolatrici del concorso di persone in generale pone la duplice e delicata questione riguardo la distinzione tra fattispecie associativa di parte speciale e compartecipazione criminosa *ex art.* 110 c.p., nonché l'applicabilità ai reati associativi delle disposizioni generali previste per il concorso di persone nel reato.

La prima questione verte principalmente intorno al concetto di associazione punibile, e, in particolare, al rapporto con l'art. 115 c.p., in merito alla non punibilità del mero accordo non seguito dalla commissione di delitti.¹⁸⁰

¹⁷⁸ G.DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, cit. p. 104.

¹⁷⁹ C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale*, cit., p.495-496 ss.

¹⁸⁰ A.CAVALIÈRE, *Associazione per delinquere*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale, Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, cit., p. 262 ss 277 ss; G.B.TONA, *I reati associativi e di*

Premesso che lo stesso art. 115 c.p., contenendo la clausola di apertura «salvo che la legge disponga diversamente», rinvia alle fattispecie di parte speciale incentrate sulla punibilità del mero accordo, ciò non consente di poter subito risolvere il problema prima prospettato. Invero, che il codice penale contenga casi di accordi per sé punibili, può evincersi dalle fattispecie di corruzione propria ed impropria, rispettivamente, artt. 319 e 318 c.p., in cui è sufficiente la promessa della dazione di danaro e altre utilità per ritenere configurata la fattispecie; ancora, altre ipotesi potrebbero essere quelle del delitto di usura *ex* art. 644 c.p., od il delitto di scambio elettorale politico-mafioso *ex* art. 416^{ter} c.p., entrambe contrassegnate dalla punibilità del fatto per la sola promessa di prestazione in denaro. Tuttavia, la “prova regina” è offerta dall’art. 304 c.p. (cospirazione politica mediante accordo), da cui emergono due deduzioni fondamentali: la prima consiste nella conferma della mera punibilità dell’accordo, peraltro, rafforzata dall’evidenza che la punibilità del fatto è subordinata alla non commissione del delitto oggetto del *pactum*; la seconda, ancor più importante, è data dal rapporto con l’art. 305 c.p. (cospirazione politica mediante associazione), da cui emerge la dimostrazione che esiste, per volontà dello stesso legislatore, una distinzione tra associazione ed accordo.¹⁸¹

Ad ogni buon conto, la circostanza che il legislatore abbia voluto tracciare una differenza tra associazione ed accordo, non consente *ictu oculi* di trarre una prova della verificabilità di codesta differenza; inoltre, non sono particolarmente d’aiuto le fattispecie associative esaminate nel presente lavoro, le quali non forniscono una definizione di associazione punibile, se non per lo «scopo di commettere più delitti» *ex* art. 416, e per il tipo mafioso *ex* art.

contiguità, in AA.VV., *Trattato di diritto penale. Parte Speciale*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, vol. III, Torino, 2008, p. 1078 ss.

¹⁸¹ V.PLANTAMURA, *I reati associativi e rispetto dei principi fondamentali in materia penale*, *cit.*, p. 408-409.

416*bis*, comma III, c.p., nonché del numero minimo per entrambe di tre associati. Difatti, la difficoltà di pervenire ad una definizione stabile di associazione è un problema comune ad entrambe le fattispecie, anche perché, come emerge dai lavori preparatori,¹⁸² il legislatore ha mutuato il concetto di associazione, valido per il sodalizio di tipo mafioso, dalla nozione di associazione ascrivibile alla fattispecie comune *ex art.* 416 c.p., da cui si distingue soltanto per l'aggiunta dell'elemento di specialità offerto dal tipo mafioso.

Il *deficit* di tipicità delle fattispecie in esame rappresenta un problema che la stessa giurisprudenza ha riconosciuto, allorché ha affermato che esse «non recano nozioni definitorie dell'associazione che intendono reprimere, ma rimandano all'interprete per l'individuazione del concetto»¹⁸³; è evidente quali negative conseguenze possono riprodursi sulla determinatezza e tassatività della fattispecie, quando la fissazione di un elemento, per di più essenziale alla qualificazione del fatto, è rimesso alla discrezione dell'interprete.

Così, il susseguirsi di orientamenti (*recte*, disorientamenti) della giurisprudenza di legittimità, realizzando uno stato di confusione interpretativa, ha dimostrato la necessità di un approfondimento sugli elementi qualificanti il concetto di associazione valido per gli artt. 416 e 416*bis* c.p. Il ventaglio di ricostruzioni formulate è talmente ampio da rendere assai arduo individuare un orientamento, tra gli altri, prevalente: una prima

¹⁸² L'impianto originario della proposta di legge La Torre contemplava, oltre che l'associazione mafiosa, anche il "gruppo mafioso". Durante i lavori parlamentari, fino all'approvazione dell'emendamento dell'On. Mammi, si preferì eliminare il riferimento al gruppo mafioso, allo scopo, peraltro evidente, di accorpate all'associazione di tipo mafioso gli elementi distintivi, già previsti nella prassi interpretativa, validi per l'associazione a delinquere comune. Sull'argomento, G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 23-24.

¹⁸³ Cass. Pen., Sez. VI, 25 settembre 1998, Villani, in *CED*, 211743.

ricostruzione, alquanto spoglia, richiedeva per dar vita ad un'associazione il mero accordo esteso ad un generico programma criminoso,¹⁸⁴ seppure, per via di una recente rielaborazione, sono stati aggiunti i caratteri della stabilità e della permanenza all'accordo diretto al perseguimento di fini illeciti comuni, senza che risulti necessaria un'organizzazione gerarchica;¹⁸⁵ un secondo orientamento, invece, accentua la rilevanza dell'elemento organizzativo, diversamente inteso o nella sufficienza di una semplice e rudimentale predisposizione comune di attività e mezzi tra gli associati¹⁸⁶ o di una minima struttura organizzativa,¹⁸⁷ fino a richiedere forme più complesse di organizzazione connotate dalla permanenza del vincolo associativo,¹⁸⁸ dalla predisposizione di mezzi necessari,¹⁸⁹ e dall'articolazioni in ruoli e competenze;¹⁹⁰ infine, vi è un terzo orientamento, in cui l'attenzione

¹⁸⁴ Cass. Pen., Sez. VI, 15 giugno 1995, Montani, in *Cass. pen.*, 1997, p. 205; Cass. Pen., Sez. I, 23 giugno 1988, Olivieri, in *Gius. pen.*, 1989, p. 291.

¹⁸⁵ Cass. Pen., Sez. I, 25 marzo 2003, Faci, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2346. Più recente, Cass. Pen., Sez. VI, 12 luglio 2011, n. 29581, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 1743 ss; Cass. Pen., Sez. I, 13 febbraio 2008, n. 12681, *ivi*, 2009, p. 1541.

¹⁸⁶ Cass. Pen., Sez. VI, 13 febbraio 2009, Mammoliti, in *Mass. Uff.*, 244520; Cass. Pen., Sez. Fer., 3 settembre 2004, Bosone, in *Guid. dir.*, fasc. 42, 2004, p. 82; Cass. Pen., Sez. I, 16 novembre 1984, Andolina, in *Gius. pen.*, 1985, p. 616.

¹⁸⁷ Cass. Pen., Sez. I, 24 marzo 1986, Graziano, in *Gius. pen.*, 1987, p. 452. Di recente, Cass. Pen., Sez. V, 25 novembre 2010, n. 43656, in *CED*, 25743; Cass. Pen., Sez. VI, 25 settembre 1998, Villani, *cit.*

¹⁸⁸ Cass. Pen., Sez. V, 5 maggio 2009, in *CED*, 244486; Cass. Pen., Sez. I, 20 giugno 1995, Correnti, in *Riv. pen.* 1996, p. 369.

¹⁸⁹ Cass. Pen., Sez. VI, 4 giugno 2012, n. 21446.

¹⁹⁰ Cass. Pen., Sez. VI, 7 novembre 2011, n. 3886, in *CED*, 251562; Cass. Pen., Sez. II, 9 febbraio 1995, Avanzini, in *Foro it.*, 1995, II, p. 689.

dell'interprete si è riversata, oltre che sugli elementi di cui sopra, anche sul disegno criminoso generico ed indeterminato.¹⁹¹

La ricca casistica giurisprudenziale, corredata dalla volatilità delle massime pronunciate, dimostra, più che la difficoltà di giungere ad una definizione pacifica di associazione, la volontà dell'interprete di non vestire quest'ultima di rigide specificazioni, affinché l'indeterminatezza e la nebulosità dell'istituto vadano a sopperire alle difficoltà investigative e probatorie di volta in volta emerse.¹⁹² Le stesse puntualizzazioni dirette ad accentuare i requisiti di stabilità e non occasionalità dell'accordo, mostrano, tra le righe, il tentativo della Corte di aggrapparsi a qualunque appiglio dommatico – finanche richiedendo il carattere indefinito del programma criminoso, senza che, a tal proposito, vi sia alcuna indicazione normativa – pur di non sprofondare nella sostanziale indistinguibilità rispetto alla compartecipazione criminosa *ex art.* 110 c.p.¹⁹³

Al riguardo, le prime riflessioni maturate in dottrina, ponevano in risalto la necessità di estendere l'approfondimento del concetto di associazione, disapprovando quelle interpretazioni volte ad ammettere anche il mero stato rudimentale del sodalizio, ed incorporando, invece, l'esistenza di un tessuto organizzativo strutturalmente adeguato, o comunque causalmente idoneo, alla realizzazione del programma messo a punto.¹⁹⁴ Tuttavia, anche il concetto di

¹⁹¹ Cass. Pen., Sez. VI, 25 febbraio 2013, n. 9096; Cass. Pen., Sez. V, 11 gennaio 2012, n. 4304, in *CED*, 252205; Cass. Pen., Sez. V, 4 ottobre 2004, n. 42635, in *Riv. pen.* 2005, p. 1388; Cass. Pen., Sez. VI, 12 maggio 1995, Mauriello, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3387.

¹⁹² V.PATALANO, *L'associazione per delinquere*, cit. p. 21 ss.

¹⁹³ A.CERULO, *Il trionfo dei reati associativi e l'astuzia della ragione*, cit., p. 1029.

¹⁹⁴ M.BOSCARELLI, *Associazione per delinquere*, cit. p. 869; V.PATALANO, *L'associazione per delinquere*, cit. p. 94 ss. Più recente, A.INGROIA, *Associazione di tipo mafioso*, cit. p. 139; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit. p. 488; G.DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, cit., p. 389-391.

organizzazione non può considerarsi pacifico; gli stessi requisiti di adeguatezza e di idoneità della struttura organizzativa rispetto all'esecuzione del programma criminoso non appaiono fortemente utili, potendo ben essere degradati a mere clausole di stile, nonché facilmente condizionabili da valutazioni di carattere soggettivo e ragioni di contingenza processuale.¹⁹⁵ Le preoccupazioni prospettate dalla dottrina risiedono principalmente nell'eventualità – come accaduto in non poche pronunce giudiziali – che il fatto di associarsi vada a confondersi, ed in definitiva a ridursi, nel mero accordo, non distinguibile dall'accordo non punibile *ex art. 115 c.p.*; persino il ricorso al carattere indefinito del programma non è a tal proposito sufficiente,¹⁹⁶ ammesso che l'indeterminatezza è un requisito valido, più che per le tipologie delittuose, per i singoli fatti di reato, e comunque non bastevole a distinguere l'associazione dalla semplice compartecipazione criminosa.¹⁹⁷

Non può altresì essere ignorata la prassi interpretativa di affermare la configurabilità – e soprattutto la prova – del reato associativo a partire dalla realizzazione dei delitti-scopo,¹⁹⁸ rispetto ai quali il fatto di associarsi potrebbe

¹⁹⁵ G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit. p. 56

¹⁹⁶ M.IACOVIELLO, *L'organizzazione criminogena*, cit. p. 579.

¹⁹⁷ V.PLANTAMURA, *I reati associativi e rispetto dei principi fondamentali in materia penale*, cit., p. 410-411. Difatti, l'Autore ritiene che non sia l'indeterminatezza del programma criminoso o la stabilità dell'accordo a fungere da elemento distintivo tra fattispecie associativa e concorso di persone, bensì la natura necessariamente aperta dell'accordo associativo verso l'adesione e l'acquisizione di nuovi associati. Recentemente in questo senso, Cass. Pen., Sez. VI, 15 marzo 2012, Rubino, inedita.

¹⁹⁸ Cass. Pen., Sez. VI, 15 marzo 2012, Rubino, n. 10094; Cass. Pen., Sez. II, 14 giugno 2011, M.V., in *Mass. Uff.*, 28872; Cass. Pen., Sez. Un., 28 marzo 2001, Cinalli, *ivi*, 218376; Cass. Pen., Sez. VI, 11 gennaio 2000, Ferone, *cit.*; Cass. Pen., Sez. VI, 22 febbraio 1996, Marciano, *ivi*, 205670; Cass. Pen., Sez. I, 21 marzo 1989, Agostani, *cit.* Di recente *contra*, Cass. Pen., Sez. VI, 28 febbraio 2012, C.A., con nota di D.CHINNICI-D.LIVRERI, *La*

facilmente essere inteso come un insieme di condotte preparatorie. Tuttavia, avverso questa impostazione si è espressa in dottrina un'opinione diretta a riconoscere l'autonoma rilevanza strutturale della dimensione associativa, rispetto ai delitti programmati; invero, seguendo questo paradigma, la peculiarità dei reati associativi – in particolare per l'associazione per delinquere e di tipo mafioso – consiste nella permanenza del tessuto organizzativo, il quale non è ideato per esaurirsi con la commissione dei delitti-scopo, ma per perpetuarsi nel suo *iter criminum*, assumendo una formale autonomia rispetto all'attuazione del programma criminoso.¹⁹⁹ La predetta stabilità dell'accordo, volto a commettere un numero indeterminato di delitti, riflette la stabilità (*recte*, permanenza) dell'organizzazione,²⁰⁰ dalla quale emerge, confortata dalla clausola «per ciò solo» prevista in entrambe le fattispecie esaminate, la connotazione strutturale del sodalizio, articolato in una serie di ruoli e competenze, e la conseguente distinzione tra condotte strumentali, tese ad assicurare l'esistenza e il perdurare nel tempo dell'organismo associativo – ritenendo quest'ultime sufficienti per la configurabilità del fatto – e condotte preparatorie od esecutive, dirette ad attuare il programma criminoso.²⁰¹

Corte di Cassazione tra aspirazioni garantiste e perduranti insensibilità verso il giusto processo d'appello, in *Arch. Pen.*, (www.archiviopenale.it), 2013, p. 1 ss.

¹⁹⁹ G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis*, cit. p. 19-21.

²⁰⁰ La stabilità dell'accordo non va intesa come stato di permanenza assoluta; a tal proposito, l'evidenza giudiziaria ha riconosciuto associazione criminose costituite anche solo per brevi periodi. Così, Cass. Pen., Sez. I, 28 settembre 2005, Quarato, in *Giur. it.*, 2006, p. 1483; Cass. Pen., Sez. I, 18 febbraio 2008, Re, in *Mass. Uff.*, 239371; Cass. Pen., Sez. V, 5 maggio 2009, Occioni, *ivi*, 244486.

²⁰¹ G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis*, cit. p. 19. Anche: G.DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, cit. p. 109-110; ID, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, cit., p.391-393; G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. p. 156-157. Nello stesso senso, M.IACOVIELLO, *L'organizzazione criminogena*, cit. p. 580, in cui sono specificati i quattro termini connotativi dell'organizzazione criminale (*recte*, criminogena), intesa come

Per concludere l'argomento, anche l'ultima delle opinioni citate non è esente da critiche; la schematizzata distinzione tra condotte strumentali ed esecutive, più che sopperire ad una *deficit* ontologico delle fattispecie associative, sembra, invece, proiettarsi ad una finalità giustificativa di fattispecie delittuose sostanzialmente incriminatrici del mero accordo intervenuto tra più individui; esigere di voler riconoscere all'apparato organizzativo un' idoneità attitudinale a realizzare i delitti-scopo, costituisce, in verità, l'unico modo per avvicinare, seppure soltanto in via ermeneutica, le fattispecie in esame – e, a maggior ragione, l'associazione per delinquere, la quale, come fattispecie associativa pura, incentra il suo disvalore unicamente sull'*affectio societatis sceleris* – ai principi di materialità ed offensività, spesso, sfuggenti agli occhi dell'interprete.²⁰²

La seconda delle questioni poste all'inizio del paragrafo concerne la discussa vicenda dell'applicabilità ai reati associativi delle norme di parte generale regolatrici del concorso di persone *ex art. 110 ss c.p.* Le fattispecie associative, secondo quanto affermato nelle pagine precedenti, sono casi di concorso necessario di persone nel reato – *rectius*, fattispecie necessariamente plurisoggettive – in rapporto alle quali non è da escludere, in via di principio, l'applicazione delle norme previste in materia di concorso eventuale di persone, purché avvenga a precise condizioni: in primo luogo, la disposizione di parte generale non deve regolare una materia che sia già contemplata dalla

sistema “aperto” ed interattivo col mondo esterno; “teleologicamente orientato e plasmato” rispetto al programma criminoso; “cooperativo”, cioè fondato su strutture di legittimazione del potere e strumenti di risoluzione dei conflitti interni; “omeostatico”, perché in grado di poter assicurare la sua conservazione.

²⁰² A.CAVALIERS, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 160ss. Così anche, G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit. p. 56-57. Recentemente si è in questo senso espressa la giurisprudenza, ritenendo che la struttura organizzativa non rilevi ai fini della sussistenza dell'associazione, bensì dell'offensività rispetto al bene giuridico protetto, Cass. Pen., Sez. IV, 21 aprile 2006, in *Mass. Uff.*, 234576.

norma di parte speciale, e, in particolare, riconducibile alla *ratio* della norma medesima; in secondo luogo, la disposizione di parte generale non deve prescrivere una *regula juris* che sia incompatibile con la disciplina offerta dalla norma di parte speciale; infine, la disposizione di parte generale non deve considerarsi norma eccezionale, ma, per essere applicata, deve risultare espressione di un principio generale attinente alla plurisoggettività in quanto tale.²⁰³

6.1. La configurabilità della continuazione tra reato associativo e delitti-scopo.

Una questione piuttosto controversa, che da tempo ha impegnato la dottrina e la giurisprudenza, è stata quella relativa alla possibilità di configurare tra il reato associativo e i delitti-scopo il nesso di continuazione *ex art. 81, comma II, c.p.*, in base al quale soggiace all'aumento di pena fino al triplo della violazione più grave²⁰⁴ «chi con più azioni od omissioni, esecutive del medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge».

Secondo l'orientamento inizialmente seguito dalla giurisprudenza, non poteva essere riconosciuto un nesso di continuazione tra i reati considerati per due ragioni ostative: la prima partiva dall'assunto che il vincolo di

²⁰³ R.DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956, p. 179 ss. Nello stesso senso, G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 101-103; C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale, cit.*, p. 542.

²⁰⁴ Secondo una recente pronuncia delle Sezioni Unite in materia di reato continuato, la violazione più grave va individuata in astratto, in base alla pena edittale prevista per il reato ritenuto dal giudice più grave, in rapporto anche alle singole circostanze in cui la fattispecie si è manifestata e all'eventuale giudizio di comparazione fra di esse. Così, Cass. Pen., Sez. Un., 13 giugno 2013, n. 25939, in *www.giurisprudenzapenale.com*.

continuazione finirebbe per annullare l'autonoma rilevanza del reato associativo, ridotto a mero elemento di aggravamento della pena, nel caso in cui taluno dei delitti-scopo commessi fosse, riguardo alla pena edittale, più grave della fattispecie associativa;²⁰⁵ la seconda ragione addotta – riportata anche nel paragrafo precedente – consisteva nell'inapplicabilità dell'istituto della continuazione ai reati associativi, in quanto il disegno criminoso *ex art.* 81, comma II, c.p. richiede una serie di tipologie delittuose già determinate nella fase ideativa per quel che concerne i rispettivi elementi essenziali, mentre il programma criminoso *ex art.* 416 c.p. è contrassegnato da una serie generica ed indefinita di delitti-scopo.²⁰⁶ Tuttavia, le argomentazioni utilizzate presentano alcuni margini di opinabilità; la prima motivazione è, di fatto e in diritto, inconsistente, poiché nel computo sanzionatorio previsto in materia di reato continuato è fisiologico che la fattispecie più grave prevalga sulle altre, ma soltanto agli effetti della fissazione della pena;²⁰⁷ la seconda motivazione, nonostante appaia più coerente rispetto alla prima, parte da una premessa sostanzialmente fondata ed in larga parte condivisa,²⁰⁸ e giunge a risolvere

²⁰⁵ Cass. Pen., Sez. I, 30 aprile 1979, Reale, in *Gius. pen.*, 1980, p. 163.

²⁰⁶ Cass. Pen., Sez. I, 30 aprile 1979, Reale, *cit.*; Cass. Pen., Sez. 6 dicembre 1988, Di Vincenzo, in *Cass. pen.*, 1991, p. 399; Cass. Pen., Sez. II, 7 giugno 1988, Trisolini, *ivi*, 1989, p. 1988. Viceversa, ammetteva la configurabilità della continuazione tra associazione di tipo mafioso e reati-fine, pur senza specificarne le ragioni, Cass. Pen., Sez. I, 14 gennaio 1987, Fiandaca, *cit.*

²⁰⁷ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, *cit.*, p. 156. L'Autore non manca di aggiungere che sarebbe stato più corretto escludere il nesso di continuazione in osservanza del principio di ragionevolezza della pena, dato che la severità del trattamento sanzionatorio previsto agli artt. 416 e 416*bis* c.p. finisce ulteriormente per acuirsi applicando l'aumento fino al triplo della violazione più grave *ex art.* 81, comma I, c.p.

²⁰⁸ M.IACOVIELLO, *L'organizzazione criminogena*, *cit.* p. 581. L'Autore, infatti, specifica che mentre «nel reato continuato, il disegno criminoso concerne una serie chiusa di fatti di reato specifici, ancorché taluni di questi vengano rappresentati in forma eventuale, [...] nel

negativamente la questione in esame, seppure la ragione recondita di questa soluzione è, con molta probabilità, da rinvenire nell'intenzione della Corte di elevare l'indeterminatezza del programma criminoso ad elemento distintivo tra fattispecie associativa e compartecipazione criminosa *ex art. 110 c.p.*²⁰⁹

Comunque, l'elaborazione scientifica sviluppata negli ultimi decenni ha ritenuto che il vincolo di continuazione non possa esser escluso in astratto, potendo verificarsi il caso in cui talune fattispecie delittuose, oggetto del programma, siano ben definite sino al momento dell'accordo costitutivo; in rapporto ad esse è, quindi, configurabile l'unicità del disegno criminoso *ex art. 81, comma II, c.p.*²¹⁰ Invero, anche la Suprema Corte è giunta alle medesime conclusioni, peraltro recentemente riconfermate,²¹¹ attestando che lo stato di continuazione tra reato associativo e delitti-scopo potrà essere escluso soltanto quando, sulla base di una valutazione in concreto, i reati-fine risultino legati a circostanze contingenti ed occasionali, o, comunque, non immaginabili al momento iniziale dell'associazione; viceversa, deve ritenersi sussistente il nesso di continuazione se i delitti-scopo sono stati programmati nelle loro linee essenziali sin dalla costituzione del sodalizio.

reato associativo, per contro, il programma criminoso concerne una serie aperta di fatti di reato iscritta in una serie chiusa di tipologie delittuose».

²⁰⁹ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 157 (v. 6.).

²¹⁰ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 158-159. Nello stesso senso, G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis, cit.* p. 21; In una posizione dubitativa, G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit. p. 56-57.

²¹¹ Cass. Pen., Sez. I, 4 luglio 2013, n. 35644, in *DeJure*; Cass. Pen., Sez. I, 22 marzo 2011, Bosti, n. 13609, *ivi*; Cass. Pen., Sez. I, 21 gennaio 2009, Vitale, n. 8451, *ivi*; Cass. Pen., Sez. V, 18 ottobre 2005, Traina, n. 44606, *ivi*. Ha richiesto la prova del carattere "specialistico" del programma criminoso, Cass. Pen., Sez. V, 20 luglio 2007, Grimaldi, in *Guid. dir.*, fasc. 6, 2008, p. 58.

6.2. Il rapporto tra l'associazione per delinquere e quella di tipo mafioso.

La disamina del rapporto esistente tra le fattispecie di associazione per delinquere e di tipo mafioso parte dalle ragioni storiche e giuridiche che hanno motivato l'introduzione della seconda tra le fattispecie prese in esame. Come già riportato (v. 3.), non sono mancate valide opinioni²¹² per cui l'associazione di tipo mafioso poteva già sussumersi nella fattispecie *ex art. 416 c.p.*, sennonché i condizionamenti sociali, ambientali e culturali hanno, con buona probabilità, prevalso, rendendo apparentemente necessaria l'introduzione del delitto di associazione di tipo mafioso.

Secondo le prime opinioni, maturate negli anni immediatamente successivi alla riforma del 1982, e nelle iniziali vicende giudiziarie, le due fattispecie erano da considerarsi «sostanzialmente diverse, ontologicamente distinte, funzionalmente autonome»²¹³; si ritiene, addirittura, configurabile un concorso di reati.²¹⁴ Tuttavia, questa posizione, attualmente minoritaria in dottrina, e praticamente abbandonata dalla giurisprudenza, ha fatto posto ad un orientamento oramai consolidato nel valutare che la relazione tra l'associazione per delinquere e di tipo mafioso possa integrare gli estremi della specialità *ex art. 15 c.p.*, poiché l'esplicitazione normativa del metodo mafioso, sia che s'interpreti come un "concreto avvalersi"²¹⁵, sia che si ritenga un

²¹² G.FIANDACA, *Commento all'art. 1 l. 13.9.82, n. 646, cit.*, p. 265; A.INGROIA, *Associazione di tipo mafioso, cit.* p. 135.

²¹³ Cass. Pen., Sez. I, 10 aprile 1987, Saviano, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1603; Cass. Pen., Sez. I, 30 gennaio 1985, Scarabaggio, *cit.*

²¹⁴ G.NEPPi MODONA, *Criminalità organizzata e reati associativi, loc. cit.*

²¹⁵ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso, cit.* p. 174; A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo, cit.*, p. 93 ss.

“intendere di avvalersene”²¹⁶, costituisce – non solo con riferimento alla generica finalità di commettere delitti,²¹⁷ ma anche con riguardo alle altre finalità previste all’art. 416*bis*, comma III, c.p. – un elemento specializzante²¹⁸ della fattispecie di cui all’art. 416*bis* c.p. rispetto alla comune associazione per delinquere; va esclusa, quindi, l’eventualità di un concorso di reati.²¹⁹

Ancora, parte della dottrina è giunta a ritenere che tra le due fattispecie intercorra un rapporto più intenso della specialità univoca. Come si è anticipato nei paragrafi precedenti (v. 5.1.), una cosca non può nascere già come mafiosa, poiché, a tal fine, è richiesta necessariamente la commissione, anche tentata, di precedenti atti di violenza, o, ad ogni modo, intimidatori. Ciò consente di affermare che la consorceria criminale inizialmente dia luogo ad un’associazione per delinquere *ex art.* 416 c.p., finalizzata alla commissione di

²¹⁶ G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis, cit.*, p. 55-56; A.INGROIA, *Associazione di tipo mafioso, cit.*, p. 139; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale, cit.* p. 493; G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa, cit.* p. 169.

²¹⁷ Secondo un’autorevole dottrina, «più che parlarsi di autentica specialità dovrebbe parlarsi di interferenza o progressione criminosa, in quanto la corrispondenza tra le due fattispecie non è una costante normativa ma un’eventualità sia pur frequentissima; ne resta infatti esclusa l’ipotesi in cui il sodalizio si ponga finalità lecite; la soluzione comunque sarà sempre quella che risolve il conflitto in armonia con il principio del *ne bis in idem* sostanziale che impone quindi l’applicazione di una sola norma, il 416*bis*, come idonea ad esaurire l’intero disvalore oggettivo e soggettivo del fatto». Così, L.DE LIGUORI, *La struttura normativa dell’associazione di tipo mafioso*, nota a Cass. Pen., Sez. I, 14 gennaio 1987, Fiandaca, *cit.* p. 1626, n. 38.

²¹⁸ In questo senso, recentemente, Cass. Pen., Sez. I, 18 aprile 2012, Amurri, in *CED*, 253457.

²¹⁹ G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, *cit.* p. 86-87; G.M.FLICK, *L’associazione a delinquere di tipo mafioso, cit.* p. 858, che parla tuttavia di una “specialità in concreto”, da accertarsi caso per caso. Nel senso del carattere specializzante del metodo mafioso rispetto alle finalità perseguite, Cass. Pen., Sez. I, 25 maggio 2005, Oliva, *cit.*; Cass. Pen., Sez. I, 12 dicembre 2003, n. 9604; Cass. Pen., Sez. I, 11 dicembre 2000, Fanara, *cit.*

delitti contrassegnati dall'impiego di minacce e violenza; soltanto quando l'organizzazione abbia definitivamente acquisito quell'alone permanente di diffusa intimidazione, ed instaurato lo stato di assoggettamento ed omertà tra i consociati, può ritenersi formata un'associazione di tipo mafioso. Pertanto, rispetto all'art. 416 c.p., la fattispecie *ex art. 416bis* c.p. si manifesta come un reato progressivo, con l'effetto di assorbire, attraverso fasi crescenti di offesa, precedenti, e gradatamente inferiori, atti offensivi del medesimo bene giuridico.²²⁰

7. *Societas sceleris*. La fattispecie plurisoggettiva.

Prima di procedere all'analisi delle condotte partecipative di cui agli artt. 416 e 416*bis* c.p., è essenziale premettere alcune considerazioni in ordine alla nozione di fattispecie associativa.

La rilevanza penale della partecipazione è subordinata alla costituzione del sodalizio criminale nei termini previsti dalla rispettive fattispecie incriminatrici,²²¹ le quali richiedono un numero minimo di tre associati²²² stabilmente riuniti in una struttura organizzativa per effetto di un accordo serio, non essendo necessario che «l'accordo venga consacrato in un atto di costituzione, statuto, regolamento, iniziazione od altre manifestazioni di

²²⁰ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit. p. 175-176. ID, *Ai confini tra associazione per delinquere e di tipo mafioso*, nota a Trib. Bari, 24 ottobre 1987, Romano, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1731 ss. Nello stesso senso anche G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit. p. 87; G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. p. 117 ss.

²²¹ G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis, cit.*, p. 26.

²²² In tema di associazione per delinquere il numero minimo di persone può raggiungersi anche per successiva adesione di altri ad un vincolo originario tra due sole persone. Così: Cass. Pen., Sez. I, 10 agosto 1987, Lombardi, in *Mass. Uff.*, 176523; Cass. Pen., Sez. I, 1 luglio 1971, Amoroso, in *Mass. Uff.*, 1339.

formale adesione quanto, piuttosto, che in conseguenza delle manifestazioni di volontà dei singoli si realizzi, di fatto, l'esistenza della struttura prevista dalla legge»²²³. Da ciò derivano due enunciati a grandi linee condivisi: l'assenza di parametri normativi fissi consente di desumere l'esistenza del vincolo associativo anche mediante *facta concludentia*,²²⁴ inoltre, concorrono al raggiungimento del numero di almeno tre associati sia gli affiliati rimasti ignoti, giudicati o già deceduti,²²⁵ sia i non imputabili – incapaci di intendere e di volere *ex art. 85 c.p.* – per effetto dell'art. 112, comma IV, c.p., ritenuto dalla dottrina prevalente principio generale valido anche per le fattispecie associative.²²⁶

Tuttavia, la questione più controversa concerne la differente qualificazione, risalente alla compilazione del codice Rocco, della partecipazione semplice, ritenuta una mera fattispecie monosoggettiva, e delle partecipazioni qualificate, considerate invece di carattere plurisoggettivo – la distinzione, secondo le intenzioni del legislatore, riflette due fasi, cronologicamente distinte, racchiuse nella costituzione (in senso lato) del sodalizio e nella successiva adesione dei singoli partecipi – sostanzialmente

²²³ Cass. Pen., Sez. I, 22 Aprile 1985, Arslan, in *CED*, 170226.

²²⁴ Cass. Pen., Sez. II, 21 dicembre 2012, n. 48709, inedita. Riguardo all'associazione di tipo mafioso, in questo senso, Cass. Pen., Sez. I, 10 luglio 2007, Brusca, *cit.*, secondo cui sono indici rilevatori del sodalizio mafioso «la segretezza del vincolo, i vincoli di comparaggio o di comparatico tra gli adepti, il risultato assoluto del vincolo gerarchico, l'accollo delle spese di giustizia».

²²⁵ Cass. Pen., Sez. VI, 6 aprile 2005, n. 12845, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1459.

²²⁶ V.PATALANO, *L'associazione per delinquere*, cit. p. 66 ss; G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis, cit.*, p. 45; tale orientamento riposa sull'affermazione secondo cui il non imputabile è l'autore del reato, seppure di quel reato non venga ritenuto colpevole; si aggiunga che della non punibilità può giovare soltanto il non imputabile, e non anche gli altri concorrenti, *ex art. 119 c.p.*

riprodotte dalla giurisprudenza di legittimità intorno alle fattispecie di associazione per delinquere e banda armata,²²⁷ guardando, come peraltro può intuirsi, ad escludere la natura circostanziale delle classi di partecipazione qualificata rispetto alla partecipazione semplice, al fine di impedire un eventuale bilanciamento di circostanze aggravanti ed attenuanti concorrenti *ex art. 69 c.p.*²²⁸

L'opinione attualmente prevalente considera i reati associativi presi in esame come fattispecie plurisoggettive, abbandonando la precedente distinzione sopradetta, ma esprimendo una formale autonomia in separati titoli di reato per la partecipazione semplice e qualificata, escludendo che tra le stesse ricorrano gli estremi, rispettivamente, del reato base e della fattispecie circostanziata.²²⁹ Eppure, l'eventuale configurabilità di un concorso di reati tra le condotte esaminate, ha indotto taluni autori a considerare le fattispecie in esame come un unico reato plurisoggettivo a condotta plurima e con sanzioni

²²⁷ Per tutte, Cass. Pen., Sez. I, 19 novembre 1987, Montenegro, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1989.

²²⁸ Per una ricostruzione completa dell'argomento, G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit. p. 88-89.

²²⁹ G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis, cit.*, p. 25 ss e 39 ss. Uno dei postulati di questa impostazione consiste nel ritenere che il numero minimo dei tre adepti si riferisca esclusivamente a coloro che rivestono il ruolo di partecipe, escludendo dal calcolo taluni affiliati, come il promotore o il costitutore, che non compaiono, a parere dell'Autore, come partecipi semplici. L'opinione è aspramente criticata da chi, invece, ritiene che nel computo del numero minimo sono da annoverare tutti gli affiliati, prescindendo dal titolo rivestito. Così, A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo, cit.*, p. 133. Nel senso della prima opinione citata, G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit. p. 63. In posizione sostanzialmente autonoma, M.BOSCARELLI, *Associazione per delinquere, cit.* p. 872. Recentemente, nel senso di escludere una rilevanza soltanto circostanziale delle condotte qualificate, Cass. Pen., Sez. V, 10 novembre 2010, n. 4529, in *Dejure*, Cass. Pen., Sez. I, 27 gennaio 2010, n. 6312, *ivi*.

diverse prefissate in base ai ruoli svolti dai singoli soggetti attivi,²³⁰ finanche, ma trattasi di un'opinione minoritaria, a ritenere la natura circostanziale delle condotte qualificate, rispetto alla partecipazione semplice.²³¹

7.1. La partecipazione semplice.

La condotta di base incriminata consiste nella partecipazione convenzionalmente definita “semplice”, per distinguerla dalle altre condotte dette qualificate, *ex* artt. 416, comma II, secondo cui «Per il solo fatto di partecipare all'associazione, la pena è la reclusione da uno a cinque anni», e 416*bis*, comma I, c.p., per cui «Chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso [*omissis*] è punito con la reclusione da sette a dodici anni».

Il legislatore, come peraltro già anticipato nei paragrafi precedenti, nel tipizzare la condotta partecipativa non specifica, o, comunque, non direttamente, cosa debba intendersi per partecipazione in associazione a delinquere e di tipo mafioso. È lampante che dalla carenza di determinatezza della condotta incriminata, scaturisca uno stato di incertezza intorno al significato dell'attività partecipativa, nonché la diffusione di una molteplicità di orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, in cui poche volte si è riscontrata una pacifica aderenza ai principi fondamentali in materia penale. Invero, come peraltro può desumersi dal caos interpretativo, la condotta partecipativa si presenta, secondo una parte della dottrina, come un concetto “disposizionale”, appartenente a quelle espressioni che sono prive di qualità e caratteristiche

²³⁰ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit. p.90-91,115. Nello stesso senso: G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. p. 290; G.DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, cit.,p. 408.

²³¹ A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 139.

immediatamente percepibili, se non tramite il ricorso ad elementi esteriori,²³² i quali, in tema di partecipazione, coincidono con i riferimenti giurisprudenziali alla prova per *facta concludentia*, o meglio, riportando una nota decisione, «una qualunque circostanza di fatto che sia altrimenti indicativa, anche sotto il profilo indiziario, di un contributo, fattivo e consapevole, alla vita dell'associazione».²³³

Storicamente più datato è l'orientamento volto ad attribuire alla partecipazione il significato di mero atteggiamento interiore,²³⁴ descritto dall'adesione “psicologica” all'ente; anche la giurisprudenza muoveva inizialmente verso queste posizioni, ritenendo sufficiente una fungibile manifestazione della volontà di contribuire al sodalizio,²³⁵ seppure, in un secondo momento, a causa della forte reazione critica proveniente dalla dottrina prevalente,²³⁶ almeno per l'associazione a delinquere semplice, preferì allontanarsene. Tuttavia, il criterio dell'adesione psicologica pura – cioè autonomamente considerato e sufficiente, a parere dell'interprete, ad integrare

²³² C.VISCONTI, *I reati associativi tra diritto vivente e ruolo della dottrina*, cit. p. 156-157. Vedi anche Cass. Pen., Sez. V, 6 maggio 2005, n. 17380, Sorce, in *CED*, 231781, la quale definisce la partecipazione come condotta a “forma libera”.

²³³ Assise Palermo, 16 dicembre 1987, Abbate ed altri, in *Foro it.*, 1989, II, p. 77 ss.

²³⁴ M.BOSCARELLI, *Associazione per delinquere*, cit. p. 866 ss, il quale reputa che la condotta partecipativa sia alternativamente compresa o in un atto di associazione, oppure nell'omettere un atto di recesso. In entrambi i casi, si tratta di una partecipazione meramente psicologica.

²³⁵ Cass. Pen., Sez. I, 4 luglio 1984, Aiosa, in *Cass. pen.*, 1986, p. 238; Cass. Pen., Sez. I, 6 aprile 1987, Aruta, *ivi*, 1989, p. 348.

²³⁶ G.FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit. p. 17. L'illustre Autore correttamente afferma che la traduzione della condotta partecipativa nella mera adesione psicologica significa avallare forme di responsabilità penale per fatto altrui, in violazione dell'art. 27, comma I, Cost.

la fattispecie – pose maggiori resistenze ad essere abbandonato con riguardo alla partecipazione in associazione mafiosa. La dichiarazione ad impegnarsi seriamente per il sodalizio fu ritenuta sufficiente dalla Suprema Corte ad integrare gli estremi della partecipazione mafiosa, allorché, in occasione dei primi maxiprocessi celebrati in Sicilia ed in Campania, si presentasse la prova dell'avvenuta affiliazione mediante il giuramento. Secondo quest'impostazione, nel tessuto organizzativo mafioso, piramidale e verticistico, il giuramento – la cosiddetta “punciuta”²³⁷ – per il suo porsi come momento figurativo e procedurale indispensabile per ogni iniziato votato a Cosa Nostra, costituisce la prova di una «conclamata disponibilità alla vita dell'ente»²³⁸, la solenne promessa a «prestare ogni propria disponibilità al servizio della cosca, accrescendo così la potenzialità operativa e la capacità d'inserimento subdolo e violento nel tessuto sociale, anche mercé l'aumento numerico dei suoi membri».²³⁹ In realtà, la giurisprudenza sopracitata era più che consapevole della povertà della mera adesione psicologica, e della necessità di un pur

²³⁷ «Consiste nel chiedere a ognuno con quale mano spara e nel praticargli una piccola incisione sul dito indice della mano indicata, per farne uscire una goccia di sangue con cui viene imbrattata un'immagine sacra: molto spesso quella dell'Annunziata, la cui festa cade il 25 marzo e che è ritenuta patrona di Cosa Nostra. All'immagine viene quindi dato fuoco e l'iniziato, cercando di non spegnerlo mentre la fa passare da una mano all'altra, giura solennemente di non tradire mai le regole di Cosa Nostra, meritando in caso contrario di bruciare come l'immagine». G.FALCONE-M.PADOVANI, *Cose di Cosa Nostra*, cit. p. 95.

²³⁸ Assise Palermo, 16 dicembre 1987, Abbate, *cit.*

²³⁹ Cass. Pen., Sez. I, 30 gennaio 1992, Abbate e altri, in *Foro it.*, 1993, II, p. 15. Con la medesima convinzione si era espressa durante il primo maxiprocesso campano contro la “Nuova Famiglia” di Antonio Bardellino, ritenendo che «la deliberata adesione al sodalizio [...] con la consapevole determinazione di offrire la propria incondizionata disponibilità ad operare per il conseguimento dei fini associativi» fosse il consolidato presupposto alla punibilità *ex art. 416bis c.p.* Così, Cass. Pen., Sez. I, 4 febbraio 1988, Barbella, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1988.

minimo contributo materiale causalmente rilevante;²⁴⁰ è prevalsa, però, la “pre-comprensione” del disvalore sociale del fenomeno mafioso, finendo per invertire il piano della tipicità della fattispecie associativa con l’evidenza criminologica e sociologica maturata sulla ritualità mafiosa.²⁴¹ Ciò, peraltro, trova conferma, quando, a distanza di pochi mesi dalla conferma in Cassazione del primo maxiprocesso siciliano, la Suprema Corte ripropose che «la disponibilità ad agire quale uomo d’onore è di per sé contributo alla stessa sussistenza dell’associazione e quindi condotta di partecipazione».²⁴²

Non bisogna andare troppo lontano per rinvenire in dottrina ed in giurisprudenza una prospettiva di partecipazione diversa dalla mera adesione psicologica. Assume un valore storico e dommatico fondamentale una pronuncia della Suprema Corte del 1985, in cui i giudici di legittimità ritennero che l’edificazione della partecipazione sulla mera *affectio societatis* non poteva considerarsi sufficiente, in quanto il «nucleo strutturale indispensabile per

²⁴⁰ C.VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., p. 126 ss, 140 ss.

²⁴¹ G.FIANDACA-F.ALBEGIANI, *Struttura della mafia e riflessi penal-processuali*, in *Foro it.*, 1989, II, p. 83 ss. Gli Autori sono sul punto particolarmente critici, in quanto, oltre a ricordare le pericolose derive della partecipazione per adesione verso forme di responsabilità per fatto altrui, evidenziano il rischio di subordinare l’applicazione della norma penale al verificarsi di fatti propri di un ordinamento non giuridico, bensì subculturale e mafioso.

²⁴² Cass. Pen., Sez. I, 24 giugno 1992, Alfano, in *Gius. pen.*, 1993, p. 265 ss. Così anche, Cass. Pen., Sez. II, 28 gennaio 2000, Oliveri, in *Diritto e giustizia*, fasc. 23, 2000, p. 62. Nello stesso senso si è espressa, Cass. Pen., Sez. V, 10 dicembre 2002, Di Maggio, in *Riv. pen.*, 2002, p. 469, ritenendo che il termine «uomo d’onore non può essere interpretata come una locuzione approssimativa o dall’incerto significato, in quanto si tratta di una formula sintetica che descrive un universo antropologico», aggiunge che esso sta anche «ad indicare la sottomissione del soggetto alle regole mafiose». Nel senso di considerare partecipe chi fosse obbligato ad agire per vincolo di obbedienza, Cass. Pen., Sez. V, 28 giugno 2000, n. 12525, Buscicchio; Cass. Pen., Sez. V, 10 novembre 1995, n. 12591, Arcidiacono.

integrare la condotta punibile di tutti i reati di associazione» consiste in un «contributo minimo ma non insignificante»²⁴³ apportato dal singolo alla vita dell'associazione. Il precedente Arslan rappresenta la soluzione interpretativa che eleva la consistenza causale della condotta partecipativa a filtro selettivo tra i fatti penalmente rilevanti, restituendo all'istituto in esame un aspetto maggiormente dignitoso agli occhi dei principi di offensività e materialità, seppure l'enunciato teorico sia da ritenersi ancora rudimentale.²⁴⁴

Gli orientamenti successivi non sono stati, però, dello stesso tenore, né rivolti ad incrementare la pregranza della condotta partecipativa. Così, la nozione di “contributo minimo e non insignificante alla vita dell'ente” ha avuto diverse derivazioni; se da un lato, essa è stata finanche congiunta al concetto di partecipazione per adesione, dall'altro, l'impiego che ne è stato fatto in giurisprudenza ha spalancato le porte ad interpretazioni che hanno, poi, svuotato il principio di diritto conquistato con la sentenza Arslan. Invero, l'abbandono di questo indirizzo risale al convincimento giudiziale per cui le fattispecie di associazione per delinquere e di tipo mafioso non richiedono la rilevanza causale del contributo, ma l'attualità dello stesso, e, a parere della Suprema Corte, dimostrabile per *facta concludentia*.²⁴⁵ La rottura con il modello causale finì per segnare l'evoluzione giurisprudenziale, trascinandola, per un lato, verso i già enunciati orientamenti riabilitativi della partecipazione per

²⁴³ Cass. Pen., Sez. I, 22 Aprile 1985, Arslan, *cit.* Un ritorno al “contributo minimo”, «qualitativamente» e «temporalmente limitato», si è registrato in Cass. Pen., Sez. IV, 29 gennaio 2014, n. 4063, inedita, a proposito della partecipazione in associazione finalizzata al traffico di stupefacenti *ex art.* 74, DPR 309/1990.

²⁴⁴ C.VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, *cit.* p. 131.

²⁴⁵ Cass. Pen., Sez. I, 13 giugno 1987, Altivalle, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1822.

adesione (in particolare sulla rilevanza del giuramento),²⁴⁶ per l'altro, verso l'individuazione dei nuovi criteri esteriori sintomatici dell'attività partecipativa.

Il punto di svolta è stato individuato nell'inserimento dell'affiliato nella compagine organizzativa del sodalizio, che a, parere della dottrina prevalente, è possibile ricondurre all'espressione «Chiunque fa parte», *ex art. 416bis*, comma I, c.p., da cui emergerebbe la volontà del legislatore di pretendere esplicitamente che il partecipe “faccia parte” dell'associazione. L'atto di associazione si manifesta come un'azione complessa (e bilaterale), in quanto alla volontà di associarsi (*affectio societatis*) deve necessariamente seguire la volontà della consorte, tramite i suoi organi e le sue procedure, di accettare il soggetto nel tessuto organizzativo tra gli altri sodali, facendogli acquisire, quindi, la qualità di membro; dal formale inserimento discende, altresì, l'immissione in ruoli, compiti o competenze che l'affiliato si impegna a svolgere, e sui quali, seguendo questo orientamento, riposa la materialità della condotta.²⁴⁷ La ricostruzione dell'attività partecipativa attraverso il modello cosiddetto “organizzatorio” puro, ha avuto formale accoglimento in

²⁴⁶ G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. p. 300 ss. L'Autore, dopo aver qualificato la condotta partecipativa come contributo alla vita dell'ente, ha ritenuto che la soglia minima di partecipazione, già punibile, coincide con la manifestazione d'impegno e la messa a disposizione dell'affiliato. Tuttavia, aggiunge che le difficoltà probatorie restringono l'ammissibilità dell'*affectio* soltanto ai casi in cui risulta provato il giuramento, oppure in presenza di una dichiarazione confessoria. Di tutt'altro genere, tale da essere ritenuta, assieme alla sentenza Arslan, un'icona del modello causale di partecipazione, è la decisione con cui la Suprema Corte, a distanza di pochi mesi dalla sentenza Alfano (già citata), ritiene non sufficiente la prova dell'avvenuta adesione da parte dell'associato, richiedendo, in aggiunta, un contributo stabile, non occasionale e causalmente apprezzabile all'attività dell'associazione. Così, Cass. Pen., Sez. I, 23 novembre 1992, Altomonte, in *Cass. pen.*, 1995, p. 45.

²⁴⁷ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit. p. 86-87; G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis, cit.*, p. 37-38; A.INGROIA, *Associazione di tipo mafioso, cit.*, p. 142.

giurisprudenza, tanto che, in una nota pronuncia, si è ritenuto che «la condotta di partecipazione consiste nel far parte dell'associazione, cioè nell'essere diventato membro attraverso una adesione alle regole dell'accordo associativo e un inserimento, di qualunque genere, nell'organizzazione, con carattere di permanenza²⁴⁸ [...] non occorrono atti formali o prove particolari dell'ingresso nell'associazione, che, ovviamente, a secondo delle regole di questa, può avvenire nei modi più diversi, [...] occorre che un ingresso ci sia stato, che cioè una persona sia diventata parte dell'associazione».²⁴⁹

Il modello organizzatorio puro, nonostante il consenso che raccogliesse in dottrina ed in giurisprudenza, presentava, in realtà, non poche contraddizioni e carenze. Premesso che il criterio dello “stabile inserimento” non realizza un completo distacco dalla nozione di partecipazione per adesione²⁵⁰ – anzi, quest'ultima verrebbe, di fatto, assorbita con l'inquadramento nel tessuto organico dell'affiliato attraverso un atto di immissione – è, tuttavia, la lontananza rispetto ai principi di materialità ed offensività a determinare l'inaccettabilità del modello organizzatorio puro. Così, si è, peraltro recentemente, sostenuto che in un sistema di diritto penale informato, secondo una prospettiva costituzionalmente orientata, alla tipizzazione di fatti offensivi di beni giuridici protetti, la condotta partecipativa

²⁴⁸ «Entrare a far parte della mafia equivale a convertirsi ad una religione. Non si cessa mai di essere preti. Né mafiosi», G.FALCONE-M.PADOVANI, *Cose di Cosa Nostra*, cit. p. 94.

²⁴⁹ Cass. Pen., Sez. I, 1 settembre 1994, Graci, in *Cass. pen.*, 1995, p. 539 ss. Il principio di diritto, in quella sede formulato, è stato recepito, a distanza di poche settimane, in una successiva decisione, con cui la Suprema Corte si pronunciò per la prima volta a Sezioni Unite sul concorso “esterno” in associazione mafiosa. Così, Cass. Pen., Sez. Un., 5 ottobre 1994, Demitry, in *Foro it.*, 1995, II, p. 422. Nel senso di identificare la partecipazione con l'inserimento rituale e organico: Cass. Pen., Sez. II, 17 gennaio 1997, n. 4976, Accardo, in *CED*, 207845; Cass. Pen., Sez. V, 11 novembre 1999, n. 1631, Bonavota, in *CED*, 216263.

²⁵⁰ G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit. p.64.

punibile non può non consistere che in un contributo alla vita dell'ente, ma che non sia, come alcuni ritengono, generico o puramente psicologico; al contrario, il contributo partecipativo deve presentare i caratteri, oltre che dell'ineliminabile idoneità causale, anche della non occasionalità, tendenziale stabilità, e sufficiente durata, affinché, da un lato, si annulli la rilevanza penale di meri atteggiamenti interiori, e, dall'altro, si valorizzi la consistenza della condotta incriminata, come contributo causalmente apprezzabile alla vita dell'ente, nei termini di rafforzamento del sodalizio, nonché di realizzazione del programma criminoso.²⁵¹

L'opinione volta a descrivere la nozione di partecipazione secondo un modello unicamente causale – senza, però, considerare anche la funzione selettiva e caratterizzate dei concorrenti requisiti di stabilità e durata – è stata fortemente avversata in dottrina²⁵² per più motivi: in primo luogo, trascura la rilevanza dommatica del “far parte”, valorizzando invece contributi anche frammentari; in secondo luogo, incrementa il rischio di una supremazia di logiche probatorie a danno della tipicità oggettiva della fattispecie; infine, la valorizzazione della rilevanza causale del contributo partecipativo soddisfa soltanto apparentemente le esigenze di determinatezza delle fattispecie incriminatrici, rispetto a norme penali già carenti di un evento inteso in senso

²⁵¹ A.CAVALIÈRE, *Associazione per delinquere*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale, Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, cit., p. 296; ID, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 142 ss. Inoltre, l'Autore aggiunge che riguardo all'associazione di tipo mafioso, affinché si dimostri la configurabilità del carattere mafioso del sodalizio, la necessità di un apprezzamento causale della condotta è ancor più evidente. Per di più, pur se comunemente si ritiene che non tutti gli affiliati debbano avvalersi delle circostanze ivi indicate, è, ad ogni modo, necessario che il contributo prestato all'associazione risulti causale rispetto alla commissione degli atti intimidatori da altri commessi.

²⁵² V.MAIELLO, *Principi di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso*, in *Reati associativi*, cit., p. 172 ss. C.VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit. p. 132. A.INGROIA, *Associazione di tipo mafioso*, cit., p. 141.

naturalistico – dato che il rafforzamento dell’ente, così come ricostruito, si pone più come un evento giuridico –, rendendo incerto l’esito dell’accertamento della idoneità causale, non potendo, in assenza del secondo termine, procedersi ad un giudizio controfattuale *ex post*.

Ad ogni buon conto, il significato di partecipazione semplice a cui è pervenuta la dottrina e la giurisprudenza prevalente, agli inizi del XXI secolo e dopo quasi trent’anni di applicazione giudiziale, ingloba le peculiarità essenziali delle elaborazioni maturate negli anni precedenti, con l’intento, da un lato, di superarne le contraddizioni rilevate, dall’altro, di sintetizzare una nozione di attività partecipativa dommaticamente solida. Invero, si è ritenuto che i due modelli, organizzatorio e causale, fossero, se presi autonomamente, incompleti; il modello organizzatorio puro, per quanto bene adattabile ai sodalizi criminali ad elevata struttura gerarchica e verticistica, presentava il rischio di creare una responsabilità penale di posizione, priva di una corposità materiale; invece, il modello causale puro, nonostante sia stato elaborato proprio per compensare il *deficit* di determinatezza delle fattispecie associative, trascurava la rilevanza fattuale dell’inserimento organico come elemento oggettivo della condotta partecipativa. Il prodotto ermeneutico è stato quello di combinare sinteticamente il modello causale ed organizzatorio in un’unica concezione di partecipazione, convenzionalmente definita “mista”, seppure dalla preminente rilevanza del secondo modello rispetto al primo.²⁵³ A questa soluzione è pervenuta la recente giurisprudenza, quando, premessa la “forma aperta” della condotta incriminata, ha ritenuto che «a quel “far parte”[...] non può attribuirsi il solo significato di condivisione meramente psicologica del programma criminoso e delle relative metodiche, bensì anche quello più pregnante, di una concreta assunzione di un ruolo materiale all’interno della

²⁵³ V.MAIELLO, *Principi di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso*, cit., p. 182 ss; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit. p. 488; F.M.IACOVIELLO, *L’organizzazione criminogena*, cit. p. 582.

struttura criminosa, manifestata da un impegno reciproco e costante funzionalmente orientato alla struttura e all'attività dell'organizzazione criminosa», ma aggiunge «che “fa parte” dell'associazione chi si impegna a prestare un contributo alla vita dell'ente [...] un contributo apprezzabile e concreto, sul piano causale, all'esistenza o al rafforzamento dell'associazione, e, quindi, alla realizzazione dell'offesa tipica».²⁵⁴

Nonostante la questione definitoria della condotta partecipativa abbia impegnato, in un intervallo di tre anni, per due volte la Suprema Corte in Sezioni Unite, essa non può considerarsi affatto chiusa. Difatti, nell'economia della sentenza Carnevale la necessità di accertare un rapporto di causalità, tra la partecipazione del sodale ed il rafforzamento dell'ente, acquisiva una rilevanza soltanto secondaria (se non anche, eventuale), rispetto alla prova dello stabile inserimento organico. La nozione di partecipazione emersa dalla sentenza Carnevale potrebbe intendersi come iconica di un modello misto, ma “debole”, rispetto ad un modello misto “forte” (*recte*, sincretico)²⁵⁵ che, invece, è risultato da una decisione, presa a due anni di distanza e rimasta sostanzialmente isolata, in cui la Suprema Corte specifica che il partecipe è «colui che viene accolto e accettato nel sodalizio, che non si limita ad una adesione ideologica espressa in termini di mera vicinanza o disponibilità, ma tiene un comportamento, estrinsecato nel porre in essere attività effettive,

²⁵⁴ E continua: «L'inclusione di taluno nell'associazione non può dipendere solo dalla volontà di colui che all'associazione intende aderire, ma richiede anche quella di tutti gli altri associati o di coloro che li rappresentano». Cass. Pen., Sez. Un., 30 ottobre 2002, n. 22327, Carnevale, in *Guid. dir.*, fasc. 30, 2003, p. 60 ss. Sostanzialmente nello stesso senso, ma con accentuazione dei profili organizzatori, Cass. Pen., Sez. Un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Foro it.*, 2006, II, p. 86.

²⁵⁵ A.CORVI, *Paradigmi astratti e materiale probatorio nella recente giurisprudenza in tema di associazione mafiosa: il “caso Andreotti”*, in *Reati associativi, cit.*, p. 85 ss.

omogenee agli scopi del sodalizio, [...] tali da costituire un contributo concreto, sul piano causale all'esistenza e rafforzamento del sodalizio».²⁵⁶

Le vicende su riportate sono, tuttavia, soltanto esemplificative dell'attuale contesto interpretativo, oramai caratterizzato da continue ripartenze e arresti giurisprudenziali. Un'altro caso emblematico si è verificato nel 2011, laddove la Suprema Corte a distanza di pochi mesi ha adottato due nozioni di partecipazione in associazione mafiosa tra loro contrapposte; nella prima decisione si è ritenuto che la partecipazione «può 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 ed ampiezza tale da dimostrare l'adesione permanente e volontaria ad esso per ogni fine illecito»²⁵⁷, ritornando, quindi, alla punibilità per mera *affectio* psicologica; con la seconda – in cui figurava per imputato un esercente sanitario, estraneo all'organizzazione, accusato di aver prestato a titolo continuativo prestazioni mediche a favore di un capoclan – la Suprema Corte sembra, invece, preferire un modello causale puro di partecipazione, escludendo subito la configurabilità del favoreggiamento aggravato *ex art. 378*, comma II, c.p., o di un concorso “esterno” in associazione mafiosa, affermando che l'imputato con la sua condotta ha «procurato un importante

²⁵⁶ Cass. Pen., Sez. II, 28 dicembre 2004, n. 49691, Andreotti, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 600 ss. Il ragionamento seguito dalla Corte, da cui scaturì una pronuncia assolutoria – per intervenuta prescrizione fino al 1980 in relazione al reato di cui all'art. 416 c.p., mentre formula assolutoria piena, perché il fatto non sussiste, per il periodo compreso tra il 1980 e 1992 in relazione alla partecipazione *ex art. 416bis* c.p. – era proprio riferita all'assenza di concretezza del contributo contestato all'imputato; nel corso del processo, furono dimostrati i rapporti tra il Sen. Andreotti, l'On. Salvo Lima, Vito Ciancimino, i cugini Nino e Ignazio Salvo, e le vecchie famiglie palermitane (in particolare, Bontate), ma non nei termini di effettivi e concreti atti agevolatori, soprattutto in occasione della progettata eliminazione politica, poi tradottosi in omicidio, dell'On. Mattarella.

²⁵⁷ Cass. Pen., Sez. I, 7 giugno 2011, n. 26331, in *Dejure*.

aiuto diretto non ad un qualunque componente, ma al massimo esponente di vertice di Cosa Nostra, [...] garantendogli il mantenimento della sua capacità gestionale nella difficile situazione di latitanza, con correlativo vantaggio per l'intero sodalizio».²⁵⁸

Al di fuori dei casi sopracitati, la recente giurisprudenza²⁵⁹ di legittimità sembra con una certa frequenza allinearsi al principio di diritto formulato dalla Sezioni Unite nel 2005,²⁶⁰ le quali, accentuando l'attenzione sul profilo organizzatorio, indicano la condotta partecipativa come inserimento stabile nella struttura organizzativa, non in senso statico, bensì in senso dinamico e funzionalistico, con riguardo al ruolo assegnato e che si è vincolati a svolgere, affinché l'associazione raggiunga le finalità stabilite.

Concludendo, nonostante i requisiti di funzionalità e dinamicità arricchiscano il contenuto del concetto di partecipazione, cogliendo aspetti essenziali delle realtà criminali in forma associata, e, in particolare, il senso di «razionale funzionalità rispetto gli scopi»²⁶¹ perseguiti, è stato puntualmente rilevato come, di per sé, l'adozione di questi parametri rappresenti una sorta di rinuncia, da parte del giudicante, a pretendere la prova dell'esistenza di un nesso di causalità tra la condotta incriminata e l'ente, che da quel contributo risulta rafforzato; il richiamo a criteri e requisiti, non appartenenti al pensiero dommatico, ma alla ricerca socio-criminologica, dimostra l'intenzione

²⁵⁸ Cass. Pen., Sez. VI, 15 febbraio 2012, n. 5909, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 1302 ss.

²⁵⁹ Recentemente: Cass. Pen., Sez. V, 24 gennaio 2013, n. 3823, inedita; Cass. Pen. Sez. VI, 13 aprile 2012, Spitaleri, con nota di L. CIANFERONI, *La condotta di partecipazione in associazione criminale*, in *Arch. Pen.*, (www.archiviopenale.it) 2012, p. 1 ss; Cass. Pen., Sez. VI, 28 aprile 2011, n. 16563; Cass. Pen., Sez. I, 30 luglio 2010, Tallura, *cit.*; Cass. Pen., Sez. I, 11 gennaio 2008, Addante, *ivi*, 2008, p. 1173.

²⁶⁰ Cass. Pen., Sez. Un., 12 luglio 2005, Mannino, *cit.*

²⁶¹ S.ALEO, *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure associative delittuose*, Milano, 1999, p. 13-14, 26-28.

dell'interprete di rinvenire in ogni circostanza un *factum concludens*²⁶² utile per ritenere provata e configurata la fattispecie.²⁶³

7.2. Promozione, costituzione, organizzazione e direzione.

Accanto alla partecipazione semplice le disposizioni in esame annoverano forme di partecipazione convenzionalmente definite “qualificate”, di cui agli artt. 416, comma I e III, secondo cui «Quando tre o più persone si associano [omissis], coloro che promuovono o costituiscono od organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a sette anni. I capi soggiacciono alla stessa pena stabilita per i promotori», e 416bis, comma II, c.p., in base al quale «Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da nove a quattordici anni».

In realtà, nonostante l'attributo “qualificate”, queste condotte presentano un grave *deficit* sul piano della determinatezza; seppure non possa parlarsi in senso stretto di condotta “a forma aperta”, l'assenza di parametri ed indici normativi definitivi riserva alle condotte di cui sopra le stesse preoccupazioni già espresse per la partecipazione semplice. Sarà, pertanto, necessario vagliare il significato dei singoli istituti, i quali, considerando anche la diversità delle fattispecie in esame, presentano numerosi contatti ed affinità.²⁶⁴

²⁶² Di recente la Suprema Corte ha ritenuto che la frequentazione di soggetti affiliati al sodalizio mafioso per motivi di parentela, amicizia o lavoro, pur se non costituiscono elementi di per sé sintomatici dell'appartenenza alla consorte, possono essere utilizzati come riscontri indiziari *ex art.* 192, comma II, c.p.p., ove risultino abituali o reiterati. Così, Cass. Pen., Sez. VI, 12 giugno 2009, n. 24469, Bono, in *Riv. pen.*, 2010, p. 782.

²⁶³ A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 151.

²⁶⁴ A.CAVALIÈRE, *Associazione per delinquere*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale, Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, cit., p. 300 ss; ID, *Associazione di tipo mafioso*, *ivi*, p. 401.

Sicuramente la più controversa è la condotta di promozione. Storicamente, si considera promotore chi, senza necessariamente esservi partecipe,²⁶⁵ prende l'iniziativa per la creazione dell'associazione,²⁶⁶ portando a conoscenza dei terzi il programma criminoso per ottenerne l'adesione,²⁶⁷ e, con riguardo all'associazione di tipo mafioso, colui che si adopera per consentire al sodalizio l'acquisizione delle carica intimidatoria *ad hoc* necessaria.²⁶⁸ In ogni caso, la condotta può considerarsi punibile soltanto quando il sodalizio sia effettivamente venuto in essere in tutti gli elementi richiesti, e, se mafioso, quando sia compiutamente munito della forza intimidatrice di cui all'art 416*bis*, comma III, c.p.²⁶⁹

²⁶⁵ M.BOSCARELLI, *Associazione per delinquere*, cit. p.871; G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis*, cit., p. 27; G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit. p.63; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit. p. 487.

²⁶⁶ G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit. p. 37.

²⁶⁷ Cass. Pen., Sez. I, 22 Aprile 1985, Arslan, cit.

²⁶⁸ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit. p. 81. Nel senso di considerarlo non partecipe: G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis*, cit., p. 27; A.INGROIA, *Associazione di tipo mafioso*, cit., p. 143. Nel senso di ritenerlo, invece, partecipe: G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. p. 308 e 314. *Contra*: A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 156-157, secondo cui, sia per l'art. 416 che per l'art. 416*bis* c.p., è promotore colui che, essendo associato e, quindi, già partecipe, consegue (soltanto) l'effettiva partecipazione dei terzi.

²⁶⁹ G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis*, cit., p. 26; G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. p. 310; A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 157. *Contra*, G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit. p. 82-83, secondo cui, diversamente dall'associazione per delinquere, la promozione in associazione mafiosa consiste in un reato a consumazione anticipata, e, pertanto, punibile anche se non risultano realizzati tutti gli elementi previsti dalla fattispecie.

Il costituutore è colui che determina la nascita del sodalizio, senza necessariamente esserne partecipe, mediante il reclutamento del personale ed il reperimento dei mezzi materiali e finanziari da impiegare per le finalità programmate.²⁷⁰ La mancata previsione della figura del costituutore nell'associazione di tipo mafioso deriva dalla constatazione, peraltro connaturale, che la consorceria mafiosa deve necessariamente munirsi di un apparato intimidatorio che non può desumersi dalla nascita, ma soltanto mediante il ricorso a precedenti o concomitanti atti contrassegnati dall'impiego della minaccia o della violenza, anche tentata.²⁷¹

Nell'associazione per delinquere e di tipo mafioso, è organizzatore chi, già partecipe ma con mutevole autonomia decisionale, fornisce una struttura operativa al sodalizio attraverso la gestione proficua di mezzi e risorse già acquisite,²⁷² nonché stabilisce le regole occorrenti al funzionamento interno della consorceria.²⁷³

²⁷⁰ G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit. p. 37. Nel senso di ritenere che egli svolga, almeno inizialmente, l'attività di partecipe, A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 158.

²⁷¹ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit. p. 85; A.INGROIA, *Associazione di tipo mafioso*, loc. cit. G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit. p.82. *Contra*, G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis*, cit., p. 27, il quale ritiene che la condotta in esame sia assorbita dall'attività di promozione. Avalla entrambe le posizioni, G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. p. 290-292.

²⁷² G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. p. 311-313, il quale aggiunge alle funzioni sopradette la distribuzione di compiti ed incarichi ai singoli affiliati, nonché la responsabilità di garantire la sopravvivenza dell'organizzazione procurandone la diffusa impunità. Sostanzialmente nello stesso senso: A.INGROIA, *Associazione di tipo mafioso*, loc. cit.; G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis*, cit., p. 27.

²⁷³ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit. p. 84; A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 158.

L'ultima delle condotte qualificate è la direzione, la quale, nella figura del capo o di chi è gerarchicamente superiore, e necessariamente anche partecipe, riassume lo stabile esercizio di funzioni di iniziativa e d'indirizzo rispetto all'esecuzione dei delitti-scopo, nonché di comando e controllo sull'operato dei restanti partecipi.²⁷⁴

Tuttavia, come già anticipato, l'assenza, nelle fattispecie in esame, di criteri normativi volti a consentire una pacifica distinzione tra le condotte considerate, rende le definizioni appena riportate sensibilmente instabili; l'annullamento dell'utilità pratica di un'enunciazione dei contorni delle singole condotte è, peraltro, evidente, quando la determinazione sostanziale del fatto finisce col dipendere dalle contingenze processuali e probatorie, con dimenticata cura del principio di parità di trattamento.

Tutto ciò contribuisce nel rendere ancora più controverso il rapporto tra le condotte qualificate e la partecipazione semplice. Invero, mentre quelle opinioni che tendono a qualificare le fattispecie in esame come un unico reato plurisoggettivo a condotta plurima, finiscono per escludere, a fronte anche di trattamenti sanzionatori già cospicuamente alti, l'eventualità di un concorso di reati,²⁷⁵ le altre opinioni, che identificano, invece, le condotte delle fattispecie considerate in autonomi titoli di reato – pur conservando una dimensione plurisoggettiva – non escludono affatto, anzi, certificano l'evenienza di un

²⁷⁴ M.BOSCARELLI, *Associazione per delinquere*, loc. cit.; G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis, cit.*, p. 29; A.INGROIA, *Associazione di tipo mafioso*, loc. cit.; G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. p. 311. G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit. p. 83-84. A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 159.

²⁷⁵ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit. p.90-91,115. Nello stesso senso: G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. p. 290; G.DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, cit.,p. 408. Giunge alle stesse conclusioni, A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 139, seppure l'Autore ritiene di poter identificare le condotte qualificate in ipotesi circostanziate della partecipazione semplice, passibili di bilanciamento ex art. 69 c.p.

concorso di reati. Una prima opinione, più risalente nel tempo, partendo dall'assunto che le condotte qualificate di promozione, costituzione ed organizzazione fossero tra loro alternative e tali da non presupporre necessariamente una partecipazione interna all'ente, ammetteva un concorso formale di reati soltanto ove sussistesse una concorrente condotta partecipativa.²⁷⁶ Altra opinione più recente, invece, ritenendo che le condotte di promozione e costituzione non integrino una concorrente condotta partecipativa, ammette, in tal caso, un concorso materiale di reati, mentre ritiene plausibile un eventuale concorso formale soltanto tra condotta organizzativa e direttiva;²⁷⁷ in ultimo, aggiunge, considerando che l'organizzatore e il capo siano anche partecipi, la configurabilità, tra quest'ultime, di un concorso apparente di norme, risolvibile in favore delle prime, per mezzo di una qualificante specialità univoca.²⁷⁸

7.3. La fattispecie soggettiva.

L'analisi della condotta partecipativa si conclude con la rassegna sulla fattispecie soggettiva, che, con eguale dignità, concorre alla descrizione del fatto tipico dell'associazione per delinquere e di tipo mafioso, seppure le

²⁷⁶ M.BOSCARELLI, *Associazione per delinquere*, loc. cit.

²⁷⁷ G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis*, cit., p. 26-27

²⁷⁸ G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis*, cit., p. 28-30. Di diversa opinione è una recente giurisprudenza che risolve con il criterio della consunzione il concorso di condotte partecipative e condotte direttive od organizzative commesse in tempi diversi, ma in relazione al medesimo sodalizio; a parere della Suprema Corte, quest'ipotesi è risolvibile nell'assorbimento della condotta partecipativa in quella qualificata, ritenuta più grave, iscrivibile al paradigma del reato progressivo. Così, Cass. Pen., Sez. I, 17 luglio 2009, n. 29770, in *Riv. pen.*, 2010, p. 782.

rispettive elaborazioni rimangono condizionate dai giudizi maturati intorno alla fattispecie oggettiva.

Riguardo all'associazione per delinquere, è pacifico ritenere che il partecipe agisca con dolo generico al momento in cui presta la sua condotta, talché, con la coscienza di esserne insieme ad altri parte,²⁷⁹ si rappresenti e voglia prestare un contributo stabile alla vita dell'ente, e, inoltre, agisca con dolo specifico rispetto alle finalità illecite perseguite, non essendo necessario, per la punibilità del fatto, che queste si realizzino.²⁸⁰ Tali asserzioni sono valide sia per la partecipazione semplice, sia per le classi di partecipazione qualificata, le quali si differenziano dalla prima soltanto per la rappresentazione e la volizione del diverso contributo prestato.²⁸¹

²⁷⁹ Sul punto, A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 181, il quale aggiunge che la consapevolezza di sentirsi parte (la cosiddetta *affectio societatis*) non assorbe l'interiore atteggiamento di appartenenza subculturale, riportabile tutt'al più nell'area dei motivi, irrilevante sul piano della tipicità oggettiva e soggettiva.

²⁸⁰ G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit. p. 490. Per tutte, Cass. Pen., Sez. Un., 27 settembre 1995, n. 33748, Mannino, in *CED*, 202904, secondo cui il dolo del partecipe consiste «nella consapevolezza di far parte dell'associazione e nella volontà di contribuire a tenerla in vita ed a farle raggiungere gli obiettivi che si è prefissata». *Contra*: M.BOSCARELLI, *Associazione per delinquere*, cit. p. 859, il quale ritiene necessario soltanto il dolo generico del partecipe, dato dall'*affectio societatis*.

²⁸¹ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit. p. 97-98; A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 181-182. *Contra*: G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis*, cit., p. 41, il quale, partendo dall'assunto che il promotore ed il costituente non sono necessariamente partecipi, e riferendosi in particolare alla figura del promotore, ritiene che «la coscienza e volontà del fatto non si riferiranno alla contemporanea presenza di altri soggetti concorrenti con il promotore nella realizzazione del risultato, bensì alla creazione dell'ente, i cui soggetti abbiano in quanto membri dell'associazione, reciproca conoscenza della rispettiva partecipazione criminosa». Nel senso dell'Autore precedente, G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit. p. 65.

La fattispecie soggettiva dell'associazione di tipo mafioso ricalca a grandi linee il modello previsto per l'art. 416 c.p., integrato dalla presenza degli elementi *ex art. 416bis*, comma III, c.p. Mentre le finalità mafiose, non occorrendo che queste siano effettivamente raggiunte, sono comunemente oggetto del dolo specifico degli affiliati, la collocazione del metodo mafioso risente del diverso significato assegnato "all'avvalersi" delle circostanze ivi indicate.²⁸² Pertanto, coloro che sostengono la struttura mista della fattispecie, intesa come un concreto avvalersi di atti intimidatori, ritengono, altresì, che il dolo generico del partecipe sia contrassegnato dalla rappresentazione e dalla volizione di contribuire stabilmente alla vita dell'associazione mediante l'impiego, proprio od altrui, della violenza o minaccia, anche tentata;²⁸³ coloro che, invece, sostengono che sia sufficiente "l'intenzione di avvalersene", senza ritenere necessari concreti atti intimidatori, confinano il metodo mafioso tra gli estremi del dolo specifico degli associati.²⁸⁴

Pertinente alla fattispecie soggettiva è la vicenda dell'errore sull'illiceità degli scopi, e, parallelamente per l'art. 416*bis* c.p., sugli elementi caratterizzanti il tipo mafioso. In riferimento all'associazione per delinquere la dottrina prevalente ritiene che l'errore sia tale da escludere il dolo, e, quindi, la punibilità *ex art. 47*, comma I, c.p.²⁸⁵ Risulta più complessa, invece, la vicenda intorno all'errore sulla natura mafiosa del metodo impiegato e delle finalità perseguite, potendo prospettarsi l'applicazione anche dell'art. 116 c.p.

²⁸² G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit. p. 81.

²⁸³ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, loc. cit.; A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 182-183.

²⁸⁴ G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis*, cit., p. 40; G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. p. 297-299; A.INGROIA, *Associazione di tipo mafioso*, cit., p. 143; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit. p. 498.

²⁸⁵ V.PATALANO, *L'associazione per delinquere*, cit. p. 219 ss; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, loc. cit.

Nonostante siano da ritenersi, in via di principio, applicabili alle fattispecie associative di parte speciale le disposizioni generali del concorso di persone nel reato, con le limitazioni già in precedenza viste (v. 6.), è opinione condivisa ritenere non applicabile l'art. 116 c.p. al caso in questione, poiché la norma richiamata non può considerarsi estensione di un principio generale della plurisoggettività in quanto tale, ma una norma eccezionale; tuttavia, l'errore, pur se esclude il dolo e la punibilità per la partecipazione in associazione di tipo mafioso, non esclude la punibilità, sussistendone gli estremi, *ex* art. 416 c.p., in osservanza dell'art. 47, comma II, c.p., secondo cui «l'errore sul fatto che costituisce un determinato reato non esclude la punibilità per un reato diverso».²⁸⁶

8. La responsabilità penale per concorso nei delitti-scopo.

Una delle più controverse questioni, tale da impegnare per decenni la dottrina e la giurisprudenza italiana in un continuo flusso di contrapposte opinioni, è stata la delicatissima tematica circa la responsabilità penale dell'associato per concorso nei reati-fine. La vicenda, che in particolare, ha riguardato la possibile configurabilità della responsabilità penale per i delitti-scopo a titolo di concorso materiale per tutti gli associati, nonché a titolo di concorso morale per i vertici dell'organizzazione, costituisce un argomento che investe tutti i reati associativi, e non solo quelli presi in esame nel presente lavoro, finendo per coinvolgere temi di teoria generale del reato, e, in particolare, del concorso di persone.

²⁸⁶ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit. p. 100 ss; A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 183; G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit. p. 82-83, seppure l'Autore, giungendo alle medesime conclusioni, ritiene che l'esclusa applicabilità dell'art. 116 c.p. sia riconducibile all'assenza del nesso consequenziale, causale e psicologico, che, invece, la norma richiamata pretende, così come richiesto anche dalla Corte costituzionale con sent. 13 maggio 1965, n. 42.

La complessità dell'argomento è dovuta alla somma di più cause riconducibili non solo alle difficoltà di accertamento od al ruolo assunto dalla prova indiziaria, ma, soprattutto, alla presenza di due fattori: il primo concerne il piano giuridico-penale, in cui, alle fattispecie associative di parte speciale, già connotate da una forte anticipazione della soglia di punibilità, si aggiunge la sterilità dommatica del paradigma *ex art. 110 c.p.* – «Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti» – espressivo di un modello unitario della compartecipazione criminosa, tale da impedire una selezione differenziata dei contributi causalmente rilevanti rispetto al delitto commesso; il secondo, legittimato dal primo dei fattori considerati, consiste nell'orientamento interpretativo, risalente agli anni dell'emergenza terroristica, volto a far derivare dalla sola condotta partecipativa una responsabilità concorsuale di natura presuntiva per i delitti-scopo.²⁸⁷

Partendo da una dichiarazione di principio, l'ammissibilità di un meccanismo di imputazione artificiale della responsabilità penale su modello della *Pinkerton rule*, di provenienza statunitense, che riconosce a carico di ciascun affiliato, per il solo fatto di aver partecipato, una responsabilità concorsuale per ogni delitto-scopo oggetto del programma criminoso, è incompatibile con l'ordinamento giuridico italiano, *sub specie art. 27, comma I, Cost.*, in quanto genererebbe una responsabilità non solo oggettiva, ma anche per fatto altrui.²⁸⁸ Invero, la sovrapposibilità tra la condotta associativa e gli atti preparatori od esecutivi del programma criminoso – che a parere di alcuni autori è di per sé da escludere per via della clausola «per ciò solo»²⁸⁹ (v. 6.) – ha indotto in passato la giurisprudenza ad ipotizzare una pressoché automatica

²⁸⁷ A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 171.

²⁸⁸ G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit. p. 116 ss.

²⁸⁹ G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis*, cit. p. 19-21.

responsabilità per i delitti-scopo; detta in altri termini, la questione del concorso dell'affiliato nei reati-fine è collegata principalmente alla possibilità di ritenere, o meno, l'attività partecipativa sufficiente ad integrare gli estremi di una condotta concorsuale preparatoria ai delitti programmati e poi commessi. È intuibile che una risposta ad un interrogativo del genere può essere trovata soltanto partendo da una ricostruzione della fattispecie oggettiva e soggettiva della condotta associativa e dei singoli delitti-scopo contestati. Infatti, presupporre che l'attività di partecipe possa consistere in un valido antecedente causale al reato-fine, e che la struttura associativa, verso cui sono convogliate le condotte degli affiliati, sia stata in grado di incidere sulle modalità di realizzazione dei delitti programmati e poi commessi, non può ritenersi ammissibile, ma è necessario verificare se sussista per ognuno degli affiliati ritenuti responsabili la *suitas* dei fatti addebitati.²⁹⁰

Sul piano della fattispecie oggettiva si è correttamente affermato che «l'associato non partecipa alla condotta realizzatrice degli scopi, se ha fatto proseliti, se ha creato finanziamenti, se ha organizzato le competenze, se ha cercato armi, [perché] lo ha fatto per dare consistenza all'associazione-banda, per assicurarne l'efficienza e la pronta disponibilità»,²⁹¹ pertanto, per poter configurare una responsabilità penale del partecipe per concorso nei reati-fine è necessario che sussista un nesso di causalità validamente accertato tra la condotta rilevata e i reati suddetti, tale per cui la condotta associativa possa valere come contributo causalmente efficiente alla realizzazione dei reati-fine.²⁹² Al riguardo non sono da considerarsi completamente soddisfacenti il

²⁹⁰ A.CAVALIÈRE, *Associazione per delinquere*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale, Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, cit., p. 281 ss; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit. p. 38-39.

²⁹¹ E.GALLO, *Concorso di persone nel reato e reati associativi*, in AA.VV., *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, a cura di M. De Acutis e G. Palombarini, Padova, 1984. p. 129.

²⁹² G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. p. 181.

criterio di adeguatezza²⁹³ o il parametro condizionalistico puro, poiché, il primo, ove non correttamente impostato, subisce il rischio di essere assorbito nelle valutazioni discrezionali del giudice, il secondo, invece, soffre di un limite proprio del processo di eliminazione mentale (*condicio sine qua non*), consistente nel qualificare come antecedenti causali condotte che *ex post* possono risultare irrilevanti. A tal proposito, si è suggerito che l'accertamento del rapporto di causalità da un punto di vista naturalistico, possa essere integrato dal criterio condizionalistico rapportato, però, a leggi scientifiche, assumendo come parametro di riferimento anche l'aumento significativo del rischio, purché il delitto-scopo sia l'effetto del tipo di rischio che la condotta associativa ha prodotto.²⁹⁴

Sul piano della fattispecie soggettiva, premesso che in assenza dell'elemento psicologico emergerebbe, al tal riguardo, una responsabilità oggettiva e per fatto altrui, ma considerando anche l'elasticità ontologica del dolo concorsuale, è, altresì, indispensabile che, al comportamento causalmente rilevante ed efficiente, si accompagni la consapevolezza di aderire col proprio contributo al fatto collettivo, e di accettarne gli effetti.²⁹⁵

²⁹³ E.GALLO, *Concorso di persone nel reato e reati associativi*, cit. p. 123.

²⁹⁴ A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 173-174; sul punto anche, C.DE MAGLIE, *Teoria e prassi dei rapporti tra reati associativi e concorso di persone nei reati-fine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 924 ss.

²⁹⁵ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit. p. 167 ss. L'Autore ritiene di poter attribuire all'elemento soggettivo una funzione caratterizzante della responsabilità degli associati per i delitti scopo, finanche idonea ad assorbire ogni specificazione della fattispecie oggettiva; difatti, afferma che il fondamento della responsabilità penale per i reati-fine sia da rinvenire "nell'arricchimento" del dolo del partecipe, affinché sia maturata «l'acquisizione della conoscenza che quel tipo di reato, già genericamente prefigurato come oggetto del programma associativo, è stato, per così dire, posto in cantiere, concretamente, sul piano operativo», o meglio, «che il delitto abbia perduto l'indeterminatezza propria della fase di programmazione generica, per acquistare quella precisa identità, nel tempo e nello

L'atteggiamento assunto, invece, dalla giurisprudenza richiede talune precisazioni in base a ciascuno degli argomenti trattati. In riferimento al concorso materiale dei singoli partecipi ai delitti-scopo, la Suprema Corte si è saldamente ancorata ad un principio di diritto oramai acquisito, per cui «la sola appartenenza all'associazione od anche l'eventuale previsione del reato-fine sono di per sé inidonee a far ritenere responsabile come compartecipe il singolo associato rimasto estraneo all'ideazione ed all'esecuzione del reato-fine in mancanza di una prova sicura circa il suo volontario apporto causale alla commissione del fatto [...]; per la sussistenza del dolo di partecipazione non basta la semplice consapevolezza di concorrere all'altrui azione criminosa, ma occorre la volontà di contribuire con il proprio operato alla realizzazione del fatto».²⁹⁶ Da questo orientamento, la Suprema Corte²⁹⁷ si è, recentemente, in parte distaccata; infatti, ha ritenuto di dover distinguere dai reati-fine in senso proprio, sui quali mantiene il rigore della posizione precedentemente declinata, i reati “strumentali” (noti come reati-mezzo), connaturati all'attuazione del programma criminoso, per i quali ritiene sufficiente la mera *affectio societatis*, ovvero la semplice adesione alla predisposizione comune di mezzi necessari

spazio [...] capace di essere oggetto di rappresentazioni psichiche altrettanto concrete e non ipotetiche». *Contra* l'opinione ora riportata: G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit. p. 118; A.CAVALIERS, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 175.

²⁹⁶ Cass. Pen., Sez. I, 31 maggio 1985, Pecchia, in *Cass. pen.* 1986, p. 696 ss. In questo senso anche: Cass. Pen., Sez. I, 18 febbraio 1998, Nikolic, *ivi*, 1999, p. 846; Cass. Pen., Sez. I, 9 febbraio 2006, n. 5075, in *CED*, 233256. Va, peraltro, ribadito che la Suprema Corte ritiene, comunque, ammissibile che gli elementi probatori a carico di singoli soggetti in ordine ai reati-fine possano fungere da elementi indiziari nell'accertamento del vincolo associativo. Così, Cass. Pen., Sez. II, 13 luglio 1999, Amaro, in *Guid. dir.*, fasc. 38, 1999, p. 108.

²⁹⁷ Cass. Pen., Sez. II, 18 agosto 2007, Batacchi, in *Riv. pen.* 2008, p. 686.

per l'attuazione del programma, annoverando tra questi, anche, i reati strumentali.

Tuttavia, l'ipotesi di concorso nei reati-fine maggiormente controversa, e che ha visto più volte la giurisprudenza contraddirsi, ha interessato la configurabilità di un concorso morale, *sub specie* determinazione ed istigazione, da parte degli affiliati con funzioni di comando e di indirizzo – di norma, organizzatori e capi, ma possono considerarsi coinvolti tutti coloro che, ad ogni titolo, occupano una posizione di supremazia gerarchica all'interno del sodalizio – per i delitti scopo commessi materialmente da altri associati.

È evidente che la qualificazione di una responsabilità penale in forza del mero *status* assunto risponda a pratiche giudiziali improntate ad una logica emergenziale, condizionate dal contesto storico e politico, ed asservite alle funzioni repressive verso il nemico, di volta in volta, emerso.²⁹⁸ Così, in tema di associazione sovversiva – il caso di specie riguardava gravissimi episodi delittuosi commessi da soggetti affiliati alle squadre di liberazione alto-atesine – la Suprema Corte, in una pronuncia poi divenuta storica, disattendendo la decisione dei giudici di merito diretta a riconoscere una responsabilità penale in capo ai vertici quali mandanti dei delitti di strage e tentato omicidio commessi da altri affiliati, ha ritenuto di escludere l'ammissibilità di una "responsabilità da posizione", in quanto il mero *status* di superiorità gerarchica all'interno dell'ente «non autorizza, di per sé sola, la presunzione che tutto quanto compiuto dalle squadre di azione sia stato ordinato dai capi, ma occorre la prova positiva dello specifico mandato emesso volta per volta».²⁹⁹

Lo stesso principio di diritto è stato confermato in occasione di un altro procedimento avente per oggetto delitti commessi da associazione terroristiche; il caso – riguardante l'omicidio del Commissario di Polizia Luigi

²⁹⁸ C.CANZIO, *Responsabilità dei partecipi nei singoli reati-fine: l'evoluzione giurisprudenziale negli anni 1970-1995*, cit., p. 3165 ss.

²⁹⁹ Cass. Pen., Sez. Un., 18 marzo 1970, Kofler, in *Foro it.*, 1971, II, p. 384.

Calabresi, avvenuto nel maggio del 1972, in cui figuravano come imputati Marino, Sofri, Pietrostefani e Bompressi – fu risolto dai giudici di merito nel senso di riconoscere la riferibilità diretta dell'omicidio ai membri dell'organo di vertice che avevano autorizzato l'esecuzione, in forza della struttura fortemente verticistica e gerarchica di "Lotta continua". La Suprema Corte, con biasimo per l'errore di diritto commesso dai giudici di merito, ribaltò la sentenza, denunciando una violazione del principio costituzionale di personalità della responsabilità penale, nonché di disciplina dell'onere probatorio, e riscontrando un'illogicità della motivazione in quanto mossa «non da una consolidata regola di esperienza, ma da un parametro di tipo congetturale, per il quale il dirigente o l'organizzatore di un'associazione non può non essere consapevole e partecipe, quanto meno moralmente, del reato fine riferibile all'associazione stessa».³⁰⁰

L'orientamento, dommaticamente ineccepibile, assunto dalla Suprema Corte nei procedimenti contro cellule e colonne terroristiche, ed in generale per le associazione a delinquere *ex art. 416 c.p.*,³⁰¹ fu, invece palesemente

³⁰⁰ Cass. Pen., Sez. Un., 21 ottobre 1992, Marino e Bompressi, in *Foro it.*, 1993, II, p. 209 ss. Recentemente in questo senso, Cass. Pen., Sez. VI, 8 ottobre 2007, n. 31115, in *CED*, 237291.

³⁰¹ Contrari all'ammissibilità di una responsabilità penale "di posizione" in capo ai vertici di sodalizi criminali comuni: Cass. Pen., Sez. VI, 28 marzo 2003, in *CED*, 226278, secondo cui «dei delitti-fine rispondono soltanto coloro che materialmente o moralmente hanno dato un effettivo contributo, causalmente rilevante, volontario e consapevole all'attuazione della singola condotta criminosa alla stregua dei comuni principi in tema di concorso di persone nel reato, essendo teoricamente esclusa dall'ordinamento vigente la configurazione di qualsiasi anomala responsabilità di posizione o da riscontro ambientale»; Cass. Pen., Sez. VI, 21 ottobre 2005, P.G. in Dervishi, in *Guid. dir.*, fasc. 18, p. 98; Cass. Pen., Sez. VI, 29 novembre 2007, Quagliariello, *ivi*, fasc. 9, p. 69; Cass. Pen., Sez. VI, 28 settembre 2007, Vicorito, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2462; Cass. Pen., Sez. VI, 21 gennaio 2008, Saltalamacchia, in *Riv. pen.*, 2008, p. 7595.

disatteso nei procedimenti contro la criminalità mafiosa, e, in particolare, per Cosa Nostra.³⁰² Le ragioni che spiegano la diversità di orientamento sono perlopiù riconducibili alle particolarità della struttura organizzativa mafiosa, unitaria e verticistica, emersa nei primi maxiprocessi, in cui spicca la supremazia gerarchica della “commissione provinciale”, o “cupola”: un organismo collegiale deputato all’esercizio accentrato di funzioni di comando, di indirizzo, e di controllo, dal cui esercizio era riscontrabile, a parere del giudicante, una riferibilità diretta per taluni delitti-scopo³⁰³ (delitti del “terzo

³⁰² In questi casi l’atteggiamento della Corte di Cassazione non è stato di certo coerente; anzi, tra le vicende giudiziarie relative al fenomeno mafioso, può desumersi la differente considerazione manifestata verso le “famiglie” palermitane – ritenute la vera Cosa Nostra – rispetto alle altre consorterie qualificabili come mafiose *ex art. 416bis c.p.* Ciò, peraltro, è confermato, quando in una pronuncia – a proposito della famiglia catanese dei Puntina – coeva alla conferma in Cassazione del primo maxiprocesso, la Suprema Corte ha stabilito che «la prova della partecipazione ad associazione per delinquere è del tutto insufficiente, da sola considerata, per costituire prova della responsabilità dei singoli componenti nella realizzazione dei reati [oggetto del] programma criminoso, [...] con esclusione di criteri approssimativi e non legalitari, quali la mera preventiva conoscenza dell’azione criminosa che altri componenti del gruppo hanno ideato, organizzato e realizzato. [Quindi], non trova utile e legittima collocazione il “riscontro d’ambiente”». Così, Cass. Pen., Sez. I, 1 aprile 1992, Bruno, in *Giur. it.*, 1993, p. 198.

³⁰³ Cfr. A.CORVI, *Regole di esperienza e prova del concorso dei vertici dell’associazione mafiosa nei delitti commessi dagli altri associati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 782 ss; G.MELILLO, *Sulla responsabilità dei singoli componenti della “cupola” di “Cosa Nostra” per i delitti decisi dall’organismo di vertice*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 975 ss; F.ARGIRÒ, *La responsabilità dei capi-clan per i reati-fine commessi dagli associati: tra regole di esperienza e criteri di imputazione oggettiva*, *ivi*, 2008, p. 1189 ss. L’Autore immediatamente ravvisa alcune circostanze che costantemente connotano queste vicende giudiziarie: in primo luogo, il mezzo di prova comunemente impiegato in codesti procedimenti è la chiamata in correità, o, se il fatto è commesso da altri, la testimonianza *de relato*, per bocca di soggetti che, di norma, godono dello *status* di collaboratore di giustizia; in secondo luogo, la prova del concorso nei reati-fine viene normalmente desunta da elementi indiziari soggetti al sindacato giudiziale *ex art. 192, comma II, c.p.p.*; infine è

livello”), caratterizzati da un’eccezionale importanza strategica per le cosche mafiose, tali da rientrare – secondo il “teorema Buscetta” – nella competenza funzionale esclusiva della cupola.³⁰⁴ Tuttavia, l’accertamento di una riferibilità diretta, a titolo di concorso morale, ai componenti della “cupola” richiede la ricostruzione di due interconnesse fasi: la prima concerne la verificabilità, non sottintesa, di una procedura interna al sodalizio, per la quale l’esecuzione di certe categorie di delitti è subordinata al preventivo *consensus*, obbligatorio e vincolante, dell’organo collegiale di vertice; la seconda, invece, interessa l’accertamento del ruolo, e la relativa condotta, di ciascun componente in seno alla “cupola”. Gli orientamenti assunti dalla Suprema Corte, nell’occasione di pronunciarsi sulle risultanze investigative e giudiziali dei maxiprocessi in Sicilia, si sono basati sull’effettiva esistenza ed applicazione di codesta procedura, e sulla necessità che tutti i componenti della “commissione provinciale” autonomamente prestassero il proprio consenso all’esecuzione del “delitto eccellente”; invero, si è affermato che la vincolatività del procedimento e la riferibilità non settoriale, bensì generale, e per ogni membro, dell’interesse all’esecuzione del delitto-fine, fossero elementi sufficienti a dimostrare gli estremi del consenso penalmente rilevante. A tal proposito, i supremi giudici hanno finanche ritenuto di ammettere un “consenso tacitamente espresso”, dato che «l’approvazione, sia pure non manifestata espressamente, ma chiaramente percepibile, di una iniziativa altrui, da parte di chi, per compito autoassegnatosi, esercita il potere-dovere di esaminarla e di deliberarne il contenuto rispetto agli interessi rappresentati, di interdirne eventualmente l’attuazione, anche con l’imposizione di sanzioni in caso di disobbedienza, tale consenso non si sottrae alla categoria degli atti

ritenuta non rilevante la circostanza che, al momento della condotta incriminata, l’imputato fosse in stato di detenzione.

³⁰⁴ Per tutte, Cass. Pen., Sez. I, 30 gennaio 1992, Abbate, *cit.*

concorsuali, nelle forme specifiche della istigazione o soltanto del rafforzamento dell'altrui determinazione volitiva».³⁰⁵

In realtà, con questa presa di posizione, nonostante le precauzioni assunte, la Suprema Corte ha finito per riconoscere una responsabilità in ordine alla sola posizione occupata in seno all'organo di vertice, con l'effetto, sicuramente allarmante, di configurare una responsabilità penale presunta, ed oggettivamente imputata sulla base di un contributo la cui rilevanza presenta unicamente gli estremi della causalità psichica.³⁰⁶

Ad ogni modo, va riportato che è stata la stessa Suprema Corte a ritornare sui suoi passi, da un lato, cercando di assorbire le esperienze dei maxiprocessi, dall'altro, tentando, non sempre con successo, di superare le maggiori criticità dei parametri adottati. Così, in ordine alla prima delle fasi di accertamento, la Corte ha precisato che, per poter ritenere penalmente responsabile taluno dei vertici dell'organizzazione, fosse necessario, in ogni caso, verificare l'attuazione dell'anzidetto metodo, poiché «la mafia [...] adatta le sue regole e la loro applicazione allo svolgersi degli avvenimenti ed in ragione delle esigenze che si prospettano nel tempo, [ancorché] ogni regola

³⁰⁵ Cass. Pen., Sez. I, 30 gennaio 1992, Abbate, *cit.* Così, in tema di impugnazioni *de libertate*, per la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, anche: Cass. Pen., Sez. I, 28 dicembre 1993, Brusca, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1504; Cass. Pen., Sez. II, 1 dicembre 1994, Graviano, in *Giur. it.*, 1995, p. 671. Con quest'ultima pronuncia, emessa nel corso del procedimento penale relativa alla strage di Capaci, fu, tra l'altro, esclusa l'applicabilità della scriminante dello stato di necessità *ex art. 54, comma III, c.p.*, prospettata dal pericolo di minacce e ritorsioni nel caso di dissenso rispetto alle proposte del vertice; a parere della Suprema Corte, l'accettazione del ruolo direttivo svolto da parte di ciascun componente della "cupola" implica, altresì, l'accettazione delle procedure interne di deliberazione, la quale può ritenersi esclusa soltanto in presenza di un atto di concreta dissociazione.

³⁰⁶ Cfr. il pregevole lavoro di L.RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, *passim*.

può essere applicata o disapplicata».³⁰⁷ Pertanto, dovendo verificare che la procedura sia stata correttamente espletata, l'elemento indiziario costituito dalla qualifica di componente dell'organo di vertice non è sufficiente a dimostrare un potere deliberativo sul reato-fine, se la collegialità della decisione difetta a causa della supremazia esercitata da un altro componente o da un'altra fazione in seno alla "cupola".³⁰⁸ In merito alla seconda fase dell'accertamento, o, meglio, alla posizione assunta da ogni componente in seno alla "cupola", ed al significato da attribuire alle diverse manifestazioni di volontà, la Corte, distaccandosi dalla nozione di consenso tacito prima descritta, ha, di volta in volta, adottato alcuni accorgimenti; mentre in taluni casi si è limitata a pretendere che il consenso fosse accompagnato almeno da un interesse specifico alla realizzazione del delitto scopo,³⁰⁹ in altre, e successive pronunce, sembra preferire una maggiore consistenza del consenso espresso, richiedendo l'attualità³¹⁰ e l'univocità³¹¹ dello stesso, seppure anche in forma tacita.³¹²

³⁰⁷ Cass. Pen., Sez. VI, 27 aprile 2001, Riina, in *Foro it.*, 2001, II, p. 359.

³⁰⁸ Cass. Pen., Sez. VI, 27 aprile 2001, Riina, *cit.*; Cass. Pen., Sez. I, 30 novembre 1995, Greco, *ivi*, 1996, II, p. 586. Sulla necessità che, per la fondatezza dell'addebito, siano da ricercare altri elementi indiziari, Cass. Pen., Sez. I, 31 gennaio 2007, Virga, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1908.

³⁰⁹ Cass. Pen., Sez. V, 14 novembre 1992, Madonia, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1497.

³¹⁰ Cass. Pen., Sez. I, 18 marzo 2004, n. 13349, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2583. Così anche, Cass. Pen., Sez. I, 6 aprile 2006, Geraci, in *Riv. pen.*, 2006, p. 320.

³¹¹ Cass. Pen., Sez. VI, 12 febbraio 2006, Aglieri, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1338 ss. In precedenza anche Cass. Pen., Sez. Un., 24 novembre 2003, Andreotti, in *Cass. pen.*, 2004, p. 811.

³¹² Cass. Pen., Sez. I, 2 dicembre 2003, Riina, in *Foro it.*, 2004, II, p. 415, secondo cui il consenso tacito si esprime «in comportamenti tali, dai quali possa dedursi con certezza che il componente della Commissione informato della deliberazione, anche se non ha espresso

Le conclusioni da trarre sull'argomento, brevemente riassunto, non possono non iniziare dal condizionamento socio-criminologico esercitato sull'applicazione ed interpretazione giudiziale degli istituti in esame. Se può considerarsi oramai acquisita, alla luce di accertamenti divenuti verità giudiziaria, la struttura unitaria e verticistica delle consorterie mafiose, almeno con riguardo alla cosiddetta "mafia storica", non è certamente opportuno, né pacifico, che il retaggio di precedenti valutazioni vada ad escludere ogni approfondimento ulteriore sulla dinamicità interna alle organizzazioni criminali. La comprensione del funzionamento di una struttura organizzativa è senza dubbio utile all'accertamento di responsabilità penali tanto in ordine al fatto associativo, quanto ad eventuali responsabilità per i delitti scopo, tuttavia, una regola di funzionamento, anche se di confermato utilizzo, non può considerarsi presunta e valida per ogni sodalizio, prescindendo dallo spirito tendenzialmente conservatore delle consorterie mafiose intorno alle proprie recondite ritualità. I meccanismi interni, le procedure di votazione, le maggioranze previste, finanche le materie di competenza, non possono non valere che come massime di esperienza, da inquadrare tra le prove "critiche" (o indiziarie), e, per questo, soggette alla valutazione giudiziale in base ai criteri di gravità, precisione e concordanza *ex art. 192, comma II, c.p.p.*³¹³ Invero, nonostante la più recente giurisprudenza³¹⁴ abbia ritenuto ammissibile l'utilità delle massime di esperienza ai fini della descrizione della relazione causale tra condotta ed evento, esse conservano, per proprietà ontologica, una naturale

formalmente la propria opinione, ha fatto comprendere che era favorevole all'approvazione della proposta, o, comunque, che non vi si sarebbe opposto».

³¹³ F.ARGIRÒ, *La responsabilità dei capi-clan per i reati-fine commessi dagli associati: tra regole di esperienza e criteri di imputazione oggettiva*, cit. p. 1196.

³¹⁴ Cass. Pen., Sez. Un., 11 settembre 2002, Franzese, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1132 ss. In tema di partecipazione e concorso "esterno" in associazione di tipo mafioso, Cass. Pen., Sez. Un., 12 luglio 2005, Mannino, cit.

elasticità, tipica dell'*id quod plerumque accidit*; quindi, affinché la decisione giudiziale realizzi il preteso «alto grado di credibilità razionale», è necessario farne un uso parsimonioso e prudente.³¹⁵

Le medesime considerazioni vanno estese alla consistenza dommatica del consenso penalmente rilevante. I costrutti giurisprudenziali sviluppati intorno al consenso del capo-clan o dei componenti dell'organo di vertice, per lo più caratterizzati dall'intenzione di individuare indici fattuali rilevatori di un consenso, anche tacito,³¹⁶ apprezzabile come contributo al fatto collettivo,³¹⁷ e sui quali si sono basati gli addebiti di responsabilità penali a titolo di concorso morale – *sub specie* istigazione, determinazione od anche mera agevolazione – presentano, poi, una evidente frizione con i principi di materialità e personalità della responsabilità penale; difatti, profittando dei vuoti dommatici della compartecipazione criminosa *ex art. 110 c.p.*, si è finito per legittimare il ricorso a forme di causalità psichica,³¹⁸ il cui accertamento sarebbe, in

³¹⁵ A.CORVI, *Regole di esperienza e prova del concorso dei vertici dell'associazione mafiosa nei delitti commessi dagli altri associati*, *cit.* p. 791.

³¹⁶ In particolare sul consenso tacito in relazione ai casi di responsabilità penale concorsuale omissiva impropria, A.CORVI, *Paradigmi astratti e materiale probatorio nella recente giurisprudenza in tema di associazione mafiosa: il "caso Andreotti"*, in *Reati associativi*, *cit.*, p. 99-101.

³¹⁷ G.TULUMELLO, *Il giudice e lo storico: la responsabilità dell'associato per i reati scopo fra dimensione penale-sostanziale e regole del ragionamento probatorio*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2508 ss.

³¹⁸ A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, *cit.*, p. 175 ss. L'autore, oltre a richiamare la necessità che la condotta del capoclan integri almeno gli estremi dell'aumento di rischio che il deciso delitto-fine sia portato ad esecuzione, ritiene, altresì, indispensabile che dal consenso prestato emerga che il soggetto avesse una conoscenza piena dei misfatti da altri commessi, se non altro nei loro tratti essenziali, poiché solo attraverso quest'ultimo accertamento può stabilirsi che il delitto-fine sia l'effetto del tipo di rischio creato da chi ne ha autorizzato l'esecuzione.

definitiva, rimesso a valutazioni *ex ante*, fondate su massime di esperienza di dubbia fondatezza, e sostanzialmente di rinvio al “non poteva non sapere”.

9. La permanenza del reato. Il problema della cessazione dell'*actio sceleris*.

La partecipazione in associazione per delinquere e di tipo mafioso, in quanto fattispecie associativa, si ritiene perfezionata nel momento in cui la *societas sceleris* è compiutamente costituita in tutti i suoi elementi essenziali (v. 5., 6., 7.) – per l'associazione *ex art. 416bis* c.p., se si aderisce alla concezione mista della fattispecie, ed alla necessità della commissione di esteriori atti intimidatori, la fattispecie potrà ritenersi perfezionata soltanto quando gli affiliati si avvalgono, in concreto, della forza intimidatoria del vincolo associativo³¹⁹ – o, nel caso d'ingresso di nuovi associati, quando questi assumono la qualità di partecipi (v.7.1.), rientrando, per il lasso di tempo in cui il sodalizio esista e operi per la messa in atto del programma criminoso, nel genere delle fattispecie incriminatrici necessariamente permanenti.³²⁰

Lo stato di permanenza – intesa come il protrarsi nel tempo della consumazione del reato – e, in particolare, la cessazione della medesima, con riguardo alle norme in esame, si esprime in due profili³²¹: oggettivo, rispetto

³¹⁹ V. 5.1.

³²⁰ M.IACOVIELLO, *L'organizzazione criminogena*, cit. p. 580; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale*, cit. p. 490; G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit. p. 56-57, 87; M.BOSCARELLI, *Associazione per delinquere*, cit. p. 868; Cass. Pen., Sez. IV, 30 settembre 2005, Mercado Vasquez, in *Riv. pen.*, 2006, p. 839. Nel senso di permanenza anche come capacità a perdurare lo stato di offesa al bene giuridico, G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis*, cit., p. 20, 25-26. In giurisprudenza, per tutte, Cass. Pen., Sez. Un., 12 luglio 2005, Mannino, cit.

³²¹ G.B.TONA, *I reati associativi e di contiguità*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale. Parte Speciale*, cit., p. 1114 ss.

alla struttura organizzativa; soggettivo, in ordine alla sussistenza del vincolo associativo in capo a ciascun affiliato.

Rispetto alla permanenza oggettiva, è opinione prevalente che la permanenza si esaurisca con lo scioglimento dell'associazione o con la riduzione degli associati in un numero inferiore al minimo legale *ex artt.* 416 e 416*bis* c.p.; per l'associazione di tipo mafioso, la difficoltà di conoscere il momento in cui il sodalizio cessi di operare, ha spostato l'analisi, invece, sul profilo soggettivo delle cause di cessazione della permanenza.³²² A tal proposito, sotto l'aspetto intertemporale, nel rapporto tra associazione per delinquere e di tipo mafioso, vanno prospettate due ipotesi: se il sodalizio, pur se munito della carica intimidatoria, abbia cessato di operare, oppure dismesso l'impiego del metodo mafioso, prima dell'entrata in vigore della legge Rognoni-La Torre – 29 settembre 1982 – sarà contestabile, in base all'art. 2, comma I, c.p., unicamente il fatto *ex art.* 416 c.p.; viceversa, se il sodalizio, già dotato di un proprio apparato intimidatorio prima dell'anzidetto tempo, perduri nell'avvalersene e nel perseguire le finalità programmate, il fatto sarà punito *ex art.* 416*bis* c.p., limitatamente alle condotte successive all'entrata in vigore della 646/1982, senza la possibilità di ammettere un concorso di reati tra le condotte commesse prima³²³ e quelle successive l'introduzione dell'art. 416*bis* c.p., trattandosi di un unico reato permanente.³²⁴

³²² G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. p. 316

³²³ Le condotte precedenti, anche se non punibili, potranno essere, ad ogni modo, utilizzate, per finalità probatorie, nell'accertamento del carattere mafioso o meno del sodalizio. Così, Cass. Pen., Sez. I, 15 marzo 1985, Mancuso, in *Riv. pen.*, 1998, p. 1113.

³²⁴ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit. p. 115-116; G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. p. 319 ss. In senso critico, C.PACETTI, *Associazione a delinquere proseguita come associazione di tipo mafioso: Regime Normativo*, nota a Cass. Pen., Sez., I, 29 settembre 2010, Lo Sicco, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3415 ss.

Sotto il profilo soggettivo, lo stato di permanenza della partecipazione può ritenersi interrotta in due casi: nell'ipotesi di recesso volontario dell'associato, o comunque di allontanamento, purché, dallo stato dei fatti, emerga che ogni legame tra l'ente e il sodale sia stato definitivamente «spezzato»³²⁵; oppure, nell'ipotesi di un provvedimento coercitivo, quali la detenzione in carcere, gli arresti domiciliari, e il ricovero in luogo di cura, salvo non si dimostri che, nonostante la privazione della libertà personale, sia continuata la permanenza del soggetto nella congrega criminosa.³²⁶

Ad ogni buon conto, la giurisprudenza è pacifica nel ritenere che la permanenza e i rispettivi effetti si presumono *ope legis* cessati in presenza di una sentenza di condanna, anche non irrevocabile, con l'avviso che, ove sia dimostrata, comunque, la continuazione della condotta partecipativa, questa costituisca un autonomo e diverso reato.³²⁷

10. Forme di manifestazione del reato.

10.1. La controversa ammissibilità del tentativo.

³²⁵ Cass. Pen., Sez. II, 28 dicembre 2004, n. 49691, Andreotti, *cit.*; Cass. Pen., Sez. I, 5 luglio 1994, n. 3319, Bontempo Scavo, in *CED*, 199274. Cfr. G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, *cit.* p. 117.

³²⁶ Cass. Pen., Sez. II, 5 agosto 1994, Gallea, in *Riv. pen.*, 1996, p. 226.

³²⁷ Così anche, G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, *loc. cit.* Per tutte, Cass. Pen., Sez. II, 14 marzo 1997, Maranto, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2344. A tal proposito, la prevalente giurisprudenza distingue due ordini di casi: se la contestazione è “aperta” – quando nella richiesta di rinvio a giudizio, descrivendo il fatto contestato, non è individuato il termine finale entro cui la condotta si ritiene commessa – la permanenza cessa con la sentenza di primo grado; invece, se la contestazione è “chiusa” la permanenza cessa con la data della contestazione (*i.e.* la data del rinvio a giudizio).

La questione dell'ammissibilità del tentativo *ex art.* 56 c.p. nei reati di associazione per delinquere e di tipo mafioso costituisce *prima facie* una questione soltanto teorica, ma con importanti riflessi che investono l'intera struttura dogmatica dei reati associativi. La povertà dei requisiti richiesti per la consumazione del reato, almeno per l'associazione *ex art.* 416 c.p., e la nota funzione di anticipazione della tutela penale in generale ascrivibile ai reati associativi, sono le ragioni che più di tutte appaiono ostative all'ammissibilità del tentativo; così, se da un lato, si afferma che il tentativo, in quanto istituto di parte generale, è di norma ammissibile per tutte le fattispecie incriminatrici di parte speciale – e, quindi, anche per i reati associativi³²⁸ – ad eccezione di quelle ontologicamente incompatibili,³²⁹ dall'altro, emergono le specifiche caratteristiche delle fattispecie associative in questo lavoro esaminate.

Invero, la Suprema Corte, in una delle rare pronunce in materia, con riferimento all'associazione per delinquere, aveva stabilito la non configurabilità del tentativo, poiché gli eventuali atti diretti alla formazione del sodalizio o sono meramente preparatori, e, quindi, estranei alla sfera giuridico-penale, oppure, essendo già idonei ed univoci alla costituzione del sodalizio, determinano la completa realizzazione della fattispecie.³³⁰ Le stesse considerazioni sono state estese anche all'associazione di tipo mafioso; la tenuta di atti diretti in modo non equivoco a consentire che il sodalizio acquisti la carica intimidatoria richiesta dall'art. 416*bis*, comma III, c.p., o non

³²⁸ M.BOSCARELLI, *Associazione per delinquere*, cit. p. 871.

³²⁹ Il rinvio corre ai delitti di attentato previsti nel codice penale, verso i quali non è da ritenersi ammissibile il tentativo, poiché le fattispecie di attentato incriminano condotte antecedenti al tentativo punibile *ex art.* 56 c.p.

³³⁰ Cass. Pen., Sez. I, 7 luglio 1989, Romano, in *Cass. pen.*, 1991, p. 550. La Corte pone come ulteriori argomentazioni ostativa all'ammissibilità del tentativo anche la natura di pericolo della fattispecie esaminata. Nello stesso senso, G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit. p. 87.

sono idonei, ed allora si esula dall'art. 56 c.p., salvo che non si giudichi costituita un'associazione per delinquere semplice, oppure sono idonei e, pertanto, sufficienti a ritenere consumata la fattispecie, considerando, tra l'altro, che l'univocità della direzione e l'idoneità a costituire un sodalizio mafioso possono essere valutati soltanto *a posteriori*, cioè solamente dopo che l'ente si sia già dotato della forza intimidatrice penalmente rilevante.³³¹

L'inammissibilità del tentativo per le condotte antecedenti alla costituzione del sodalizio, o ad essa inidoneamente dirette, ha consentito, invece, di riconoscere il tentativo di partecipazione in associazioni già costituite ed attive;³³² infatti, si è opinato che, essendo l'atto di associazione uno schema bilaterale (o complesso), e, a parere di questa dottrina (v. 7.1.), subordinato all'accettazione dell'iniziato tra gli altri sodali, è astrattamente configurabile un tentativo di partecipazione quando, al contributo causalmente apprezzabile del neofita, non segua il suo ingresso all'interno della compagine organizzativa del sodalizio.³³³

³³¹ G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. p. 117 e 310. Così anche, G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis, cit.*, p. 26. In questo senso, ma limitatamente all'attività di promozione, G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit. p. 132; l'Autore, in tal caso, esclude l'ammissibilità del tentativo perché considera la condotta di promozione in associazione mafiosa una fattispecie a consumazione anticipata, punibile anche se il sodalizio non abbia acquisito il carattere mafioso previsto.

³³² Cass. Pen., Sez. I, 9 novembre 1987, Montenegro, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1988. *Contra*, M.BOSCARELLI, *Associazione per delinquere, loc. cit.*, il quale ritiene, invece, ammissibile il tentativo di partecipazione anche prima che sia costituito il sodalizio.

³³³ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit. p. 133. Sostanzialmente nello stesso senso, G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. p. 299. *Contra*, G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis, cit.*, p. 32. In una posizione sostanzialmente autonoma, A.CAVALIÈRE, *Associazione di tipo mafioso*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale, Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, cit., p. 486, il quale, invece, unicamente all'associazione di tipo mafioso, ammette il tentativo non nella condotta partecipativa, bensì nel

10.2. Le circostanze.

Le fattispecie in esame presentano un corredo proprio di circostanze aggravanti, dalle quali emerge, fuori da ogni dubbio, l'intenzione del legislatore di avvalersi anche delle forme (eventuali) di manifestazione del reato, al fine di fornire una tutela penale completa del bene protetto, ma, guardando il regime edittale previsto, si può osservare l'indole repressiva sottostante alle scelte di politica criminale.³³⁴

L'art. 416 c.p. prevede due circostanze aggravanti:³³⁵ la prima, riesumando un formato normativo risalente agli anni della repressione del

commissione degli atti d'intimidazione propri del metodo mafioso, allorché già sussistano i requisiti dell'associazione. In giurisprudenza, a tal proposito, è stata finanche riconosciuta l'ammissibilità della desistenza *ex art.* 56, comma III, c.p., purché sia volontaria, non anche spontanea, essendo irrilevanti le motivazioni di ordine morale. Così, Cass. Pen., Sez. I, 16 giugno 1992, Altadonna, in *Giust. pen.*, 1993, c. 36.

³³⁴ A.CAVALIÈRE, *Associazione per delinquere*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale, Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, cit., p 318 ss. ID, *Associazione di tipo mafioso*, *ivi*, p. 455.

³³⁵ A queste, recentemente, sono state aggiunte altre due circostanze aggravanti: la prima, introdotta con l. 11 agosto 2003, n. 228, modificata con l. 15 luglio 2009, n. 94, e attualmente prevista al comma VI della fattispecie, recita che «Se l'associazione è diretta a commettere taluno dei delitti di cui agli articoli 600, 601, 602, nonché all'articolo 12, comma III*bis*, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, si applica la reclusione da cinque a quindici anni nei casi previsti dal primo comma e da quattro a nove anni nei casi previsti dal secondo comma»; la seconda, introdotta con l. 1 ottobre 2012, n. 172, di ratifica alla Convenzione di Lanzarote, al comma VII dell'art. 416 c.p., stabilisce che «Se l'associazione è diretta a commettere taluni dei delitti previsti dagli articoli 600*bis*, 600*ter*, 600*quater*, 600*quater*.1, 600*quinqes*, 609*bis*, quando il fatto è commesso in danno di un minore di anni diciotto, 609*quater*, 609*quinqes*, 609*octies*, quando il fatto è commesso in danno di un minore di anni diciotto, e 609*undecies*, si applica la reclusione da quattro a otto anni nei casi previsti dal primo comma e la reclusione da due a sei anni nei

brigantaggio, stabilisce che «Se gli associati scorrono in armi le campagne o le pubbliche vie, si applica la reclusione da cinque a quindici anni»; la seconda concerne il tessuto organizzativo numerico, prevedendo che «la pena è aumentata se il numero degli associati è dieci o più».

Partendo da una qualificazione formale, le due fattispecie sono da considerarsi circostanze aggravanti oggettive *ex art. 70, comma I, n.1, c.p.*, perché concernenti i mezzi e le modalità d'azione del fatto commesso; *a contrario ex art. 118 c.p.*, sono valide ed imputabili a tutti gli associati, purché siano da ciascuno di essi «conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa», di cui all'art. 59, comma II, c.p.

La prima circostanza aggravante richiede per la sua configurazione che gli associati, non tutti, ma almeno uno o più di essi, scorrano per le campagne o le pubbliche vie, tale, quindi, da pretendere reiterati spostamenti da un luogo all'altro,³³⁶ ritenendo sufficiente la detenzione – non basta la semplice disponibilità – di armi, senza che sia, invece, necessario l'effettivo impiego di queste,³³⁷ purché strumentale alla realizzazione del programma criminoso.³³⁸

La seconda delle circostanze concerne il caso in cui al sodalizio concorrano dieci o più associati. La fattispecie non crea di per sé problemi interpretativi (v. 7.) se non in merito al rapporto con l'art. 112, comma I, n. 1,

casi previsti dal secondo comma». La prima delle circostanze, basandosi sul tipo di delitti che il sodalizio si programma di commettere, è qualificabile come soggettiva, *ex art. 70, comma I, n. 2, c.p.*, perché i delitti oggetto del programma criminoso non figurano come elementi oggettivi della fattispecie, bensì come elementi del dolo specifico degli associati (v.7.3). La seconda, invece, limitatamente le prime due categorie di delitti, facendo riferimento ad una qualità personale del soggetto offeso (minore di anni diciotto), è da ritenersi come circostanza aggravante oggettiva *ex art. 70, comma I, n. 1 c.p.*

³³⁶ Cass. Pen., Sez. VI, 24 febbraio 1998, Trisciunglio, in *Riv. pen.*, 1998, p. 904.

³³⁷ M.BOSCARELLI, *Associazione per delinquere*, cit. p. 873.

³³⁸ Cass. Pen., Sez. VI, 27 settembre 1986, Morelli, in *Cass. pen.*, 1988, p. 798.

c.p. che, in tema di concorso di persone nel reato, dispone un'aggravante quando il fatto è commesso da cinque o più persone; all'opinione in dottrina maggioritaria, secondo cui è da escludere l'applicazione dell'aggravante comune, in quanto, prendendo atto della clausola di rinvio – «salvo la legge disponga diversamente» – ivi prevista, su di essa prevale la circostanza *ex art. 416, comma V, c.p.*, qualificata come speciale,³³⁹ contrasta l'orientamento presente in giurisprudenza per cui, invece, la circostanza prevista in materia di compartecipazione criminosa è applicabile anche ai reati associativi in esame.³⁴⁰

Dal canto suo, l'art. 416*bis* c.p. prevede due circostanze aggravanti anch'esse oggettive (*v. infra*):³⁴¹ la prima, ai commi IV e V, stabilisce che «Se

³³⁹ G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis, cit.*, p. 41-43; G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit. p. 66. Anche in assenza di un aggravante espressa, l'art. 112, comma I, n.1, si considera non applicabile all'art. 416*bis* c.p., poiché, omettendo la previsione, il legislatore ha mostrato di non attribuire alcun rilievo al numero degli associati. Così, oltre agli autori precedenti, anche, G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit. p. 26.

³⁴⁰ Cass. Pen., Sez. VI, 20 novembre 2003, n. 16737, in *CED*, 229656; Cass. Pen., Sez. V, 5 luglio 2004, n. 38252, *ivi*, 230236. Secondo quest'ultima pronuncia, l'aggravante comune è applicabile alla fattispecie di cui all'art. 416 c.p., visto che il numero minimo di soci non esclude la maggiore gravità del reato, quando in effetti i componenti del sodalizio siano cinque o più, ma pari o inferiori a nove.

³⁴¹ A queste si aggiunga l'aggravante *ex art. 7, d.l. 152/1991*, prevista per ogni delitto, non già punito con l'ergastolo, commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare le finalità dell'associazione previste all'art. 416*bis*, comma III, c.p. Dinanzi alla prospettata questione di un ipotetico concorso apparente di norme, con il pericolo di duplicazione della rilevanza penale del medesimo fatto in violazione del divieto del *ne bis in idem* sostanziale, tra la condanna per partecipazione in associazione mafiosa e l'aggravante in oggetto, la Suprema Corte ha ammesso la cumulabilità delle fattispecie, poiché «la prima connota il fenomeno associativo ed è, al pari del vincolo, un elemento che permane indipendentemente dalla commissione dei vari reati; la seconda costituisce eventuale

L'associazione è armata si applica la pena della reclusione da nove a quindici anni nei casi previsti al primo comma e da dodici a ventiquattro nei casi previsti dal secondo comma. L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità, per il conseguimento delle finalità dell'associazione, di armi o materie esplosive, anche se occultate e tenuto in luogo di deposito»; la seconda, invece, al comma VI, dispone che «Se le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti, le pene stabilite nei commi precedenti sono aumentate da un terzo alla metà».³⁴²

La circostanza della disponibilità di armi od esplosivi rappresenta l'evoluzione dommatica della vecchia scorreria in armi, seppure da questa si discosti per via della diversità dei requisiti richiesti; ad ogni modo, parte della dottrina si mostra alquanto critica nella previsione di una siffatta circostanza aggravante, dato che la disponibilità o l'impiego di armi generalmente si manifesta come elemento connaturale delle cosche mafiose, riservandosi, quindi, la sola finalità di inasprire ulteriormente il regime sanzionatorio, che,

caratteristica di un concreto episodio delittuoso, ben potendo succedere, di converso, che un associato attui una condotta penalmente rilevante, e pur costituente reato-fine, senza avvalersi del potere intimidatorio del clan». Così, Cass. Pen., Sez. Un., 27 aprile 2001, Cinalli, n. 10, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2662. Inoltre, è stabilita la circostanza attenuante, soggettiva e ad effetto speciale, *ex art.* 8, d.l. 152/1991, per il partecipe dissociatosi, peraltro, ammessa al bilanciamento tra circostanze *ex art.* 69 c.p.

³⁴² Al comma VII, per le «cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego» è prevista la confisca obbligatoria *ex art.* 240 c.p. nei confronti del condannato. Alla misura di sicurezza patrimoniale, si aggiunge la misura di sicurezza personale obbligatoria *ex art.* 417 c.p., valida per i condannati in associazione a delinquere e di tipo mafioso, con applicazione della libertà vigilata oppure, se si tratta di delitto e su valutazione del giudice, dell'assegnazione a colonia agricola o casa di lavoro di cui all'art. 215, comma IV, c.p.

per le ragioni ora dette, finisce per essere, di fatto, automatico.³⁴³ Per quanto interessa l'applicazione della fattispecie, la configurabilità della circostanza – similmente a quanto previsto all'art. 74, DPR 309/90 in materia di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti – è subordinata alla mera disponibilità di armi, non essendo necessaria né la detenzione o il porto, né l'effettivo impiego, ma soltanto che gli associati, o solo alcuni di essi, abbiano la disponibilità in senso lato delle medesime,³⁴⁴ sempre che sia proiettata alla realizzazione delle finalità associative.³⁴⁵

L'aggravante del “riciclaggio” costituisce nell'impianto normativo dell'art. 416bis c.p. il completamento della criminosa progressione mafiosa,³⁴⁶ iniziata

³⁴³ G.FIANDACA, *Commento all'art. 1 l. 13.9.82, n. 646, cit.*, p. 267; G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis, cit.*, p. 78. Nel senso di considerare la disponibilità delle armi notoriamente espressione del metodo mafioso, Cass. Pen., Sez. I, 29 novembre 2006, Puccio, in *Guid. dir.*, fasc. 2, 2007, p. 94. *Contra*: G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit. p. 122. Secondo l'illustre Autore, nonostante la disponibilità o l'impiego di armi sia un'attitudine notoria dei sodalizi mafiosi, è, altresì, veritiero che esse, nell'avvalersi dell'apparato intimidatorio, non hanno sempre bisogno di armi od esplodenti; inoltre, lo stato di mera fattispecie circostanziale dimostrerebbe la volontà del legislatore di inglobare nel fenomeno mafioso anche quelle vicende note come “mafia politica” (v. 5.1.), per le quali l'uso, o la lontana disponibilità di armi, non appare affatto un elemento essenziale. Sostanzialmente nello stesso senso, G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. p. 161, G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit. p. 88.

³⁴⁴ Nel senso di non ritenere necessario che la disponibilità sia illegale, Cass. Pen., Sez. 28 ottobre 1991, Sarnatano, in *Gius. pen.*, 1992, p. 213.

³⁴⁵ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit. p. 120-121; G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. p. 162-163; Cass. Pen., Sez. II, 31 gennaio 2006, Matassa, n. 6259, in *Giur. it.*, 2010, p. 1921.

³⁴⁶ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit. p. 123; G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit. p. 246.

con il reato-base e proseguita con la realizzazione da parte del sodalizio delle finalità programmate.

Il nucleo dommatico della circostanza riposa nell'attività di reimpiego dei proventi di sola origine delittuosa, con i quali i sodali, o soltanto alcuni di essi, decidono di finanziare le attività economiche controllate,³⁴⁷ purché “il riciclaggio” non consista «in singole operazioni commerciali o nello svolgimento di attività di gestione di singoli esercizi», ma in un «intervento in strutture produttive dirette a prevalere, nel territorio d'insediamento, sulle altre strutture che offrano gli stessi beni e servizi»;³⁴⁸ ad ogni buon conto, l'ambito di applicazione della circostanza è limitato al solo utilizzo di proventi conseguiti con attività delittuose, anche se commessi da soggetti terzi al sodalizio, non rientrando nella fattispecie il reimpiego di profitti derivanti dalle attività economiche gestite o controllate, sul cui versante, invece, è applicabile unicamente la confisca prevista al comma VII.³⁴⁹

In ultimo, per le fattispecie di associazione per delinquere e di tipo mafioso vale la circostanza aggravante, soggettiva e ad effetto speciale, con un aumento di pena da un terzo sino alla metà, quando il fatto è commesso da persona sottoposta a misura di prevenzione con provvedimento definitivo durante il periodo di applicazione e sino a tre anni dalla cessazione del provvedimento, *ex art. 7, l. 575/1965*, ora prevista all'art. 71, d.lgs. 159/2011 (“codice antimafia”).

³⁴⁷ G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis, cit.*, p. 79.

³⁴⁸ Cass. Pen., Sez. VI, 14 dicembre 1999, Campanella, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2347.

³⁴⁹ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit. p. 124.

“Le aporie sistematiche non sono insopportabili solo per lo scienziato, esse conducono anche ad una messa in pericolo della popolarità della legge e della giurisprudenza. Il profano, è vero, non capisce nulla dei concetti giuridici, ma ha una raffinata capacità di percepire se la stessa circostanza viene valutata sempre allo stesso modo anche dalla legge e dal giudice. Poiché il profano non può capire che il legislatore per amore della vita pratica abbia creato aporie sistematiche, cioè ingiustizie, egli tende facilmente ad ascrivere la diversità di trattamento alla malevolenza del giudice o ad avvertirla come sgarbo personale. Fenomeni simili mettono in pericolo in modo gravissimo la fiducia del popolo nell’amministrazione della giustizia.”

Zimmerl, *Täterschaft, Teilnahme, Mitwirkung*, in ZStW, 1935, p. 581-582.

CAPITOLO III

IL CONCORSO EVENTUALE NELL’ASSOCIAZIONE PER DELINQUERE E DI TIPO MAFIOSO

1. “Contiguità” alle organizzazioni criminali: la responsabilità penale dell’*extraneus* per concorso nell’associazione criminosa. – 2. Premesse generali sul concorso di persone nel reato. – 3. Il dibattito sulla configurabilità del concorso eventuale nel reato necessariamente plurisoggettivo. – 3.1. Concorso materiale e partecipazione. – 3.2. Il concorso morale. 3.3. I casi tipizzati di “contiguità”. – 3.3.1. Le circostanze aggravanti *ex art. 7*, d.l. 13 maggio 1991, n. 152. – 3.3.2. Favoreggiamento e assistenza agli associati. – 3.3.3. L’art. 416^{ter} c.p. Lo scambio elettorale politico-mafioso. – 4. Una “tipizzazione” per tappe: il lungo cammino delle Sezioni Unite. – 4.1. La sentenza Demitry. – 4.1.1. Lo stato di “fibrillazione” dell’ente. – 4.1.2. La fattispecie soggettiva: una questione rimasta aperta. – 4.2. La sentenza Carnevale. – 4.2.1. L’apporto dell’*extraneus*: l’idoneità (*ex ante*) a produrre l’evento. – 4.2.2. Il dolo diretto del concorrente “esterno”. – 4.3. La sentenza Manninobis. *Status quo* e innovazione in tema di rapporto di causalità. – 4.4. L’anarchia ermeneutica nella giurisprudenza recente. – 4.4.1. La sentenza Dell’Utri. – 5. Ulteriori riflessi penalistici della “contiguità” alla mafia: il “patto di protezione” e l’imprenditore “colluso”.

1. “Contiguità” alle organizzazioni criminali: la responsabilità penale dell'*extraneus* per concorso nell'associazione criminosa.

L'azione di contrasto alle organizzazioni criminali, unitamente all'osservazione empirica e socio-criminologica, ha riportato agli occhi dello studioso e del legislatore un universo di relazioni e di strutture, logistiche ed operative, le quali rappresentano, fuori da ogni dubbio, il “cuore segreto” pulsante delle consorterie criminali. Tuttavia, non è soltanto la dimensione interna all'organizzazione – la struttura dinamica del sodalizio, le modalità d'ingresso, la distribuzione interna di ruoli e competenze, la strumentalità rispetto agli scopi perseguiti – ad esser stata oggetto della repressione giudiziaria e dell'analisi scientifica, ma, e soprattutto negli ultimi decenni, l'espansione esterna delle organizzazioni criminali, o meglio, la capacità di queste di muoversi nel tessuto sociale in cui sono stabilmente inserite, allo scopo di assorbire, dalla linfa vitale della collettività, nuove energie, personali e finanziarie, da spendere subdolamente al servizio dell'organizzazione e delle finalità pianificate.

Seppure, quando si discorre di espansione esterna della criminalità organizzata, la riflessione, in virtù di un'abitudine acquisita, immediatamente si sposti verso la macrocategoria della “contiguità” alla mafia, in realtà, con essa si suole, in linea di massima, ricomprendere una serie aperta di comportamenti ed atteggiamenti, spesso di dubbia rilevanza penale, diretti a fornire una qualunque forma di sostegno apprezzabile per l'ente criminoso, tenuti da soggetti non formalmente qualificabili come partecipi, o, comunque, affiliati.¹

Da questa breve premessa, è facile immaginare quali ripercussioni si siano prodotte sul sistema penale, e, in particolare, sugli orientamenti sorti in dottrina ed in giurisprudenza, in un contesto sociale, politico ed economico,

¹ C.F.GROSSO, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una configurazione possibile*, in *Foro it.*, 1996, V, p. 121 ss.

come quello italiano, già fortemente appesantito da una diffusa pratica di malaffare, da una conclamata condizione di inefficienza della macchina pubblica, e dalla lenta e sporadica reattività del legislatore nel mutare siffatto stato di cose.² Ogni tipo di ragionamento sulla contiguità in generale alla criminalità organizzata, e, in specie, per ciò che interessa il presente lavoro, nella contiguità alla mafia, se praticato con imprudenza, finisce inesorabilmente per tradursi in un ragionamento sulla “forma dell’acqua”³, poiché, per l’ampiezza e l’instabilità dei contenuti che la contraddistinguono, avvolge in se quell’indefinita “zona grigia” di compenetrazione della mafia nel potere politico, istituzionale ed imprenditoriale,⁴ in cui è facile precipitare nell’inversione dei ruoli tra la rilevanza del dato socio-criminologico, la qualificazione dommatica del fatto ed il riscontro probatorio nella vicenda processuale. Invero, se può ritenersi condivisibile l’idea per cui «le manifestazioni di connivenza e di collusione da parte di persone inserite nelle pubbliche istituzioni possono realizzare condotte di fiancheggiamento del potere mafioso, tanto più pericolose quanto più subdole e striscianti»⁵, è, altresì, condivisibile come le azioni dettate da contingenze processuali o da logiche emergenziali possano prendere il sopravvento sul rigore interpretativo e sulla coerenza del sistema penale.⁶

² Presidenza del Consiglio dei Ministri, *La corruzione in Italia, Rapporto della Commissione per lo studio e l’elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, Roma, 22 ottobre 2012.

³ B.ROMANO, *Intervento*, in *Concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, cit., p. 91 ss.

⁴ G.FIANDACA, *Riflessi penalistici del rapporto mafia-politica*, in *Foro it.*, 1993, V, p. 137 ss.

⁵ G.FALCONE, in Assise Palermo, 16 dicembre 1987, Abbate, in *Foro it.*, 1989, II, p. 77 ss.

⁶ L.DE LIGUORI, *Concorso eventuale e reati associativi*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 36 ss.

Partendo da un'iniziale valutazione, il tema della contiguità alla criminalità organizzata, come, peraltro, è stato ribadito,⁷ è un tema che non si limita a porre all'interprete delle sole *questiones iuris*, dal momento che essa risente di forti condizionamenti storico-politici e socio-criminologici; pertanto, occorre procedere con molta cautela, evitando di sovrapporre argomenti e tematiche tra loro diverse, e senza perdere di vista l'interesse ultimo del presente lavoro.

Affrontando il tema della contiguità, le prime istanze che emergono sono di natura metagiuridica,⁸ e consistono prevalentemente nelle ragioni fattuali iconiche del disvalore sottostante la tenuta di comportamenti collusivi o compiacenti a vantaggio delle organizzazioni criminali. È, invero, innegabile quanto sia elevato il costo che la collettività deve sopportare ove un sodalizio criminoso, per di più se mafioso, riesca ad infiltrarsi in settori vitali della società, e, in particolare, nel circuito economico, nelle amministrazioni pubbliche, finanche nelle sedi politico-istituzionali. Tuttavia, il disvalore di un dato comportamento, con il rischio di descrivere da solo la meritevolezza della pretesa punitiva, non può superare i confini della sua esatta funzione, ovvero essere uno, ma non, certo, l'unico, degli indici valutativi della gravità del fenomeno stesso; consentire al solo disvalore del fatto di orientare l'estensione della pretesa punitiva significa avallare la presenza di due effetti devastanti sull'intero sistema penale: il primo consiste nella "precomprensione", prima

⁷ C.VISCONTI, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze politico criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1303 ss.

⁸ G.FIANDACA, *Il concorso "esterno" tra sociologia e diritto penale*, in *Scenari di mafia*, cit., p. 203 ss, anche in *Foro it.*, 2010, V, p. 176 ss.

⁹ G.FIANDACA-C.VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto "polemogeno"*, cit., p. 488; G.FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit., p. 353 ss. Sul punto, particolarmente prudente, C.VISCONTI, *La punibilità della contiguità alla mafia tra tradizione (molta) e innovazione (poca)*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1854 ss, secondo cui «l'insistere nel

ancora del giudice,¹⁰ del pubblico ministero, ed il conseguente condizionamento del processo di interpretazione ed applicazione della norma penale, la quale, per ciò solo, diverrebbe un facile e duttile strumento al servizio di logiche autoritarie ed eticizzanti; il secondo, ancor più grave del primo, si sostanzia nel tradire uno dei principi fondamentali regolatori dell'ermeneutica giudiziale in materia penale, ovvero l'interpretazione della fattispecie incriminatrice teleologicamente orientata a soddisfare le istanze di politica criminale tutelate dalla Costituzione, la quale, indubbiamente, rifugge le tendenze applicative dettate da moventi di arbitrarietà giudiziale ed opportunismo processuale.¹¹

pre-comprendere il pianeta della criminalità organizzata in termini di eccentricità, di peculiare diversità rispetto al supposto centro dell'universo penalistico, potrebbe finire per rivelarsi soltanto un comodo rifugio giustificatorio per [...] le scuole di pensiero che solitamente si contendono il campo nel valutare la legittimità degli orientamenti legislativi e giurisprudenziali in materia di mafia».

¹⁰ A.INGROIA, *La prassi giudiziaria fra modello causale e modello organizzatorio*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio*, cit, p. 205 ss, in cui l'Autore non manca di considerare che «difficilmente il giudice si sente di condannare come partecipe l'uomo delle istituzioni, l'operatore economico, il professionista o il politico "collusi", giacché non li percepisce come mafiosi, con tutta la carica di stigmatizzazione morale e sociale che una simile qualificazione comporta. Per converso, la contestazione per concorso esterno viene avvertita come più consona rispetto a tali fattispecie concrete».

¹¹ S.MOCCIA, *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello stato di diritto*, in *Criminalia*, 2012, p. 597 ss; l'Autore specifica che «non si tratta, infatti, di negare l'esistenza di uno spazio ermeneutico, ma di circoscriverlo alla luce dei principi della nostra Costituzione e, in primo luogo, attraverso la determinazione legale [della fattispecie]; il giudice che, tra due interpretazioni possibili, sceglie quella contraria al principio di offensività, viola una regola ermeneutica fondamentale, quella di un'interpretazione teleologica costituzionalmente orientata».

Per le ragioni anzidette, devono egualmente essere rigettate quelle istanze generalizzanti tese ad ampliare l'ambito della contiguità punibile, finanche assorbendo forme di responsabilità estranee alla dimensione penalistica o di mera repressione ideologica; in realtà, il rigetto di codeste tendenze è diretto a escludere la possibilità di una strumentalizzazione della sanzione penale per finalità stigmatizzanti ed autoritarie, come nel tentativo, non infrequente, di asservire la pretesa punitiva alla repressione di comportamenti perlopiù riconducibili ai casi di responsabilità politica dei soggetti interessati,¹² o di indirizzare la reazione sanzionatoria verso la punibilità di meri atteggiamenti interiori, con dimenticata cura del principio *cogitationis poenam nemo patitur* – tra questi, a titolo esemplificativo, può rinviarsi alle manifestazioni di apprezzamento per i valori della subcultura mafiosa,¹³ che, al di fuori dei casi di proselitismo e di istigazione (v. 3.2.), non ricevono alcuna sanzione penale, se non nelle ipotesi di apologia *ex art. 414, comma IV*, o di istigazione alla

¹² «La Commissione ha effettuato una distinzione preliminare tra responsabilità penale e responsabilità politica, in relazione alle manifestazioni d'illegalità che abbiano comunque un'incidenza sul sistema politico. Il primo tipo di responsabilità è di esclusiva competenza dell'autorità giudiziaria; il secondo è di esclusiva competenza dell'autorità politica. [...] La natura e la specificità della responsabilità politica esigono che essa sia di esclusiva competenza di organi politici. È questo il presupposto dell'autorevolezza della politica; rafforza il rapporto di fiducia tra cittadini e istituzioni, consente di esigere dai cittadini comportamenti rispettosi delle leggi. [...] La responsabilità politica, proprio in quanto rigorosamente accertata sulla base di fatti specifici, richiede precise sanzioni, rimesse all'impegno del Parlamento e delle forze politiche, e consistenti nella stigmatizzazione dell'operato e, nei casi più gravi, nell'allontanamento del responsabile dalle funzioni esercitate». Camera dei Deputati - Senato della Repubblica, XI Legislatura, Doc. XXIII, n. 2, Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali similari, *Relazione sui rapporti tra mafia e politica*, relatore L. Violante, Roma, 1993, p. 22-24. Cfr. G.NEPPI MODONA, *Il difficile confine tra responsabilità politica individuale e responsabilità penale*, in *La Mafia le Mafie*, cit., p. 177 ss.

¹³ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 136.

disobbedienza civile *ex art.* 415 c.p., purché il soggetto abbia agito “pubblicamente” – i quali, in presenza dei requisiti previsti, potrebbero trovare altrove la rispettiva tutela, anche penale.

Passando, invece, alle ragioni di maggior rilevanza dommatica, i comportamenti astrattamente ipotizzabili tra i casi di contiguità alle organizzazioni criminali ricevono una differenziata tutela penale in ragione delle caratteristiche che, di volta in volta, li contrassegnano (v. 3.3.); per ciò che interessa il presente lavoro, l'ipotesi di contiguità più controversa, per via delle forti difficoltà applicative ed interpretative che importa, è l'istituto del cosiddetto “concorso esterno”, o, in una formula dommaticamente più appropriata, del concorso eventuale nel reato associativo (*i.e.*, necessariamente plurisoggettivo).

Difatti, già il *nomen* convenzionalmente impiegato lascia molto a desiderare; il binomio “concorso” ed “esterno” non trova alcuna sistemazione in principi o concetti giuridico-penali, tuttavia, è ritenuto un costrutto atecnico idoneo a riassumere la condotta di quei soggetti che, rispetto alle fattispecie incriminatrici associative, non compaiono come immediati destinatari del precetto penale considerato, dal quale, comunque, emerge una responsabilità penale per il contributo prestato al sodalizio, tramite l'impiego della norme generali regolatrici del concorso di persone nel reato *ex artt.* 110 ss c.p.¹⁴ È lampante che l'utilizzo di formule terminologiche vuote o, ancor peggio,

¹⁴ M.GALLO, *Una rosa è una rosa è una rosa è una rosa*, in *Crit. Dir.*, 2002, p. 20 ss. L'illustre Autore correttamente esorta ad una maggiore precisione terminologica, e afferma: «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 confinino il concorso ad ipotesi marginali, o, per contro, lo concepiscano in maniera così indecisa e romanticamente nebulosa da renderne oscillanti e, comunque, incerti i confini». Non a caso che il titolo scelto dall'Autore sembra richiamare gli insegnamenti della dottrina nominalista, riassunti nella, oggi, più che celebre massima “*Stat rosa pristina nomine, nomina nuda tenemus.*”

travianti, possa divenire, facilmente, causa di confusioni riguardo a condotte tra loro diverse; pertanto, più che discorrere di un “concorso esterno” da giustapporre al “concorso interno” dell’affiliato al sodalizio, è più appropriato distinguere, rispettivamente, il concorrente, anzi il concorrente eventuale, rispetto al fatto del partecipe,¹⁵ pacificamente qualificabile come un concorrente necessario.

Ad ogni buon conto, non è tanto la questione terminologica a segnare il carattere fortemente controverso dell’istituto in esame, quanto il suo contenuto. Il concorso “esterno” (*rectius*, concorso eventuale) nel reato associativo appartiene alla categoria degli istituti di diritto “vivente”,¹⁶ in cui le esigenze di politica criminale circolano tra un fondamento legale incerto¹⁷ – gli artt. 110 ss c.p. e le singole fattispecie incriminatrici associative, già, di per sé, carenti sotto il profilo della tassatività, determinatezza e precisione¹⁸ – e

¹⁵ G.SPAGNOLO, *L’associazione di tipo mafioso*, cit., p. 134, n.t. 20. Così anche, A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 30.

¹⁶ T.PADOVANI, *Note sul c.d. concorso esterno*, in *Arch. Pen.*, (www.archiviopenale.it), 2012, p. 1ss.

¹⁷ A.MANNA, *L’ammissibilità di un cd. concorso «esterno» nei reati associativi, tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, nota a Trib. Catania, 8 marzo 1994, Di Grazia, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1195, secondo cui «la questione inerente la configurabilità dell’istituto in oggetto viene quindi vissuta soprattutto come una problematica, potrebbe dirsi, di carattere “politico”, strutturalmente connessa alla presenza di taluni vuoti di tutela normativa cui si intende dare copertura attraverso l’utilizzo dell’apparente elasticità delle norme sul concorso di persone».

¹⁸ V.B.MUSCATIELLO, *Per una caratterizzazione semantica del concorso esterno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 184 ss; l’Autore non manca di sottolineare che «la tassatività della norma penale è garantita ogni qual volta le figure astratte di reato posseggano precisi ed univoci elementi costitutivi ed essenziali, ma anche precisi e univoci campi di applicazione, sicché i fatti concreti siano denotati e connotati in proposizioni vere ma certe. E, quindi, tendenzialmente esclusive. [Così pure] l’esigenza a che un testo legislativo divenga intellegibile tanto nella sua intensione quanto nella sua estensione e che, quindi, la

L'apporto della giurisprudenza di merito e di legittimità, sul punto assai poco univoca. Non sarebbe in altro modo spiegabile come, in un intervallo ristretto di soli dieci anni, il supremo organo di nomofilachia sia stato chiamato a pronunciarsi in quattro occasioni¹⁹ sul medesimo istituto – una circostanza, a dir poco, più unica che rara, senza analoghi precedenti in nessun'altra fattispecie codicistica o della legislazione complementare – e, nonostante ciò, rimanga una schiera di dubbi mai definitivamente sopiti. Per di più, non può ritenersi condivisibile l'opinione secondo cui la figura del concorso “esterno” sarebbe, in definitiva, una libera creazione giurisprudenziale,²⁰ tuttavia, può,

determinatezza divenga requisito indefettibile della formulazione semantica ma anche della formulazione sintattica della fattispecie».

¹⁹ Cass. Pen., Sez. Un., 5 ottobre 1994, Demitry, in *Mass. Uff.*, 199386; Cass. Pen., Sez. Un., 27 settembre 1995, Mannino, in *Mass. Uff.*, 202904; Cass. Pen., Sez. Un., 30 ottobre 2002, Carnevale, in *Mass. Uff.*, 224181; Cass. Pen., Sez. Un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Mass. Uff.*, 231671.

²⁰ A.MANNA, *L'ammissibilità di un cd. concorso «esterno» nei reati associativi, tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, cit., p. 1189 ss; F.SICILIANO, *Il concorso eventuale nel reato associativo dopo la sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 5 ottobre 1994*, in *Giust. pen.*, 1995, p. 522 ss; V.ADAMI, *Il concorso eventuale nei reati plurisoggettivi e, in particolare, nei delitti associativi*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2291 ss; F.BERTAROTTA, *Concorso eventuale di persone e reati associativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1273 ss. F.M.IACOVIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è più previsto dalla giurisprudenza come reato*, nota a Cass. Pen., Sez. VI, 21 settembre 2000, Villecco, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2073 ss. Di Recente, U.LIGUORI, *La possibilità di configurare la c.d. partecipazione esterna in associazione a delinquere di stampo mafioso, tra incertezze dogmatiche e oscillazioni giurisprudenziali: spunti per una riforma*, in *Ind. Pen.*, 2004, p. 163 ss; M.FINI, *La difficile configurabilità del concorso eventuale nell'associazione mafiosa dopo la sentenza delle sezioni unite del 30 ottobre 2002 (nota a Cass. sez. un. 30 ottobre 2002, Carnevale)*, *ibidem*, p. 649 ss; G.L.VERRINA, *Approccio riduttivo e carattere aporetico delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sul concorso esterno nel reato associativo*, in *Arch. Pen.*, 2012, p. 501 ss. Contra, M.GALLO, *Una rosa è una rosa è una rosa è una rosa*, cit. p. 20, ove l'Autore specifica che «frequentemente si parla addirittura di “reato di creazione giurisprudenziale”. Sono

invece, affermarsi che su di esso sia maturata una valorizzazione giudiziale²¹ applicativa, spesso forzata, ma le cui cause sono da rinvenire nel tenore tautologico dell'art. 110 c.p., e nel *deficit* di tipicità caratterizzante le fattispecie associative.²² Infatti, se, da un lato, è tristemente vera l'asserzione per cui «quando la legislazione pensa solo a curare i sintomi, è la giurisprudenza che si incarica di curare il male»,²³ dall'altro, la Suprema Corte, almeno in Sezioni Unite, comportandosi, quasi, da legislatore, ha dimostrato la volontà di stigmatizzare la superficialità di alcuni orientamenti provenienti dalla giurisprudenza di merito; anzi, va certamente apprezzato lo sforzo di una tipicizzazione, seppur forzatamente soltanto giudiziale, del concorso eventuale nel reato associativo, traendo le peculiarità strutturali dell'istituto, attraverso un processo di astrazione, non esente da riserve, per categorie “tipologiche” – “l'aggiustamento dei processi” e “il patto di scambio politico-mafioso” –, e non, invece, soltanto casistiche e, quindi, irripetibili.²⁴

Sennonché, ciò che desta maggiore preoccupazione per l'interprete²⁵ è il pericolo di una dilatazione smisurata dell'impiego del concorso “esterno”,

convinto che i primi a ribellarsi ad un punto di vista del genere siano i giudici: anche se le ragioni con le quali si rifanno alla legge, alla cui osservanza sono, più di chiunque altro, tenuti, appaiono, qualche volta, piuttosto discutibili».

²¹ F.C.GROSSO, *Le fattispecie associative: problemi dommatici e di politica criminale*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, cit., p. 142 ss.

²² A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 303 ss.

²³ F.M.IACOVIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa*, cit., p. 2073.

²⁴ G.FIANDACA-C.VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto “polemogeno”*, cit., p. 488- 489.

²⁵ A.CETONZE, *Il concorso esterno in associazione mafiosa e la delimitazione delle aree di contiguità economica nell'esperienza giurisprudenziale*, in *Concorso esterno in associazione mafiosa*, cit. p. 39 ss. Così anche, G.LUMIA, *Intervento*, *ivi*, p. 151 ss.

come strumento, nella prassi giudiziaria ormai insostituibile, di contrasto alle infiltrazioni mafiose. Il pericolo di una *inquisitio generalis* è ancora più manifesto se viene presa in considerazione la troppo praticata inversione tra l'esattezza del fatto addebitato e l'adeguatezza del corrispondente riscontro probatorio,²⁶ con l'effetto di scivolare in logiche autoritarie ben lontane dai principi regolatori del giusto processo *ex art. 111 Cost.* Tale timore proviene, soprattutto, dalla duttilità dommatica del concorso eventuale, il quale potrebbe subdolamente prestarsi come scorciatoia probatoria,²⁷ in ogni modo utile ad estendere la pretesa punitiva ben oltre quanto la tassatività delle fattispecie considerate possa consentire.²⁸

Eppure, l'inquietudine di una "processualizzazione" delle fattispecie incriminatrici, o di una distorsione delle categorie dommatiche per finalità probatorie,²⁹ passa in secondo piano, quando l'attenzione dell'interprete è condizionata dalla rilevanza mediatica dei fatti di contiguità alle organizzazioni

²⁶ I.DE FRANCISCI, *Il concorso esterno nella declinazione giudiziaria dei processi a Cosa nostra*, in Seminario di studio, ANM, *Il concorso esterno tra giurisdizione e politiche criminali*, Marsala, 12 maggio 2012.

²⁷ C.F.GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa e irrilevanza penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1190, e in *La mafia le mafie, cit.*, p. 192 ss, secondo cui «la figura del concorrente esterno alla associazione [sarebbe] particolarmente funzionale alla rilevanza penale delle situazioni nelle quali è certa (o risulta comunque fortemente indiziata) l'esistenza del contributo fornito alla cosca, ma nelle quali sono più deboli gli indizi di una vera e propria appartenenza alla stessa».

²⁸ G.FIANDACA, *La tormentosa vicenda giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 691 ss; l'Autore correttamente proferisce «che la valorizzazione giudiziaria del concorso esterno [può] sfociare in un processo di disinvoltata criminalizzazione di esponenti delle classi dirigenti indiscriminatamente sospettabili di "contiguità" politica o economica-impresoriale alle organizzazioni criminali di stampo mafioso».

²⁹ T.PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. Pen.*, 1999, 527 ss.

criminali; così, anche, la prevalente tendenza ad enfatizzare l'avvento di derive “giustizialiste”³⁰ può, invero, ritenersi eccessiva a fronte dei dati offerti dalla statistica giudiziaria, dai quali, se da un lato, risulta un maggior interventismo dei pubblici ministeri, dall'altro, compare una superiore e zelante prudenza dei giudicanti, in particolare di legittimità.³¹ Piuttosto, risulta fondamentale dirigere la riflessione sul delicato rapporto tra “legge” e “giudice”,³² e fin dove è riconosciuto all'ermeneutica giudiziale estendersi – senza dimenticare che la remissione all'interprete della “tipicizzazione” del concorso “esterno” non può, peraltro, considerarsi conforme al principio di determinatezza – fintantoché un intervento legislativo assicuri alle ipotesi di contiguità mafiosa,

³⁰ «Aprendo la strada al “giustizialismo” e con ciò alla pretesa dell'ordine giudiziario di farsi potere, alla esaltazione perversa del “giudice che lotta” contro questo o a favore di quest'altro, anche del “giudice che lotta” contro il terrorismo e contro la mafia, del “giudice che lotta” per la democrazia – che pur sembrano fini nobilissimi, ma che il “giudice che lotta” per l'applicazione della legge in un giusto processo, non per fare o correggere la Storia, non per affermare o per fare trionfare il Bene, non per insegnare o far risplendere la luce della Verità, ma solo per rendere effettiva la legge», F.COSSIGA, *Intervento in sede di deliberazione sulle dimissioni da lui presentate al Senato della Repubblica, 19 giugno 2002*, in F.COSSIGA, *Discorso sulla giustizia*, Macerata, 2003, p. 62.

³¹ Si è stimato che, con specifico riferimento agli anni 1991/2007, il totale dei soggetti indagati per concorso “esterno” sia 7190. Da questi vanno espunti 5547 procedimenti conclusi per archiviazione (circa il 53%), e 1992 richieste di rinvio a giudizio (circa il 36%); i procedimenti definiti con sentenza passata in giudicato, al momento della stima, erano 542. Convegno “*Le mafie oggi in Europa: politiche penali ed extrapenali a confronto*”, 29-30 Novembre 2007, Palermo. Cfr. F.CAVALLARO, *Concorso esterno: 7190 accusati, solo 542 sentenze*, in *Corriere della Sera*, 29 novembre 2007, p. 25.

³² G.FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico costituzionale*, in AA.VV., *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro*, Padova, 2001, p. 45 ss.

in particolar modo il concorso eventuale, un pieno «ritorno alla legge»,³³ restando ben saldi sulla convinzione che, ad ogni modo, lo *jus dicere*, e i processi di interpretazione ed applicazione della norma penale, per mezzo dei quali si estrinseca, siano orientati a soddisfare le istanze di politica criminale presenti in Costituzione, vocazione identitaria di ogni Stato di diritto.³⁴

2. Premesse generali sul concorso di persone nel reato.

La disputa sulla configurabilità, nonché sui rispettivi limiti e contenuti, del concorso eventuale nel reato associativo incentra la gran parte delle argomentazioni sulla travagliata disciplina regolatrice del concorso di persone nel reato; pertanto, si impone, come tappa necessaria, una, seppur limitata, riflessione sugli istituti di parte generale concernenti la compartecipazione criminosa *ex* artt. 110 ss c.p., in particolare, per ciò che riguarda i presupposti occorrenti all'individuazione del contributo concorsuale punibile.

Nel codice penale italiano la compartecipazione criminosa trova la sua piattaforma normativa, rimasta pressoché invariata dal 1930, nell'art. 110 c.p., secondo cui «Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti», e nelle altre disposizioni previste al Capo III del Titolo IV. A differenza del codice del 1889, in cui il modello concorsuale assumeva il registro di schema “differenziato” – infatti, il codice Zanardelli agli artt. 63 e 64 distingueva tra correi e determinatori, da un lato, e complici (ivi compresi

³³ V.MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1352 ss. L'Autore correttamente puntualizza che «dove (e quando) la legge abdica a se stessa – implicitamente delegando i giudici a riempire di contenuti spazi di tutela lasciati in bianco – rischia di assumere i caratteri di una stanca litania limitarsi a segnalare la scontata violazione della riserva di legge e dei suoi corollari».

³⁴ A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, *cit.*, p. 308 ss.

gli istigatori e agevolatori), dall'altro – il legislatore del 1930 ha seguito un'impostazione che, nella sua estrema genericità, può qualificarsi come modello concorsuale "unitario", in quanto è evidente che il compilatore fascista preferì, piuttosto che declinare, singolarmente, le diverse forme di partecipazione nel reato, prescindere da queste, ed erigere un impianto di norme incentrate sulla valorizzazione e sulla parificazione della rilevanza penale di ogni condotta apportata al fatto collettivo.³⁵

Nella qualificazione del contributo concorsuale punibile, l'art. 110 c.p., in quanto clausola generale, svolge, indubbiamente, una funzione incriminatrice a carattere indefinitamente estensivo.³⁶ Invero, l'art. 110 c.p. può essere ritenuto, al pari dell'art. 56 c.p. per il tentativo di delitto, come istituto estensivo della tipicità delle fattispecie di parte speciale, poiché attribuisce rilevanza penale a quelle condotte, di per sé atipiche e, quindi, non punibili, rispetto al fatto descritto dalla singola norma incriminatrice; da tale integrazione nasce la cosiddetta "fattispecie plurisoggettiva eventuale" come autonoma fattispecie normativa,³⁷ che include, tra i suoi elementi costitutivi, oltre quelli già

³⁵ M.GALLO, *Lineamenti di una teoria del concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, p. 12 ss. Cfr. *Relazione del Guardasigilli*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, parte II, Roma, 1929, p. 165, in cui si afferma: «Il criterio di un'eguale responsabilità per tutte le persone che sono concorse nel reato è in diretta dipendenza del principio che si è accolto nel regolare il concorso di causa nella produzione dell'evento; principio, in forza del quale tutte le condizioni che concorrono a produrre l'evento, son causa di esso; [poiché] le disposizioni sul rapporto di causalità si riferiscono a tutte le cause, brute o intelligenti, è facile intendere come anche nell'ipotesi che il fatto sia stato oggetto di attività di più persone, l'evento deve essere almeno a carico di tutti i concorrenti, che, con la propria azione, contribuivano a determinarlo».

³⁶ C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale, cit.*, 2008, p.

³⁷ R.DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, cit., p. 81, secondo cui «la sintesi tra l'art. 110 ed una delle disposizioni incriminatrici di Parte speciale non soltanto qualifica penalmente condotte irrilevanti ai sensi delle singole disposizioni di Parte speciale,

contemplati dalla norma incriminatrice, le condotte atipiche degli altri concorrenti, lasciando, però, aperta la (preliminare) questione della rilevanza del contributo concorsuale atipico.

Precisamente, ciò che desta maggiori preoccupazioni non è tanto il fondamento della punibilità del contributo concorsuale – che, nella fenomenologia criminosa, può presentare un connaturale margine di atipicità³⁸ – quanto il carattere tautologico dell'art. 110 c.p., il quale non prescrive altro che la punibilità del concorrere al fatto collettivo, senza, però, preoccuparsi di regolarne i presupposti, rimettendo, in definitiva, la determinazione degli estremi della responsabilità concorsuale alla discrezionalità del giudicante. È evidente che una siffatta impostazione risponde ad istanze di politica criminale di ispirazione autoritaria, propria del compilatore fascista; la scusante di superare le difficoltà connesse all'individuazione delle diverse figure di concorso è stata ritenuta dal legislatore del 1930 ragione sufficiente per abbandonare il modello concorsuale d'incriminazione differenziata, e instaurare un sistema incentrato sull'equivalenza dei contributi punibili,³⁹ con la duplice conseguenza, da un lato, di affievolire le esigenze di garanzia

ma ben prima crea una realtà nuova, una forma nuova nella quale le singole condotte perdono la loro autonomia per divenire parte di un tutto».

³⁸ F.GRISPIGNI, *Il reato plurisoggettivo*, in *Ann. Dir. proc. pen.*, 1941, p. 416 ss.

³⁹ Un esempio indicativo delle ragioni di politica criminale sottostanti il modello concorsuale unitario sembrerebbe essere questo: «Si discute da venti secoli se l'uccisione di Giulio Cesare sia stato un assassinio o un tirannicidio legittimo; ma nessuno dubita che i cesaricidi siano tutti nella stessa posizione e a tutti vada attribuito il merito o la colpa della morte del dittatore. Quando i concorrenti fanno tutti lo stesso, la pena non può che essere la medesima per tutti, per evidenti ragioni di giustizia». Così, U.GIULIANI-BALESTRINO, *I limiti della compartecipazione criminosa*, Milano, 1988, p. 42; tuttavia, permane la questione di fondo per cui si può concorrere a diverso titolo nel “medesimo reato”.

connesse alla tassatività e determinatezza – nonché frammentarietà e materialità – della fattispecie penale, con un'eccessiva dilatazione della responsabilità concorsuale, e dall'altro, di accrescere l'attenzione sulla rilevanza causale dell'apporto al fatto collettivo.⁴⁰

Il *deficit* dell'art. 110 c.p. – sul quale appaiono pienamente condivisibili i sospetti d'incostituzionalità⁴¹ – circa la regolamentazione delle forme di concorso nel reato, può essere soltanto, ed in parte, colmato attraverso una lettura sistematica delle altre disposizioni normative, dalle quali affiora la previsione delle condotte di determinazione *ex art.* 111, di organizzazione e direzione *ex art.* 112, comma I, n. 2, finanche della mera agevolazione di cui all'art. 114, o dell'istigazione *ex art.* 115 c.p.;⁴² in realtà, si tratta di richiami piuttosto vaghi, che richiedono uno sforzo ermeneutico di “riempimento”⁴³ non in grado, perlomeno in senso pieno, di assicurare una pacifica adesione ai canoni di stretta legalità.⁴⁴ Conservano, quindi, un carattere solo indicativo le operazioni definitorie compiute in dottrina,⁴⁵ le quali, ricorrendo alla storica distinzione tra concorso morale e materiale, distinguono, da un lato, le

⁴⁰ S.SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987, p. 255 ss.

⁴¹ G.BETTIOL, *Brevi considerazioni sul concorso di più persone nel reato*, in CNR–CNPDS, *La riforma della parte generale del Codice Penale. Concorso di persone nel reato*, Roma, 1983, p. 4.; è da tempo celebre l'affermazione dell'illustre Autore secondo cui «tutto il titolo del concorso di più persone nel reato è passibile di eccezione di anticostituzionalità per mancanza di precisione, parziale o totale, direi di tassatività». Così anche, G.VASSALLI, *Note in margine alla riforma del concorso di persone nel reato*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Milano, vol. II, 2006, p. 1939 ss.

⁴² A.R.LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, ed. II, Napoli, 1964, p. 228 ss.

⁴³ M.DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 175 ss.

⁴⁴ A.CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, *cit.*, p. 214-215.

⁴⁵ C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale*, *cit.*, p. 526-527.

condotte di istigazione e determinazione – il *discrimen*, tra le due, è rinvenuto nell'altrui proposito criminoso, già esistente, e soltanto rafforzato, nelle ipotesi di istigazione, mentre è originariamente inesistente, e, quindi, fatto sorgere, nei casi di determinazione – e, dall'altro, le condotte di correttezza, nella materiale condivisione dell'attività esecutiva del reato, e di mera complicità (e di agevolazione) nella preparazione ed esecuzione del fatto.

Pertanto, appaiono fondate le accuse rivolte al legislatore contro il modello concorsuale unitario, ma sono, altresì, fondate le critiche rivolte alla giurisprudenza di legittimità per aver profittato di un siffatto strumento normativo al fine di estendere ulteriormente l'area della “concorsualità” punibile,⁴⁶ con il risultato di ampliare il *vulnus* di tassatività e determinatezza delle norme in esame, nonché di non aver adempiuto alle funzioni di controllo sulla legittimità costituzionale delle fattispecie incriminatrici, rispetto ai principi di stretta legalità.⁴⁷ Per di più, la rinuncia del legislatore ad una

⁴⁶ G.GRASSO, *La disciplina normativa della compartecipazione criminosa e principio di tassatività della fattispecie*, in AA.VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 1991, p. 143: «La giurisprudenza non ha impiegato il margine di discrezionalità che l'è stato attribuito per ridurre l'alone d'indeterminatezza della fattispecie concorsuale, ma anzi ha contribuito ad estendere l'area del penalmente rilevante fino a ricomprendere componenti che esprimono una generica solidarietà o adesione al fatto realizzato dall'esecutore, al di fuori di qualunque contributo obiettivo alla sua realizzazione».

⁴⁷ V.B.MUSCATIELLO, *Per una caratterizzazione semantica del concorso esterno*, cit., p. 192: «Il rischio di una conflittualità fra Consulta e magistratura ordinaria chiamata quest'ultima a “piegarsi” alle indicazioni “tassativizzanti” della Corte; [...] il *vulnus* non viene trovato ma causato dalla giurisprudenza, cosicché essa dovrebbe denunciare il proprio operato: il controllato diviene il controllore in un infausta commistione di ruoli, ove logico risultato è che, ben difficilmente, verranno sollevate questioni di costituzionalità per violazione “dinamica” del principio di tassatività». Va, in ogni caso, precisato che, nonostante le riserve di incostituzionalità siano piuttosto diffuse in dottrina, l'unica pronuncia (non inerente al tema della contiguità mafiosa) emessa dalla Corte Costituzionale sull'art. 110 c.p.

tipizzazione chiara e tassativa dei contributi concorsuali punibili esclude, finanche, la possibilità di una differenziazione del trattamento sanzionatorio⁴⁸ – se non tramite il ricorso, non esente da riserve, alle circostanze attenuanti ed aggravanti previste al capo III –, avvalorando l’opinione di coloro che attribuiscono alla disciplina codicistica del concorso di persone nel reato la funzione di clausola generale di “ipertutela” dei beni giuridici protetti, finalizzata ad assorbire e sanzionare qualunque condotta intervenuta nella fase ideativa, preparatoria ed esecutiva del reato,⁴⁹ violando i basilari principi di sussidiarietà e frammentarietà della tutela penale, tassatività e determinatezza,⁵⁰ e personalità della responsabilità penale.⁵¹

In termini di diritto positivo, i requisiti della compartecipazione criminosa possono distinguersi tra gli elementi della fattispecie oggettiva e quelli che compongono la fattispecie soggettiva; affinché possa ritenersi configurata la fattispecie plurisoggettiva eventuale, è, altresì, necessario che gli elementi oggettivi e soggettivi siano convogliati a integrare il «medesimo reato» – il modello concorsuale codicistico, oltre che “unitario”, è anche

rimane l’ord. 12 novembre 1976, n. 232, definita con dichiarazione d’inammissibilità per difetto di rilevanza.

⁴⁸ Una delle più diffuse critiche evidenziate all’ammissibilità del concorso “esterno” è la violazione al principio di ragionevolezza per ciò che concerne l’equiparazione del trattamento sanzionatorio tra il fatto dell’*extraneus* e la condotta del partecipe. Così, F.SIRACUSANO, *Il concorso di persone e le fattispecie associative*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1870 ss. Nello stesso senso, riferendosi a complesso degli strumenti sanzionatori, comprese le misure di prevenzione, A.BARGI, *Concorso esterno e strumenti di contrasto alla criminalità organizzata*, in *Arch. Pen.*, 2012, p. 489 ss.

⁴⁹ A.R.LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, cit. p. 152 ss.

⁵⁰ A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, loc. cit.

⁵¹ M.DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, cit., p. 182 ss.

“monistico”; la solidarietà nel delitto e, quindi, nella pena richiede che la compartecipazione criminosa sia rappresentata, sostanzialmente, dall'unità di reato e da una pluralità di agenti⁵² – tale per cui il fatto commesso corrisponda alla previsione astratta della fattispecie incriminatrice (il cosiddetto “fatto tipico”), prescindendo dal carattere antiggiuridico del fatto o dalla colpevolezza dei singoli concorrenti,⁵³ i quali saranno oggetto di autonomo e successivo accertamento.

La fattispecie concorsuale oggettiva è data dalla presenza di una pluralità di agenti che abbiano prestato un contributo causalmente rilevante alla realizzazione, almeno in forma tentata, del fatto previsto come reato. L'individuazione dell'apporto al fatto collettivo da parte di taluno dei concorrenti pone immediatamente in risalto la *quaestio iuris* dei criteri utili a qualificare la rilevanza della condotta commessa, i quali sono, in linea di massima, soltanto due: il primo, di certo e sicuro fondamento, è l'art. 115 c.p.; il secondo, la cui valorizzazione è divenuta necessaria per effetto dell'estrema genericità del modello “unitario”, consiste nella complessa verifica della rilevanza (o efficienza) causale della condotta concorsuale.

L'art. 115 c.p. può, a buon diritto, considerarsi espressione di un principio generale.⁵⁴ Dal canto suo, la disposizione richiamata non si limita ad escludere la punibilità del mero accordo o dell'istigazione, seppur accolta, quando non siano seguiti dalla commissione di un reato⁵⁵ – resta ferma la

⁵² M.GALLO, *Lineamenti di una teoria del concorso di persone nel reato*, cit., p. 36 ss.

⁵³ A.R.LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, cit. p. 131.

⁵⁴ C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 505 ss.

⁵⁵ A.R.LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, cit. p. 16 ss. L'illustre Autore, tuttavia, limita l'efficacia delle disposizione alla non punibilità degli atti preparatori strumentali all'accordo ed all'istigazione, non anche a quelli successivi, i quali sarebbero, altresì, non punibili, ma per effetto del principio generale *ex art. 56 c.p.*, circa la non punibilità degli atti meramente preparatori.

previsione di una misura di sicurezza personale facoltativa *ex art.* 115, comma II e IV c.p. – ma esprime il principio per cui concorre nel reato soltanto colui che commetta un atto esecutivo di un fatto conforme alla previsione legale incriminatrice; l'irrilevanza dei meri atteggiamenti interiori e, in generale, dei cosiddetti atti meramente preparatori, costituisce un principio valido non solo per le ipotesi di mero accordo o istigazione, ma anche per tutte quelle condotte classificate come “agevolatrici” della condotta tipica commessa da un altro concorrente. Per queste ragioni, l'art. 115 c.p., letto secondo un'interpretazione teleologicamente orientata alle esigenze di politica criminale di un diritto penale del fatto, *sub specie* frammentarietà, materialità ed offensività, delimita la pretesa sanzionatoria alle ipotesi in cui la condotta consista almeno nell'inizio dell'attività esecutiva del reato, nel senso, però, richiesto per la punibilità del tentativo *ex art.* 56 c.p., cioè di «atti diretti in modo non equivoco a commettere» un reato.

Tuttavia, al di fuori dell'art. 115 c.p., la disciplina del concorso di persone nel reato non offre ulteriori criteri normativi che delimitino la rilevanza penale del contributo concorsuale al fatto collettivo, se non con riguardo all'accertamento di un nesso di causalità che il modello “unitario” e “monistico” impone scorrendo di «medesimo reato». Invero, seppure il rapporto di causalità – «Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione» *ex art.* 40, comma I, c.p. – sia elemento indispensabile della fattispecie oggettiva, in tema di concorso di persone esso svolge il “duplice ruolo”⁵⁶ di criterio di imputazione oggettiva del fatto commesso, nonché, per effetto del tenore minimalista dell'impianto codicistico, di unico criterio normativo di selezione dei contributi rilevanti, in cui sono visibili per l'interprete i pericoli di

⁵⁶ C.LONGBARDO, *Sui rapporti tra causalità ed imputazione obiettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 669 ss.

un'inversione tra i ruoli ora detti e di una dilatazione smisurata della responsabilità penale.

Ad ogni buon conto, la necessaria verifica di un nesso causale tra il singolo contributo prestato e la componente oggettiva (condotta ed evento) della fattispecie incriminatrice, arricchita, però, dalla dimensione collettiva del fatto commesso, consente di passare in rassegna i tradizionali criteri di descrizione del rapporto di causalità: *in primis*, può considerarsi, oramai, superato – in materia di concorso – il modello “condizionalistico puro” – secondo cui è causa dell'evento qualunque condotta che sia condizione non mentalmente eliminabile (*condicio sine qua non*) del suo verificarsi, senza che, al contempo stesso, non venga meno anche l'evento – in quanto, stabilendo una sostanziale ed illimitata equivalenza causale per ogni apporto che sia condizione naturalistica all'evento, è inidoneo ad esercitare una selezione dei singoli contributi effettivamente rilevanti. Presenta, altresì, notevoli criticità il modello della “causalità agevolatrice” – che pretende di correggere gli eccessi della teoria condizionalistica pura ricorrendo ad una verifica sull'adeguatezza della condotta a fungere da antecedente causale alla produzione dell'evento secondo un giudizio di verosimiglianza (*id quod plerumque accidit*) – il quale, seppure possa sembrare risolutivo per i casi di agevolazione all'altrui fatto, crea una difficile e incontrollata commistione tra una componente naturalistica (il nesso di causalità) ed una valutativa (il giudizio di “adeguatezza”), in fondo rimessa alla discrezionalità dell'interprete. In egual modo manchevole è il ricorso ad un giudizio di idoneità causale, verificata *ex ante* (la cosiddetta “prognosi postuma”, normalmente applicata nell'accertamento dell'idoneità degli atti in tema di tentativo *ex art. 56 c.p.*), preferita finanche dalla giurisprudenza di legittimità per i più particolari casi di concorso morale, ma non per questo affidabile, perché produce il duplice rischio, da un lato, di concepire i medesimi risultati del modello condizionalistico puro, dall'altro, di

riconoscere un'evidenza causale a contributi rivelatisi, a seguito di una verifica *ex post*, ininfluenti o, comunque, irrilevanti.⁵⁷

La “flessibilizzazione” del parametro condizionalistico, ma in generale dei criteri tradizionali di definizione in tema di causalità, unitamente alle difficoltà connesse all'individuazione dei termini entro cui è compreso il nesso causale, avevano indotto taluni Autori alla formulazione di nuove prospettive dommatiche in tema di causalità concorsuale: una prima opinione, muovendo dalla premessa di attribuire al nesso causale la funzione di tipizzazione del contributo concorsuale atipico, e rigettando l'utilità come criterio di imputazione oggettiva, affermava che nelle fattispecie concorsuali la relazione tra la condotta tipica monosoggettiva, l'apporto atipico di taluno dei concorrenti e l'evento non potesse esser descritta in termini di nesso causale, bensì come nesso di agevolazione, meno determinato e più ampio rispetto al primo;⁵⁸ una seconda opinione, partendo in parte dalle stesse premesse, riteneva che la punibilità del contributo concorsuale punibile fosse da rinvenire nell'obiettiva e dinamica strumentalità dell'apporto atipico nella fase esecutiva del reato;⁵⁹ un altro orientamento, assumendo che la dinamicità della vicenda concorsuale riposi “sull'organizzazione dell'impresa delittuosa”, deduceva la rilevanza del singolo contributo prestatato dall'incidenza che esso

⁵⁷ C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale, cit.*, p. 183 ss e 521 ss; A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo, cit.*, p. 217 ss, 226 ss.

⁵⁸ F.ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva di partecipazione criminosa*, in *Ind. Pen.*, 1977, p. 413. Nel senso di intendere il nesso di agevolazione come nesso di funzionalità nei sistemi di organizzazione, S.ALEO, *Intervento*, in *Concorso esterno in associazione mafiosa, cit.*, p. 137 ss.

⁵⁹ G.A.DE FRANCESCO, *Il concorso di persone nel reato*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001, p. 328 ss; ID, *Concorso di persone, reati associativi, concorso nell'associazione: profili sistematici e linee di politica legislativa*, in *Scenari di Mafia, cit.*, p. 128 ss.

esercita sul piano organizzativo, da cui saggiarne l'adeguatezza.⁶⁰ In realtà, pur riconoscendo a queste opinioni il merito di aver evidenziato aspetti centrali della concorsualità nel delitto, esse non si possono ritenere, per ciò solo, pienamente accettabili, per la rinuncia alla dimostrazione del nesso di causalità, come valido criterio normativo di imputazione oggettiva del fatto contestato. Inoltre, la necessità di un nesso causale e la sua prova sono ancor più evidenti per considerazioni di carattere non solo dommatico, ma di tipo teleologico: l'esistenza di un rapporto di causalità risponde alle superiori esigenze di garanzia di stretta legalità e di personalità della responsabilità penale, tale per cui non sarebbero soddisfatte le istanze di politica criminale tutelate in Costituzione se la responsabilità penale esulasse dalla verifica, e dalla prova, che l'evento prodotto sia causato dalla condotta contestata, e, quindi, a questa obiettivamente imputabile.⁶¹

L'imprescindibilità dommatica e teleologica di una rilevanza causale del contributo concorsuale atipico rispetto al fatto collettivo, che non cada nelle logiche di *horror vacui* del modello condizionalistico puro o della prognosi postuma, e, allo stesso tempo, resti al riparo da approssimazioni valutative, ha consentito di estendere al tema del concorso di persone nel reato i risultati del più recente dibattito scientifico sulla "causalità efficiente" nella teoria generale del reato, in particolare, per ciò che concerne la possibilità di informare il modello condizionalistico non al processo di eliminazione mentale, bensì alla copertura di leggi scientifiche.⁶²

⁶⁰ G.INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Torino, 2000, p. 73; ID, *Causalità e reati plurisoggettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 570.

⁶¹ A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, *cit.*, p. 232.

⁶² A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, *cit.*, p. 220, 232, 237 ss. Con particolare attenzione alla praticabilità delle massime di esperienza, M.DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, *cit.*, p. 207 ss.

Il punto di svolta a cui è pervenuta la giurisprudenza di legittimità⁶³ e la più attenta dottrina italiana⁶⁴ consiste nell'aver individuato un modello causale che contemperi la tipicità del fatto con la tipicità degli *standards* probatori, senza, per questo, rinunciare né alle garanzie di stretta legalità delle fattispecie incriminatrici, né alle finalità di accertamento giudiziale secondo gli schemi del giusto processo.⁶⁵ La riconduzione del riscontro causale al dominio delle leggi scientifiche si declina secondo un modello bifasico: in una prima fase è effettuata una preliminare verifica (*ex ante*) della legge scientifica, universale o probabilistica, finanche di una massima d'esperienza, astrattamente applicabile al caso in esame; nella seconda, e più delicata, fase l'interprete realizza *ex post* un controllo sull'effettiva e concreta attendibilità della legge scientifica, o della massima d'esperienza, in rapporto al fatto concreto.⁶⁶ Tuttavia, il merito storico e dommatico di quest'orientamento – non a caso sviluppato in uno degli scenari processuali più complessi, ovvero della responsabilità medica e della causalità nel reato omissivo improprio – consiste nell'aver ancorato la spiegazione del nesso di causalità ad un obbligato percorso dimostrativo di esclusione “al di là di ogni ragionevole dubbio” di altre possibili spiegazioni

⁶³ Cass. Pen., Sez. Un., 10 luglio 2002, Franzese, *cit.* p. 601 ss.

⁶⁴ F.VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese, Relazione all'incontro dibattito svoltosi presso la Corte di Cassazione il 28 novembre 2012*, in *Dir. pen. contem.*, 2013, p. 380 ss; F.D'ALESSANDRO, *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Criminalia*, 2012, p. 331 ss.

⁶⁵ L.FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Torino, 1989, p. 6 ss. L'illustre Autore, sin dalle prime pagine, insiste sulle caratteristiche del paradigma cognitivo del giusto processo, in cui è (o, dovrebbe essere) garantita «la verificabilità o la falsificabilità delle ipotesi accusatorie in forza del loro carattere assertivo, e la loro prova empirica in forza di procedure che ne consentano sia la verifica che la falsificazione».

⁶⁶ P.TONINI, *Manuale di procedura penale*, *cit.*, p. 260 ss; C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale*, *cit.*, p. 190 ss.

alla produzione dell'evento;⁶⁷ invero, il carattere, universale o probabilistico,⁶⁸ della legge scientifica considerata non esenta il giudice dall'onere di dimostrare la credibilità logico-razionale di questa, che resiste ai tentativi di falsificazione, escludendosi decorsi causali alterativi.

Ritornando al concorso di persone nel reato, risulta scorretto, nonché fonte di una pericolosa estensione della pretesa punitiva, arrestare la disamina della vicenda concorsuale al solo tema della causalità, senza che sia considerata anche la sussistenza dell'elemento soggettivo.⁶⁹

Nella compartecipazione criminosa il coefficiente psicologico conta due fattori: da un lato, vi sono i requisiti di coscienza e volontà di cui all'art. 42, comma I, c.p., accompagnati dagli elementi caratterizzanti della fattispecie soggettiva validi per la norma incriminatrice di parte speciale; dall'altro, vi è un *quid pluris*, proprio della compartecipazione criminosa, che consiste nella volontà di concorrere con altri alla realizzazione del fatto collettivo. Invero, è

⁶⁷ G.CANZIO, *L'«oltre ogni ragionevole dubbio» come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 303 ss.

⁶⁸ Cass. Pen., Sez. Un., 10 luglio 2002, Franzese, *cit.* p. 620, «non è sostenibile che si elevino a schemi di spiegazione del condizionamento necessario solo le leggi scientifiche universali e quelle statistiche che esprimono un coefficiente probabilistico prossimo a 1'. [...] È indubbio che coefficienti medio bassi di probabilità c.d. frequentista per tipi di evento, rivelati dalla legge statistica, impongono verifiche attente e puntuali sia della fondatezza scientifica che della specifica applicabilità nella fattispecie concreta. Ma nulla esclude che anch'essi, se corroborati dal positivo riscontro probatorio, [...] possano essere utilizzati per il riconoscimento giudiziale del necessario nesso di condizionamento. Viceversa, livelli elevati di probabilità statistica o schemi interpretativi dedotti da legge di carattere universale [...] pretendono sempre che il giudice il valore eziologico effettivo, insieme con l'irrelevanza nel caso concreto di spiegazioni diverse». Critico sull'argomento, F.STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 767 ss.

⁶⁹ A.R.LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, *cit.* p. 36, 73 ss, 153.

esattamente quest'ultimo requisito a marcare l'istituto del concorso di persone, poiché richiede in capo a ciascun concorrente il cosiddetto «compossesso finalistico dell'azione»,⁷⁰ in base al quale ogni contributo da parte di taluno dei compartecipi sia conseguentemente scortato dalla consapevolezza e dalla volontà di contribuire con la propria condotta al “medesimo reato”.⁷¹ Per ciò che concerne il contenuto di codesto coefficiente, è opinione diffusa in dottrina ed in giurisprudenza che esso non debba necessariamente costituirsi in un “previo accordo”, potendo a tal fine bastare il solo “previo concerto”, finanche un'intesa istantanea o la semplice adesione.

3. Il dibattito sulla configurabilità del concorso eventuale nel reato necessariamente plurisoggettivo.

Il tema della punibilità delle condotte di fiancheggiamento “esterno” ai sodalizi criminali ha un cuore antico; invero, le codificazioni delle leggi penali vigenti nel sistema giuridico italiano hanno negli anni dimostrato una spiccata attenzione verso quelle forme di sostegno diverse dalla partecipazione interna alla *societas sceleris*. Già nel codice napoleonico in vigore per le province italiane settentrionali dal 1810, agli artt. 99 e 268 erano perseguite le condotte di fiancheggiamento, rispettivamente, per banda armata e associazione di malfattori, verso coloro che somministravano armi, alloggi, *et similia*. Anche il codice penale sardo del 1839 e del Regno delle due Sicilie del 1819 presentavano, per ciò che riguarda gli istituti in esame, uno schema normativo simile, per via della forte influenza esercitata dalla dottrina d'oltralpe.

⁷⁰ A.R.LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, loc. cit.

⁷¹ Sul ruolo fondamentale dell'elemento psicologico nel concorso di persone, e la distinzione rispetto ai casi di “reità mediata”, C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale, cit.*, p. 508 ss. Cfr. S.MOCCIA, *Autoria mediata e apparati di potere organizzati, cit.*, p. 388 ss.

Sostanzialmente nello stesso senso si orientava anche il codice penale Zanardelli del 1889, il quale, al di fuori dei casi di concorso, puniva *ex artt.* 132 e 249 i fatti di assistenza agli autori dei delitti di banda armata ed associazione di malfattori; tale impostazione è stata ricalcata a grandi linee anche dal legislatore del 1930 con le fattispecie previste agli artt. 307 e 418 c.p., nonché, per i casi di favoreggiamento, agli artt. 378 e 379.⁷²

Senza voler anticipare gli esiti di una analisi sistematica delle diverse disposizioni incriminatrici delle forme tipizzate di contiguità alle consorterie criminose (v. 3.3.), le norme penali delle passate codificazioni, appena richiamate, rappresentano ipotesi, seppur embrionali, di comportamenti riassumibili in quell'indefinita "zona grigia", compresa tra la vera e propria partecipazione e il favoreggiamento in senso lato, attualmente occupata dal concorso eventuale nel reato associativo;⁷³ del resto, anche la giurisprudenza, di merito e di legittimità, ha da sempre mostrato una certa sensibilità alla tutela penale dei contegni compiacenti, o, comunque, di fiancheggiamento, ai sodalizi criminali attraverso l'individuazione di forme, anche rudimentali, di concorso "esterno" alle associazioni criminose,⁷⁴ dimostrando che, nonostante

⁷² S.ALEO, *Interento*, in *Concorso esterno in associazione mafiosa*, cit. p. 15 ss. Su gli approfondimenti di carattere storico, C.VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., p. 11 ss.

⁷³ A.MANNA, *Concorso esterno (e partecipazione) in associazione mafiosa: cronaca di una "nemesi" annunciata*, cit., p. 470.

⁷⁴ Cass. Palermo, 17 giugno 1875, Ciaccio e altri, Cass. Palermo, 1 luglio 1875, Russo, in *Circolo giuridico*, vol. VI, 1876, p. 47 e 54, ora in *Ind. Pen.*, 2000, con nota di C.VISCONTI, *L'abusato detto niente di nuovo sotto il sole rinviene forse i maggiori riscontri in ambito giuridico*, p. 421 ss. L'illustre studioso fa risalire a queste due pronunce il primo riconoscimento giurisprudenziale della configurabilità del concorso eventuale nel reato associativo, evidenziando come, sin dal secolo trascorso, fossero attuali le istanze di politica criminale, da un lato, ed interpretative, dall'altro, poi riprodotte con la stessa intensità nel dibattito scientifico e giurisprudenziale sviluppato negli ultimi decenni del XX secolo, nonché, per intuiva previsione, in quelli immediatamente successivi.

la lontananza temporale dei trascorsi legislativi e giudiziari, resta pressoché immutata l'attualità delle problematiche sottostanti all'istituto in esame.

Il dibattito sulla configurabilità del concorso eventuale nel reato associativo nasce dal primario quesito circa l'applicabilità delle norme regolatrici del concorso di persone ai reati plurisoggettivi necessari, e, tra questi, i reati associativi. Al fine di superare, in principio, le eccezioni di una violazione della riserva di legge penale *ex art. 25, comma II, Cost.*, nonché dei principi che direttamente ne discendono – da cui è scaturita la ben nota accusa di “creazione giurisprudenziale” (v. 1.) –, è doveroso premettere la prevalente opinione per cui «anche nei confronti del reato plurisoggettivo è possibile il concorso eventuale, il quale però si può avere soltanto da parte di persone diverse dai concorrenti necessari, e sempre sul presupposto che il reato plurisoggettivo sia completo in tutti i suoi elementi». ⁷⁵ Come già descritto in precedenza (v. 2.), l'art. 110 c.p. si mostra come clausola generale di estensione della tipicità dei fatti incriminati nelle fattispecie di parte speciale, valida, in assenza di un riscontro dommatico contrario, anche per i reati plurisoggettivi

⁷⁵ F.GRISPIGNI, *Il reato plurisoggettivo*, cit., p. 423. Circa l'ammissibilità dell'applicazione delle norme in materia di concorso di persone ai reati plurisoggettivi necessari, ivi compresi i reati associativi, R.DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, cit., p. 179 ss, tuttavia, l'illustre Autore ha espresso talune condizioni a cui l'estensione è subordinata: in primo luogo, la disposizione di parte generale non deve regolare una materia che sia già contemplata dalla norma di parte speciale, e, in particolare, riconducibile alla *ratio* della norma medesima; in secondo luogo, la disposizione di parte generale non deve prescrivere una *regula juris* che sia incompatibile con la disciplina offerta dalla norma di parte speciale; infine, la disposizione di parte generale non deve considerarsi norma eccezionale, ma, per essere applicata, espressione di un principio generale attinente alla plurisoggettività in quanto tale. Cfr. F.ARGIRÒ, *Note dommatiche e politico-criminali sulla configurabilità del concorso esterno nel reato di associazione di stampo mafioso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 768 ss, in cui sono precisamente riportate le principali opinioni maturate intorno all'ammissibile applicazione delle norme generali sul concorso alle fattispecie plurisoggettive necessarie, ed in particolare alla configurabilità del concorso eventuale nel reato associativo.

necessari – ovvero per quei reati che *ab origine* sono caratterizzati dalla pluralità dei soggetti attivi e dalla molteplicità delle condotte, pur restando un'unica fattispecie plurisoggettiva – e, quindi, anche per i reati associativi.

Tuttavia, seppure possa ritenersi condivisibile l'opinione secondo cui «è a dir poco ardua l'impresa di chi vuole negare la figura del concorso eventuale nel reato associativo sul piano dommatico-sistematico»,⁷⁶ ciò non consente di arrestare l'analisi alla semplice constatazione dell'applicabilità meccanica degli artt. 110 ss c.p. alle fattispecie associative. Invero, anche se la generale ammissibilità del concorso eventuale nel reato associativo appare un'operazione dommaticamente ineccepibile, possono, però, rinvenirsi impedimenti di tipo teleologico⁷⁷ tra l'estremo tenore minimalista del modello

⁷⁶ «Sarebbe maggiormente proficuo che la Cassazione fornisse una chiara e puntuale definizione della partecipazione rilevante, circoscrivendo meglio i rispettivi confini della partecipazione interna e del concorso esterno punibile». C.VISCONTI, *Il tormentato cammino del concorso «esterno» nel reato associativo*, nota a Cass. Pen., Sez. I, 18 maggio 1994, Clementi, in *Foro it.*, 1994, II, p. 574 ss.

⁷⁷ A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 298 ss, 308 ss; ID, *Il concorso eventuale nelle associazioni per delinquere e di tipo mafioso: dal diritto "vivente" a quello conforme alla legalità costituzionale*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio*, cit., p. 116 ss, 132 ss; ID, *Associazione di tipo mafioso*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale, Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, cit., p. 518 ss. Partendo da queste premesse, l'Autore esclude l'ammissibilità del concorso eventuale nei reati meramente associativi, ravvisando, per l'appunto, un'incompatibilità non strutturale o dommatica, ma teleologica. Invero, seguendo questa impostazione – a tal proposito, l'Autore richiama quanto analogamente accade per il tentativo di delitto *ex art.* 56 c.p., sul quale è pacifica l'inapplicabilità alle fattispecie di attentato previste nell'ordinamento giuridico – ammettere un concorso eventuale in un reato associativo puro, che, essendo reato di pura condotta e a consumazione anticipata, è già perfezionato per la semplice costituzione del sodalizio, equivarrebbe ad un'eccessiva anticipazione della soglia di punibilità. Dall'impianto normativo costituzionale emerge una concezione della pretesa punitiva informata, oltre ai canoni di stretta legalità, ai principi di materialità ed offensività, i quali non tollerano la criminalizzazione di atti meramente preparatori, come, peraltro, risultata dall'art. 115 c.p., *de*

concorsuale unitario, il ben noto *deficit* di tipicità delle fattispecie associative, e le legittime finalità di politica criminale ricavabili dal tessuto normativo costituzionale. La riconosciuta funzione di anticipazione della tutela penale caratterizzante i reati associativi e l'assorbente genericità del modello concorsuale, concepiti dal compilatore fascista come strumento di autoritaria repressione in una logica fondata sulla "iper-protezione" dei beni giuridici, non sono, di certo, costruiti in felice adesione con il testo e lo spirito della Costituzione repubblicana; così, anche, la manchevolezza dommatica dei segni linguistici impiegati per descrivere le condotte incriminate, sui quali si è resa, tristemente, necessaria una concretizzazione, spesso forzata, in sede giudiziale,⁷⁸ sono lontane dalle esigenze di garanzia alla libertà personale e di certezza del diritto penale imposte dall'ordinamento costituzionale. Inoltre,

plano estensione di questi principi. Il riferimento è mosso in particolare all'art. 416 c.p., e a tutte quelle fattispecie associative, di parte speciale e della legislazione complementare, modellate su imitazione dell'associazione per delinquere. Con riguardo, invece, all'associazione di tipo mafioso *ex* 416bis c.p., l'Autore ritiene, a questa, estendibili i medesimi rilievi soltanto – come, del resto, accade negli orientamenti prevalenti in dottrina ed in giurisprudenza – se "l'avvalersi" del metodo mafioso è degradato, da elemento oggettivo della fattispecie, a mero oggetto del dolo specifico dei partecipi, poiché in questo modo si finisce per trasformare quella che il legislatore ha costruito come fattispecie associativa a struttura mista (con la necessaria messa in opera del programma criminoso attraverso la commissione di atti intimidatori, almeno nella forma tentata, di violenza e minaccia), in un reato associativo puro, come per la comune associazione a delinquere.

⁷⁸ G.FIANDACA, *La contiguità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale*, in *Foro it.*, 1991, II, p. 476, secondo cui «in assenza di criteri astratti predeterminati una volta per tutte, il loro riempimento è affidato all'attività concretizzatrice della giurisprudenza, la quale ne plasma o manipola il contenuto anche in funzione della diversità dei singoli casi». Con particolare attenzione allo stato di conflittualità tra l'interventismo giudiziale e le istanze di politica criminale di stretta legalità, G.A.DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso si persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1994, p. 1277 ss.

non è affatto casuale, anzi, costituisce l'immediata conseguenza di tale stato di cose, che dall'elusione delle istanze di tassatività, determinatezza e precisione, emerse dall'onnicomprendività del termine «concorre» *ex art. 110 c.p. (v.2.)*, nonché dalla confusa intelligibilità delle condotte di partecipazione incriminate dalle fattispecie associative di parte speciale, discenda un fatto tipico "debole" e fluido,⁷⁹ aperto all'estensione della pretesa punitiva anche verso comportamenti, in sostanza, inoffensivi e ininfluenti, o di meri atteggiamenti interiori.⁸⁰

Nonostante le argomentazioni di tipo teleologico, spesso ritenute secondarie rispetto a rilievi dommatici, la conclusione prevalente rimane stabile nel confermare l'ammissibilità del concorso eventuale nel reato plurisoggettivo necessario,⁸¹ e, in specie, nei reati associativi, pur considerando

⁷⁹ C.F.GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa e irrilevanza penale*, *cit.* p. 1190; l'Autore afferma che «utilizzare criteri rigidi, oltre che impossibile potrebbe costituire un ostacolo a risposte adeguate, alla varietà e alla variabilità, delle situazioni che si possono presentare in concreto, ed alle diverse sfumature che possono caratterizzare di volta in volta le singole situazioni».

⁸⁰ A.SESSA, *Associazione di tipo mafioso e contiguità delittuosa: profili dommatici e di politica criminale*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, *cit.*, p. 212-213: «[Poiché è] nella tipicità eccezionale della fattispecie associativa che l'ordinaria funzione incriminatrice dell'art. 110 c.p. trova adeguati limiti legislativamente predeterminati, l'ambito operativo del c.d. concorso esterno si restringerebbe alla individuazione di contributi neutri di mera disponibilità, moralmente riprovevoli, ma penalmente irrilevanti, in quanto incapaci di varcare i confini della complessa tipicità dell'universo associativo».

⁸¹ In occasione della prima pronuncia a Sezioni Unite sul del tema del concorso "esterno" (Cass. Pen., Sez. Un., 5 ottobre 1994, Demitry, *cit.*), la Suprema Corte accenna soltanto alla generale ammissibilità del concorso eventuale nel reato plurisoggettivo, citando le ipotesi dei delitti di duello, adulterio e rissa, tramite il richiamo ad una precedente pronuncia (Cass. Pen., Sez. I, 5 giugno 1994, n. 2699) che aveva, però, negato l'ammissibilità del concorso eventuale nel reato associativo. Particolarmente critico sul punto, V.ADAMI, *Il concorso eventuale nei reati plurisoggettivi e, in particolare, nei delitti associativi*, *cit.*, p. 2294 -2296, il quale

che la gran parte delle pronunce in sede giudiziaria, e le corrispondenti opinioni maturate in dottrina, siano state prese in materia di concorso “esterno” in associazione mafiosa, ed assunte a massime generalmente valide anche per le altre fattispecie incriminatrici associative.⁸² Così, la risposta all’interrogativo sui presupposti, oltre che sui limiti, del concorso eventuale nel reato associativo risulta rimessa, in definitiva, alla casistica determinazione giudiziale, ricavando gli estremi della fattispecie oggettiva e soggettiva *a contrario* dalla condotta di partecipazione, ma, allo stesso tempo, delegando all’interprete il gravoso compito «di contenere entro confini accettabili i

ritiene errato il riferimento del concorso eventuale alle fattispecie di adulterio e duello, essendo, per l’Autore, soltanto “naturalisticamente” adattate a reati plurisoggettivi, ma, formalmente, fattispecie monosoggettive, nonché considera, altresì, scorretta la riferibilità del concorso eventuale al delitto di rissa (così pure nella radunata sediziosa, e nei delitti di sciopero e serrata), trattandosi, invece, di ipotesi di correatità.

⁸² A.VALSECCHI, *Partecipazione e concorso eventuale nelle associazioni per delinquere diverse dall’associazione mafiosa*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio*, cit., p. 103 ss. L’Autore sottolinea come, in realtà, nella prassi giudiziaria gli orientamenti siano assai poco univoci. Nella fattispecie di associazione per delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti (art. 74, DPR 9 ottobre 1990, n. 309) la giurisprudenza, nel definire la condotta partecipativa sulla “continuità” del contributo, sembra, al di fuori di queste circostanze, ammettere il concorso eventuale unicamente nei reati fine, non anche nel reato associativo (Cass. Pen., Sez. VI, 22 marzo 1996, Battistelli, in *Guid. dir.*, fasc. 49, 1996, p. 83). Lo stesso per la fattispecie di banda armata *ex art.* 306 c.p., la quale, nonostante su di essa siano stati registrati i primi orientamenti in età repubblicana favorevoli all’ammissione del concorso eventuale, presenta, invece, una prevalente giurisprudenza orientata a dedurre la sola sussumibilità delle condotte di partecipazione e di assistenza agli associati *ex art.* 307 c.p. (Cass. Pen., Sez. I, 14 gennaio 1985, Pinna, in *Riv. pen.*, 1986, p. 453; Cass. Pen., Sez. I, 11 luglio 1987, Benacchio, *ivi*, 897; Cass. Pen., Sez. I, 10 maggio 1993, Algranati, *ivi*, 1994, p. 1053).

possibili condizionamenti dei giudizi di valore e le implicazioni di natura socio-culturale». ⁸³

3.1. Concorso materiale e partecipazione.

La ristrettezza degli argomenti dommatici e sistematici ha portato la discussione sulla configurabilità del concorso eventuale nel reato associativo, e per le ipotesi interessate dal presente lavoro, nell'associazione per delinquere e di tipo mafioso, ad una vasta e diffusa proliferazione di opinioni sul rapporto tra il contributo atipico del concorrente eventuale ed il fatto tipico del partecipe. ⁸⁴ Così, la disputa è proseguita dipendendo dal carattere, ampio o ristretto, del significato assunto, e già impreciso, della condotta di partecipazione, in cui risulta immanente l'apertura verso vedute generalizzanti, «se è vero che un “fatto concludente” può essere inteso, indifferentemente, sia come partecipazione interna sia come contribuzione esterna». ⁸⁵

Uno dei più diffusi argomenti contrari alla configurabilità del concorso eventuale, per ciò che concerne il contributo materiale dell'*extraneus*, è la sovrapposibilità con la condotta di partecipazione, dalla quale, secondo quest'orientamento, non sarebbe affatto distinguibile. La premessa da cui parte questa dottrina consiste nel considerare, da un lato, la condotta partecipativa una fattispecie monosoggettiva, dall'altro, nel riassumere l'incidenza dell'atto di concorso non nell'evento, bensì nella condotta

⁸³ C.F.GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa e irrilevanza penale*, cit. p. 1191, avendo già premesso che «la soluzione del singolo caso rimane pertanto in larga parte affidata alla valutazione discrezionale del giudice» e che «è probabilmente inevitabile che questa condizione di elasticità sia destinata a permanere».

⁸⁴ C.VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., p. 271 ss.

⁸⁵ V.B.MUSCATIELLO, *Per una caratterizzazione semantica del concorso esterno*, cit., p. 191.

incriminata dalla fattispecie di parte speciale.⁸⁶ Pertanto, prestare un contributo causalmente rilevante alla vita dell'associazione, in termini di rafforzamento dell'organizzazione o di realizzazione del programma criminoso, da parte di soggetti estranei al sodalizio, non integra un'autonoma responsabilità concorsuale, ma una responsabilità per partecipazione nell'associazione, se il fatto è commesso *uti socius* (con la consapevolezza di aderire al sodalizio e ai suoi scopi), o per altro titolo di reato, come l'assistenza agli associati e il favoreggiamento, al fuori del quale la punibilità non è ulteriormente estendibile.⁸⁷ Altra dottrina, partendo dalle medesime premesse

⁸⁶ G.CONTENTO, *Il concorso di persone nei reati associativi e plurisoggettivi*, in CNR-CNPDS, *La riforma della parte generale del codice penale*, ora in *Scritti 1964-2000*, a cura di G. Spagnolo, Bari, 2002, p. 109 ss, 118.

⁸⁷ G.CONTENTO, *Il concorso di persone nei reati associativi e plurisoggettivi*, *cit.*, p. 111-112, 115-116. Così anche, A.MANNA, *L'ammissibilità di un cd. concorso «esterno» nei reati associativi, tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, *cit.*, p. 1192, secondo cui «la corresponsione di un apporto contributivo alla struttura associativa integra già la condotta di partecipazione all'ente, [mentre] l'assenza di un comportamento, anche marginale, causalmente finalizzato al perseguimento degli scopi associativi esclude *ipso jure* ogni tipo di responsabilità penale, questo, in estrema sintesi, l'assioma su cui fonda la propria ricostruzione il pensiero contrario all'ammissibilità del concorso esterno». Nello stesso senso: F.SIRACUSANO, *Il concorso di persone e le fattispecie associative*, *cit.*, p. 1872; U.LIGUORI, *La possibilità di configurare la c.d. partecipazione esterna in associazione a delinquere di stampo mafioso, tra incertezze dogmatiche e oscillazioni giurisprudenziali: spunti per una riforma*, *cit.*, p. 175; G.L.VERRINA, *Approccio riduttivo e carattere aporetico delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sul concorso esterno nel reato associativo*, *cit.*, p. 503-504. In questo senso, in giurisprudenza, Cass. Pen., Sez. I, 19 gennaio 1987, Cillari, in *Cass. pen.*, 1989, p. 34, in cui si afferma che «la cosiddetta partecipazione esterna, che ai sensi dell'art. 110 c.p. renderebbe responsabile colui che pur non essendo formalmente entrato a far parte di una consorteeria mafiosa abbia tuttavia prestato al sodalizio un proprio ed adeguato contributo con la consapevole volontà di operare perché lo stesso realizzasse i suoi scopi, si risolve in realtà nel fatto tipico della partecipazione punibile, la quale deve essere integrata da ogni contributo apprezzabile effettivamente apportato alla vita dell'ente ed in vista del perseguimento dei suoi scopi, mediante una

aggiunge che la configurabilità del concorso eventuale nel reato associativo sarebbe esclusa perché gravata da insuperabili aporie dommatiche: al concorrente “esterno” si applicherebbe la circostanza aggravante *ex art.* 112, comma I, n.1, nonché la rigorosa previsione del concorso “anomalo” *ex art.* 116 c.p., entrambe non ipotizzabili per il partecipe al reato associativo; sul concorrente esterno, rispetto al partecipe, graverebbe un trattamento, anche sanzionatorio, maggiormente rigoroso per i casi di desistenza e recesso attivo; infine, l'affievolimento dell'elemento soggettivo nella qualificazione del fatto dell'*extraneus* potrebbe comportare l'apertura a forme mascherate di responsabilità oggettiva.⁸⁸ Tale orientamento ammette come unica ipotesi di concorso eventuale, il concorso “esterno” non nell'associazione, ma nella condotta partecipativa, come contributo prestato alla stabilità ed alla permanenza dell'altrui partecipazione, a sua volta funzionale alla permanenza

fattiva e consapevole divisione della logica di intimidazione e di dipendenza personale propria del gruppo e nella consapevolezza del nesso causale del contributo stesso». Nello stesso senso, Cass. Pen., Sez. I, 21 marzo 1988, *ivi*, 1991, p. 223, Cass. Pen., Sez. I, 30 gennaio 1992, Altadonna e altri, n. 6992; con riferimento al delitto di banda armata, Cass. Pen., Sez. I, 15 gennaio 1985, Pinna, in *Giust. pen.*, 1986, p. 16 ss. Così anche G.INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano, 1986, p. 137 ss; l'Autore giunge alle medesime conclusioni: «L'autonoma incriminazione della partecipazione all'associazione si fonda sulla rilevanza causale del contributo rispetto all'organizzazione criminale, [e che su] un'analoga dinamica di tipicizzazione causale si impernia il concorso eventuale, [pertanto], o il contributo appare significativo e adeguato rispetto alla struttura organizzativa [...], ed allora verteremo in un caso di partecipazione all'associazione, ovvero, in mancanza di tale connotazione, esuleremo dall'ambito di rilevanza penale, potendosi tutt'al più ragionare di atti preparatori, ovvero solo parzialmente sussumibili nella fattispecie incriminatrice, e quindi atipici». Tuttavia, egli non condivide con l'orientamento in esame l'idea di postulare il carattere monosoggettivo della fattispecie partecipativa per escludere la configurabilità del concorso eventuale nel reato associativo.

⁸⁸ V.B.MUSCATIELLO, *Il concorso esterno nelle fattispecie associative*, Padova, 1995, p. 84 ss.

del sodalizio.⁸⁹ Tuttavia, le opinioni ora riportate presentano taluni inconvenienti: la prima opinione, nel ritenere assorbita la figura del concorrente materiale nella più ampia nozione di partecipazione in modo da escludere la configurabilità del concorso “esterno”, pur avendo il merito di valorizzare l’importanza della *substantia* causale penalmente rilevante, rischia, da un lato, di ignorare le altre peculiarità della condotta partecipativa, dall’altro, di estendere l’area della responsabilità penale anche a contributi isolati od occasionali, per i quali la qualificazione di partecipazione in associazione appare eccessiva;⁹⁰ la seconda opinione, invece, crea una sovrapposizione tra condotte, una sorta di “partecipazione nella partecipazione”,⁹¹ un istituto ibrido nato dall’equivoco rapporto tra il comportamento del soggetto esterno e l’effetto che esso propaga sulla consorceria criminale e suoi affiliati, quando, in realtà, il fatto dell’*extraneus* oltre a rafforzare direttamente la posizione e la condotta di ciascun partecipe, può ben essere tale da rafforzare immediatamente l’intero sodalizio.

L’indirizzo nettamente maggioritario, nell’ammettere il concorso eventuale materiale nel reato associativo, individua il criterio discretivo tra il concorrente “esterno” ed il partecipe sulla base degli elementi oggettivi e soggettivi delle fattispecie incriminatrici considerate, incentrate sul concetto di associazione. L’orientamento è fermo nel considerare che il partecipe è colui

⁸⁹ V.B.MUSCATIELLO, *Il concorso esterno nelle fattispecie associative*, cit., p. 132 ss. In senso sostanzialmente analogo, G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., p. 314, 333 ss, il quale ritiene che talune condotte qualificate – in modo particolare, l’Autore sottolinea la condotta di organizzazione – possano essere commesse da soggetti estranei al sodalizio; tesi, peraltro, ricavabile dalla clausola «per ciò solo», presente all’art. 416*bis*, comma II, c.p., e, in generale, in tutte le fattispecie associative.

⁹⁰ A.CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 256.

⁹¹ A.CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 261ss; ID, *Associazione di tipo mafioso*, cit., p. 507 ss.

che è parte, e si sente parte di un sodalizio criminoso, prestando, per questo, il proprio contributo all'associazione; pertanto, lo spazio residuale e legittimamente occupato dal concorrente eventuale materiale è riservato ai casi di soggetti, estranei al sodalizio, che prestano un contributo rilevante all'ente, nei termini di conservazione e rafforzamento dello stesso, o di realizzazione del programma criminoso.⁹² Quest'orientamento, ancorato sulla descrizione secondo una prospettiva, rispettivamente, formale per il partecipe, e

⁹² G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 138, seppure sembra ammettere una certa difficoltà nel distinguere concretamente chi è partecipe, da chi, invece, contribuisce alla vita dell'ente. Così anche: A.INGROIA, *Associazione di tipo mafioso*, cit., p. 144 ss, secondo cui anche la mera disponibilità ad agire in favore dell'ente costituirebbe un caso di concorso "esterno" punibile; G.A.DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso si persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, cit., p. 1285 ss, nonostante, poi, affermi che «una reale possibilità di ravvisare concretamente gli estremi di siffatto contributo sembra prospettabile, a ben guardare, soltanto in presenza di fenomeni associativi che si trovino ancora ad uno stato embrionale e rudimentale, essendo evidente come, rispetto a questi, una qualsiasi prestazione materiale (purché, ovviamente, non del tutto insignificante) rivolta a favore dell'associazione possa apparire in qualche misura idonea contribuire al completamento e al consolidamento della struttura organizzativa che non risultava integralmente e definitivamente formata»; ID, *Gli artt. 416, 416bis*, cit., p. 72, secondo cui «pare ragionevolmente ipotizzabile soltanto in presenza di una reiterazione in forma massiccia di una molteplicità di contributi, [...] dato che soltanto in questo caso l'affermazione dell'esistenza di un nesso tra l'attività del concorrente e la conservazione od il consolidamento ulteriore della struttura associativa potrà considerarsi fondata su elementi di riscontro sul piano empirico dotati di sufficiente grado di attendibilità»; F.M.IACOVIELLO, *L'organizzazione criminogena prevista dall'art. 416 c.p.*, cit., p. 583, in cui l'Autore, enfatizzando le qualità organizzative del sodalizio, ammette che «se l'associazione è un'organizzazione perdurante con una capacità operativa ciclica e iterativa sarà rilevante non qualsiasi contributo causale che comunque giovi all'associazione, ma quel contributo causale che salvaguardi e rafforzi la struttura organizzativa e la funzionalità dell'associazione»; C.F.GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa e irrilevanza penale*, cit. p. 1195 ss.

funzionale per il concorrente esterno,⁹³ ha trovato l'avallo anche della giurisprudenza di legittimità negli anni in cui si registravano le prime vicende giudiziarie riferite ad organizzazioni complesse, terroristiche⁹⁴ prima, e mafiose, ed in generale afferenti alla criminalità organizzata, successivamente.⁹⁵

Nondimeno, seppure questo orientamento abbia il merito storico di aver evidenziato l'unico elemento che empiricamente distingue il partecipe dal concorrente eventuale, occorre che questo sia valutato con rigore scientifico. Invero, concentrare la condotta del partecipe unicamente sul presupposto

⁹³ F.M.IACOVIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa*, cit., p. 2075: «La partecipazione è un ruolo, il concorso esterno è una funzione; la partecipazione è uno *status* che non ha bisogno di azioni; il concorso esterno è invece azione di un soggetto senza *status*».

⁹⁴ Cass. Pen., Sez. I, 27 novembre 1968, Murther, in *Arch. Pen.*, 1970, p. 8., la quale ribadisce che è concorrente eventuale chi, senza esserne parte, «contribuisce all'associazione mercé un apprezzabile e fattivo apporto personale, agevolandone l'affermarsi e facilitando l'operare, conoscendone l'esistenza e le finalità, ed avendo coscienza del nesso causale del suo contributo». Così anche, Cass. Pen., Sez. I, 25 ottobre 1983, Arancio, in *Giust. pen.*, 1984, I, p. 469 ss.

⁹⁵ «Anche in relazione ai reati associativi, e particolarmente con riguardo all'associazione per delinquere di tipo mafioso, è configurabile il concorso eventuale di persone, sia come concorso psicologico, nelle forme di istigazione e determinazione, nel momento in cui l'associazione viene costituita, sia – allorché l'associazione è già costituita – nella forma di contributo, a condizione, però, che tale apporto sia valutato *ex ante*, consapevolmente prestato al mantenimento e al consolidamento dell'organizzazione». Così, Cass. Pen., Sez. I, 13 giugno 1987, Altivalle, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1812 ss. Nello stesso senso, Cass. Pen., Sez. I, 11 dicembre 1992, Oro, in *Riv. pen.*, 1994, p. 666; Cass. Pen., Sez. I, 18 giugno 1993, Turiano, *ibidem*, 540; Cass. Pen., Sez. I, 23 agosto 1994, Amato, in *Cass. pen.*, 1994, 2678. Sostanzialmente isolato, anzi l'unico ad esprimersi in questo senso, è un precedente in cui la Suprema Corte ha preteso anche per il concorrente “esterno” l'avvalersi del metodo mafioso *ex art. 416bis*, comma III, c.p. Così, Cass. Pen., Sez. VI, 22 novembre 1999, Trigili, n. 1759, in *Riv. pen.*, 2000, p. 215.

dell'esser parte – da cui derivare *a contrario* una residuale autonomia per il concorso dell'*extraneus* – comporta come conseguenze sul piano dommatico la subordinazione dell'efficacia della norma penale a considerazioni di carattere socio-criminologico, quali sono le pratiche di “stereotipizzazione” e di valorizzazioni di apprezzamenti subculturali, nonché l'incentrare la nozione di partecipazione soltanto sul mero atteggiamento interiore dei sodali.⁹⁶

Per questi motivi, una parte della giurisprudenza e della dottrina ha preferito aggiungere a quest'ultimo criterio ulteriori indici distintivi tra il fatto del partecipe e l'ambito di rilevanza del concorso eventuale. Tra questi, per la discreta fortuna che ha ricevuto, spicca l'opinione secondo cui l'apporto dell'*extraneus* sarebbe connotato dal carattere di occasionalità rispetto, invece, alla stabilità ed alla permanenza della condotta partecipativa,⁹⁷ dal quale è stato, poi, ricavato, a parere di taluni, il criterio della necessaria “infungibilità” del sostegno proveniente dall'*extraneus*.⁹⁸ Tuttavia, il binomio occasionalità

⁹⁶ A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 253 ss. In senso analogo, G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit., p. 103 ss, 113.

⁹⁷ S.SAGLIA, *Osservazioni in tema di concorso eventuale nel reato di associazione di tipo mafioso*, in *Giust. pen.*, 1992, p. 306 ss, ove l'Autore specifica (p. 310) che il concorrente “esterno” «fornisce un contributo causale non irrilevante all'associazione, purché tale apporto si sia concretizzato in una singola circostanza e sia sorretto dall'intenzione di raggiungere i propri scopi individuali ed egoistici, non avendo chi agisce come mira la realizzazione dei fini ultimi dell'associazione». In giurisprudenza, Cass. Pen., Sez. I, 4 febbraio 1988, Barbella, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1988 ss, ove si stabilisce che «va ravvisato il concorso nel reato di associazione e non la partecipazione alla stessa quando l'agente, estraneo alla struttura organica dell'associazione, si sia limitato alla occasionale e non istituzionalizzata prestazione di un singolo comportamento, non privo di idoneità causale per il conseguimento dello scopo del sodalizio». Nello stesso senso, Cass. Pen., Sez. I, 23 novembre 1992, Altomonte, in *Cass. pen.*, 1995, p. 45; Cass. Pen., Sez. I, 18 giugno 1993, Turiano, cit.

⁹⁸ C.VISCONTI, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze politico criminali*, cit., p. 1336 ss.

versus stabilità ha ricevuto critiche sia da parte di coloro che già avversavano la configurabilità del concorso eventuale – i quali, a tal proposito, denunciano una violazione del principio di legalità, per contrasto con il modello concorsuale monistico *ex art. 110 c.p.*, circa la previsione del concorso eventuale come apporto occasionale nel reato associativo, *de plano* qualificabile come permanente⁹⁹ – sia da coloro che si limitavano ad evidenziare l'incoerenza dommatica del criterio in esame. Invero, nonostante quest'ultimo consenta di trarre anche una graduazione, in termini di disvalore, tra il fatto dell'*extraneus* e la partecipazione,¹⁰⁰ pone, tra queste, una delimitazione soltanto

⁹⁹ V.ADAMI, *Il concorso eventuale nei reati plurisoggettivi e, in particolare, nei delitti associativi*, cit., p. 2299; G.L.VERRINA, *Approccio riduttivo e carattere aporetico delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sul concorso esterno nel reato associativo*, cit., p. 507-508

¹⁰⁰ *Contra*, F.M.IACOVIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa*, cit., p. 2075, secondo cui «una graduazione di disvalore tra concorso esterno e partecipazione, a livello di tipicità normativa è osteggiata dall'art. 110 c.p.. Poi, a livello di realtà criminologica, non di rado il contributo del concorrente esterno ha una carica di lesività più intensa della condotta di partecipazione. Ciò che, dunque, distingue il concorso esterno dalla partecipazione non è il diverso gradi di disvalore, ma la diversa forma della condotta punibile», cosicché «rientra nell'area della punibilità ogni apporto che abbia il carattere della stabilità e della continuità. Quindi anche per il concorrente esterno quello che conta non è l'occasionalità dell'apporto, ma la stabilità e la continuità dell'apporto: perché si abbia concorso esterno occorre avere una stabilità di rapporti con l'impresa criminosa»; ID, *L'organizzazione criminogena prevista dall'art. 416 c.p., loc. cit.* In giurisprudenza, Cass. Pen., Sez. V, 10 novembre 1995, Sibilla, in *Cass. pen.* 1996, p. 2515, per cui «occasionalità ed episodicità e, nonostante l'apparenza formale, cooperazione ed agevolazione non istituzionalizzate, sono paradigmi di fatto, adottati per distinguere la condotta del concorrente eventuale da quella del partecipe sul piano della durata, non su quello eziologico». Così anche, Cass. Pen., Sez. VI, 23 gennaio 1997, Ramirez, in *Riv. pen.*, 1999, 121; Cass. Pen., Sez. VI, 31 gennaio 1997, Bassolamento, *ibidem*, 1166.

“in negativo”,¹⁰¹ di per sé insufficiente a definire l'ambito di rilevanza dell'atto concorsuale; inoltre, enfatizzando l'immagine episodica del concorso eventuale, può facilmente divenire fonte di una smisurata estensione della pretesa punitiva.

3.2. Il concorso morale.

A differenza di quanto accada e sia accaduto in passato per il concorso materiale, in relazione al concorso morale non si registrano nell'opinione prevalente impedimenti dommatici e sistematici alla sua ammissibilità; anzi, nel dibattito sulla configurabilità del concorso eventuale, finanche da parte degli Autori che ne avversavano la legittimità¹⁰² (v. 3.1.), si è, invece, ritenuto che fosse pienamente valida l'ipotesi di un concorso morale nel reato associativo – peraltro, va considerato che la pacifica, o quasi, ammissibilità del concorso morale è stata una delle argomentazione impiegate dai sostenitori

¹⁰¹ A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 261. L'Autore si mostra perplesso anche rispetto al criterio dell'infungibilità della prestazione dell'*extraneus*, sottolineando gli aspetti meramente simbolici di una siffatta imputazione, e soprattutto sul contrasto di tale criterio con le regole interne di causalità nel concorso di persone, laddove non è richiesto che il contributo del concorrente sia “infungibile”, né tanto meno *condicio sine qua non*. Così anche, A.SESSA, *Associazione di tipo mafioso e contiguità delittuosa: profili dommatici e di politica criminale*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, cit., p. 195

¹⁰² G.CONTENTO, *Il concorso di persone nei reati associativi e plurisoggettivi*, cit., p. 116-117, secondo cui, essendo le forme di concorso morale le sole ad essere sufficientemente determinate, «solo in questi casi, perciò, si può concludere che è possibile partecipare al reato senza essere partecipi dell'associazione». Tuttavia, l'Autore si affretta a precisare che «a ben guardare, non si tratta, poi, di una vera e propria deroga rispetto alle conclusioni prima raggiunte, trattandosi di casi in cui il concorso si realizza nel compimento di una condotta equiparata a quella tipicamente contemplata dalla fattispecie monosoggettiva cui accede. Si potrebbe dire, allora, che appunto per equiparazione anche l'istigatore o il determinatore partecipino all'associazione».

della configurabilità del concorso “esterno” per estendere l’applicazione del medesimo principio di diritto anche al concorso materiale¹⁰³ – nella forma di chi istiga o determina altri a farne parte.¹⁰⁴ Nonostante i casi di concorso morale siano nel tempo diventati perfino da manuale – è piuttosto nota la vicenda del padre, ex capomafia, costretto a ritirarsi per motivi di salute, che spinge il figlio, già direttore di banca, ad entrar a far parte del sodalizio per assumere la gestione di attività finanziarie sovvenzionate con proventi illeciti¹⁰⁵ – anche per il concorso morale potrebbero prospettarsi i medesimi rilievi dommatici e teleologici.¹⁰⁶ Invero, oltre a quanto già evidenziato in tema di

¹⁰³ F.M.IACOVIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa*, cit., p. 2276. L’Autore ritiene che una delle ragioni persuasive, ma non dimostrative, dell’ammissibilità del concorso materiale eventuale è stata che era quasi unanimemente riconosciuta l’ammissibilità del concorso morale: «Come dire: è contraddittorio negare il primo ed ammettere il secondo».

¹⁰⁴ G.SPAGNOLO, *L’associazione di tipo mafioso*, cit., p. 135-136. L’Autore sul punto è piuttosto attento a non sovrapporre argomenti ed istituti tra loro diversi. La condotta di proselitismo, ben riconducibile ai casi di istigazione e determinazione, anche *in incertam personam*, non va confusa con le manifestazioni soggettive di apprezzamento della subcultura mafiosa, le quali, a differenza della diversa previsione contenuta all’art. 1, comma II, l. 25 gennaio 1982, n. 17, potrebbero ricevere una tutela penale soltanto *ex art.* 414, comma IV, e 415 c.p., se integrati i rispettivi estremi (v. 1.). Così anche, G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., p. 327-328. *Contra*, F.SIRACUSANO, *Il concorso di persone e le fattispecie associative*, cit., p. 1877-1878, secondo cui non costituisce un’ipotesi di concorso eventuale l’atto di istigare taluno ad entrare a far parte del sodalizio, essendo questa riconducibile alla condotta qualificata di promozione, per la quale non è richiesto che l’autore sia anche partecipe.

¹⁰⁵ Cass. Pen., Sez. I, 30 gennaio 1992, Altadonna cit. La nota pronuncia, pur ammettendo un concorso morale nel reato associativo, aveva, però, escluso, per sovrapposizione alla condotta partecipativa, l’ammissibilità del concorso materiale. In precedenza, analogo principio di diritto fu affermato in Cass. Pen., Sez. I, 13 giugno 1987, Altivalle, cit.

¹⁰⁶ A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 268 ss.

concorso materiale (v. 3.1.), nel concorso morale, trattandosi di condotte qualificabili come apporti di tipo psichico, il rischio del contrasto con i principi di rango costituzionale come quelli di materialità, offensività e personalità della responsabilità penale, è in maggior misura evidente, soprattutto perché l'istituto del concorso morale potrebbe essere utilizzato per ricomprendere comportamenti connotati da una presunta causalità psichica agevolatrice, quali sono le dichiarazioni di impegno e di mera disponibilità,¹⁰⁷ o la progressiva “psicologizzazione” dell'intera fattispecie, come “il senso di sicurezza” e “d'impunità” tra i consociati generato dall'apporto dell'*extraneus* (v. 4.2.1., 4.3.).¹⁰⁸

3.3. I casi tipizzati di “contiguità”.

Il dibattito sulla configurabilità del concorso eventuale nel reato associativo ha conosciuto anche argomentazioni di tipo sistematico, le quali dimostrano *a fortiori* il profondo clima d'incertezza¹⁰⁹ sotteso al tema del concorso “esterno”, finanche inserendo la prospettiva di una qualificazione

¹⁰⁷ G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit, p. 114-115; ID, *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1988, p. 465, ove l'Autore correttamente precisa che «anche l'istigazione per essere punibile come forma di concorso morale, dovrà così concretarsi in una condotta capace di inserirsi funzionalmente in quella gamma di avvenimenti prodromici all'esecuzione del reato: e ciò potrà avvenire solo quando alla mera comunicazione della volontà si affianchino indicazioni ed informazioni organizzative, minacce, promesse, che qualifichino il contributo in termini di adeguatezza alla preparazione del reato».

¹⁰⁸ G.INSOLERA, *Il concorso esterno in associazione mafiosa*, in *Criminalia*, 2008, p. 281 ss.

¹⁰⁹ R.MURARO, *Il nodo del “concorso esterno” nell'associazione di tipo mafioso: un'introduzione*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio.*, cit., p. 11ss, 17 ss.

dell'apporto dell'*extraneus* nelle diverse forme già tipizzate nel codice penale e nella legislazione complementare relative alla contiguità punibile.¹¹⁰

Il tema, senz'altro complesso – considerando che la conflittualità delle opinioni ha perlopiù riguardato il solo concorso materiale, non anche, e stranamente, quello morale – è stato impiegato nel processo dimostrativo contrario alla configurabilità del concorso eventuale.¹¹¹ Si è affermato, cioè, che l'ordinamento giuridico già contempra talune fattispecie di “contiguità”, e, tra queste, le circostanze aggravanti di cui all'art. 7, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, i delitti di favoreggiamento personale e reale aggravato *ex artt.* 378, comma II, e 379, comma II, di assistenza agli associati *ex art.* 418, e di accordo

¹¹⁰ C.VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, *cit.* p. 247. A parere dell'Autore, il legislatore, nel processo di tipizzazione delle fattispecie incriminatrici di contiguità alla mafia, ha seguito tre modelli d'incriminazione: il primo, basato sulla anticipazione della tutela penale, assorbe le ipotesi *ex artt.* 416^{ter} e 418 c.p.; il secondo, fondato sull'aggravamento sanzionatorio e sulla specializzazione incriminatrice, riguarda le fattispecie di cui all'art. 378, comma II, c.p. e art. 7, d.l. 152/1991, ma può inserirsi anche l'art. 416^{ter} c.p., perché formulato sull'esempio dei reati elettorali; e, infine, il ricorso alle misure di prevenzione.

¹¹¹ F.SIRACUSANO, *Il concorso di persone e le fattispecie associative*, *cit.*, p. 1875. G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, p. 124. In giurisprudenza, Cass. Pen., Sez. I, 18 maggio 1994, Clementi, in *Foro it.*, 1994, II, p. 560, secondo cui, pur considerando la «dodevole intenzione di sanzionare ogni possibile contiguità con dette organizzazioni criminose da parte di soggetti non organicamente inseriti nelle stesse», tali previsioni – riferendosi ai delitti favoreggiamento, assistenza agli associati, e alle circostanze aggravanti speciali – «sarebbero inutili se fosse configurabile un concorso dall'esterno. [...] tale argomento di ordine sistematico dimostra in modo inequivocabile, la volontà legislativa di tenere distinte le due diverse fenomenologie criminose: da una parte la partecipazione nell'associazione criminosa, dall'altro l'attività di agevolazione dell'associazione medesima». Le argomentazioni di tipo sistematico sono state sviluppate anche in Cass. Pen., Sez. I, 18 maggio 1994, Mattina, e Cass. Pen., Sez. I, 18 maggio 1994, Abbate, limitatamente alla fattispecie *ex art.* 418 c.p., e in Cass. Pen., Sez. I, 30 giugno 1994, Della Corte, limitatamente all'art. 418 c.p. e all'art. 7, d.l. 152/1991.

elettorale politico-mafioso *ex art. 416ter* c.p., in quanto manifestazioni di un preciso interesse del legislatore ad incriminare le forme di sostegno esterno alle consorterie mafiose; al di là di tali ipotesi legislative, l'ermeneutica giudiziale non potrebbe inoltrarsi.

Dunque, si impone come necessaria la disamina delle fattispecie ora elencate, al fine di ravvisare se, e quando, la loro previsione osti effettivamente alla configurabilità del concorso eventuale nel reato associativo, posto che il superamento degli impedimenti di ordine sistematico non consente, di per sé, di ritenere superate le obiezioni di tipo dommatico e teleologico sopra riportate.

3.3.1. Le circostanze aggravanti *ex art. 7*, d.l. 13 maggio 1991, n. 152.

Il primo degli argomenti sistematici attiene alle circostanze aggravanti ad effetto speciale, presenti nella legislazione complementare, *ex art. 7*, comma I, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito in l. 12 luglio 1991, n. 203, secondo cui «Per i delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'*art. 416bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, la pena è aumentata da un terzo alla metà». La norma può pacificamente inserirsi nel vasto compendio normativo di contrasto alla criminalità organizzata, *sub specie* mafiosa, estensione di una politica legislativa emergenziale improntata all'inasprimento, peraltro palese, del trattamento sanzionatorio, come comodo, e facile, punto di fuga nella scelta tra le tecniche di tutela penale disponibili per il legislatore.

L'ambito di applicazione delle circostanze è piuttosto vasto, poiché esse si adattano ad ogni fattispecie delittuosa – quindi, non necessariamente i soli delitti-scopo della consorteria – che sia stata realizzata da soggetti, i quali, tra le modalità esecutive del reato, si siano avvalsi del metodo mafioso di cui all'*art. 416bis*, comma III, c.p. – la forza intimidatrice derivante dal vincolo

associativo e la condizione di assoggettamento ed omertà che ne deriva – oppure che abbiano commesso il delitto al fine di agevolare taluna o più delle finalità mafiose tipizzate dalla fattispecie appena richiamata. Inoltre, contribuisce ulteriormente ad estendere l'ambito di applicazione delle circostanze in esame l'orientamento giurisprudenziale prevalente, orientato a servirsi della fattispecie circostanziata indifferentemente sia per i partecipi, sia per i concorrenti eventuali.¹¹²

Con riferimento ai partecipi, già concorrenti necessari nella fattispecie associativa, l'applicazione delle circostanze aggravanti per gli altri delitti commessi immediatamente pone un problema; invero, il maggior disvalore del fatto, con cui sembra spiegarsi l'aumento di pena ad effetto speciale delle fattispecie circostanziate in esito all'impiego del metodo mafioso o alla finalità mafiosa perseguita, è già assorbito dal severo trattamento sanzionatorio previsto per il delitto di partecipazione in associazione mafiosa. Pertanto, al fine di non incorrere in una duplicazione della rilevanza penale del medesimo fatto, e, quindi, in una violazione del *ne bis in idem* sostanziale, la fattispecie circostanziata, in entrambe le forme previste, non può (*recte*, potrebbe) applicarsi agli associati.¹¹³

¹¹² Cass. Pen., Sez. Un., 28 marzo 2001, Cinalli, *cit.*, p. 2662, in cui si afferma che «l'aggravante prevista all'art. 7, d.l. 152/1991, in entrambe le forme in cui può atteggiarsi, è applicabile a tutti coloro che, in concreto, ne realizzano gli estremi, siano essi partecipi di un qualunque sodalizio mafioso, siano essi estranei, ed in particolare, per i soggetti qualificati, la stessa è operante anche per i reati fine».

¹¹³ A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, *cit.*, p. 276. Tuttavia, va registrato che il prevalente orientamento giurisprudenziale ritiene di superare, in modo non del tutto convincente, l'eccezione ora sollevata, affermando la piena cumulabilità tra la condanna per partecipazione in associazione mafiosa e le circostanze in esame, poiché «la prima connota il fenomeno associativo ed è, al pari del vincolo, un elemento che permane indipendentemente dalla commissione dei vari reati; la seconda costituisce eventuale caratteristica di un concreto episodio delittuoso, ben potendo succedere, di converso, che un associato attui una condotta penalmente rilevante, e pur costituente reato-fine, senza

Per quanto riguarda il concorso eventuale, le fattispecie circostanziate, per il modo in cui sono formulate, sono applicabili anche a soggetti esterni al sodalizio, posto che il campo di applicazione per le due ipotesi contemplate è differenziato. In ordine alla prima circostanza aggravante, può ritenersi possibile che un *extraneus* si avvalga del metodo mafioso, seppure il riferimento dell'art. 416*bis*, comma III, c.p. alla forza intimidatoria del vincolo associativo e la condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva, restringono il campo di applicazione dell'istituto a casi piuttosto sporadici, come, per esempio, la simulazione della qualità di associato.¹¹⁴

Ad ogni buon conto, è la seconda delle circostanze previste ad aver posto maggiori problemi interpretativi, soprattutto in ordine alla prospettiva che essa possa occupare lo spazio nel quale si colloca il concorso eventuale. Sennonché, l'opinione prevalente è indirizzata a riconoscere un distinto campo applicativo tra la circostanza dell'agevolazione mafiosa ed il concorso "esterno", sulla base della constatazione che la finalità di agevolazione mafiosa sarebbe confinabile in una dimensione unicamente soggettiva, propria del dolo del soggetto agente, finanche ipotizzando un'applicazione congiunta di circostanze e concorso eventuale, quando dal singolo delitto commesso dall'*extraneus* scaturisca un rafforzamento del sodalizio.¹¹⁵ Tuttavia, le

avvalersi del potere intimidatorio del clan». Così, Cass. Pen., Sez. Un., 27 aprile 2001, Cinalli, *cit.*

¹¹⁴ G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, *cit.*, p. 170 ss.

¹¹⁵ Cass. Pen., Sez. Un., 5 ottobre 1994, Demitry, *cit.*, ove si afferma che «è tutto da dimostrare che, qualora il contributo richiesto all'estraneo per assicurare la vita dell'associazione, passi attraverso un determinato o determinati delitti, il delitto o i delitti, aggravati come vuole la norma in esame, non possano concorrere con il reato di cui agli art. 110 e 416*bis* c.p.». Conferma le argomentazioni delle precedenti Sezioni Unite, in particolare per ciò che concerne la rilevanza unicamente soggettiva dell'aggravante speciale della finalità mafiosa, Cass. Pen., Sez. Un., 30 ottobre 2002, Carnevale, *cit.* Recentemente in questo senso, Cass. Pen., Sez. I, 30 marzo 2011, P., con nota di E.SQUILLACI, *L'aggravante*

argomentazioni sopra elaborate non sono del tutto convincenti, anche perché sembrano mosse maggiormente da ragioni di meritevolezza della pena – come nel caso, peraltro noto, e riportato dalle stesse Sezioni Unite del 1994, del *killer* forestiero assoldato per eliminare il capo di un clan rivale, il quale, a parere della Suprema Corte, non sarebbe di per sé «meritevole»¹¹⁶ del solo aggravamento della pena, qualora da tale delitto discenda una maggiore e voluta stabilità del vincolo associativo – piuttosto che da elementi spiccatamente dommatici.¹¹⁷

della c.d. agevolazione mafiosa nel prisma del principio costituzionale di offensività, in *Arch. Pen.*, 2011, p. 583 ss, secondo cui «sussiste la circostanza aggravante della c.d. agevolazione mafiosa in relazione alla condotta di colui che, senza essere organicamente inserito in un'associazione mafiosa, offra un contributo al perseguimento dei suoi fini, ma solo a condizione che tale comportamento risulti assistito dalla consapevolezza di favorire l'intero sodalizio, e non un suo singolo componente del quale si ignorino le connessioni con la criminalità organizzata». Così anche G.A.DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, cit., p. 1300-1301, che aggiunge di ritenere ad ogni modo indispensabile che la finalità di agevolazione mafiosa superi almeno l'accertamento di una idoneità causale a realizzare il fine prefigurato. Nello stesso senso A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 278. Eleva, invece, il criterio della rilevanza causale ad elemento distintivo tra gli istituti in esame, G.DE VERO, *La circostanza aggravante del metodo e del fine di agevolazione mafiosi: profili sostanziali e processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 53 ss, sottolineando che il delitto considerato dalla circostanza ex art. 7, d.l. 152/1991 sia, in sintesi, caratterizzato dall'episodicità del contributo, rispetto ai requisiti di stabilità e continuatività che accompagnerebbero l'apporto del concorrente "esterno".

¹¹⁶ Cass. Pen., Sez. Un., 5 ottobre 1994, Demitry, cit. Sul punto fortemente critico, V.ADAMI, *Il concorso eventuale nei reati plurisoggettivi e, in particolare, nei delitti associativi*, cit., p. 2298, per il quale codesto caso è emblematico di una responsabilità per concorso nel delitto-scopo, ma non anche nell'associazione.

¹¹⁷ C.VISCONTI, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze politico criminali*, cit., p. 1340-41; ID, *Contiguità alla mafia*, cit. p. 178 ss. In senso critico anche E.SQUILLACI, *L'aggravante della c.d. agevolazione mafiosa nel prisma del principio costituzionale di*

In conclusione, le circostanze aggravanti *ex art. 7, d.l. 152/1991* non precludono la configurabilità del concorso eventuale nel reato associativo, che continua a conservare una propria autonomia applicativa, finanche nel caso limite che dal singolo delitto commesso scaturisca un verificato ed effettivo rafforzamento del sodalizio, benché la congiunta applicazione della circostanza speciale dell'agevolazione mafiosa si presti a forti riserve sotto il profilo della duplicazione della rilevanza penale del medesimo fatto, in contrasto con il principio del *ne bis in idem*.¹¹⁸

3.3.2. Favoreggiamento e assistenza agli associati.

Il secondo degli argomenti di tipo sistematico ha riguardato le fattispecie di favoreggiamento, personale e reale, di cui agli artt. 378 e 379 c.p., e di assistenza agli associati *ex art. 418 c.p.*, per ciò che interessa il rapporto tra la condotta di partecipazione, di concorso “esterno”, ed il fatto incriminato dalle fattispecie ora menzionate, nonché, in particolare, il significato della clausola di riserva (*i.e.*, di sussidiarietà) «fuori dai casi di concorso nel medesimo reato», espressa in ciascuna di esse, e la possibilità che detta clausola escluda la configurabilità del concorso eventuale nel reato associativo.

Partendo dalle ipotesi di favoreggiamento, va immediatamente rilevato che il dato normativo, da cui è sorto il dibattito sulla prospettata esclusione

offensività, cit., p. 593 ss. L'Autore ritiene che le circostanze in esame, in ragione della loro funzione repressiva ed intimidatoria, siano espressione di un “diritto penale dell'autore”, in quanto la formulazione offerta dal legislatore e l'elaborazione giurisprudenziale propendono verso una soggettivizzazione marcata dell'istituto; inoltre, non manca di sottolineare che il confinamento della circostanza sul piano unicamente soggettivo ha comportato, di fatto, uno svuotamento dommatico del dolo specifico, vanificando la sua funzione selettiva della responsabilità penale.

¹¹⁸ A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo, cit.*, p. 279-280.

della configurabilità del concorso “esterno”, risiede nella l. 13 settembre 1982, n. 646 (Legge Rognoni-La Torre) la quale ha introdotto ai rispettivi capoversi degli artt. 378 e 379 c.p. un aggravamento della pena edittale minima qualora il reato-presupposto del favoreggiamento fosse il delitto *ex art.* 416*bis* c.p. Le disposizioni ora richiamate rappresentano un’anticipazione vistosa della tutela penale, poiché, in base al tenore letterale, sono incentrate unicamente sulla condotta, peraltro alquanto indeterminata, di favoreggiamento – aiutare taluno ad “eludere” le investigazione o a “sottrarsi” alle ricerche effettuate dell’autorità giudiziaria per l’art. 378, e di “assicurare” il prodotto, il profitto o il prezzo del reato *ex art.* 379 – senza che, ai fini del perfezionamento del reato, sia necessario che l’evento effettivamente si verifichi, purché il reato-presupposto sia un delitto punito con l’ergastolo o la reclusione, e, nel caso interessato dal presente lavoro, la fattispecie di associazione di tipo mafioso,¹¹⁹ a nulla rilevando che quest’ultima sia un reato permanente, potendo la condotta di favoreggiamento intervenire anche nel corso della consumazione del reato-presupposto.¹²⁰

È lampante che le fattispecie di favoreggiamento esercitano una funzione di incriminazione di comportamenti di contiguità ai sodalizi criminali, ma per ciò che attiene al rapporto tra il soggetto agente ed il singolo associato, non anche – o perlomeno direttamente – l’intero sodalizio; per questo, tali fattispecie risultano non idonee a dar luogo ad una sovrapposizione o ad un assorbimento dei comportamenti punibili a titolo di concorso eventuale nel reato associativo. Invero, l’opinione prevalente in giurisprudenza ed in dottrina ravvisa in particolar modo nell’elemento psicologico il *discrimen* tra le

¹¹⁹ G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, V ed., Bologna, 2012, p. 404 ss.

¹²⁰ Cass. Pen., Sez. I, 18 febbraio 2004, n. 6905. *Contra*, seppur trattasi di un orientamento minoritario, Cass. Pen., Sez. V, 3 settembre 2004, Iovino, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2252 ss; Cass. Pen., Sez. I, 27 settembre 1995, Foglia, *ivi*, 1996, p. 2947, per i quali si richiede che il reato commesso sia consumato, e, se permanente, che questa sia cessata.

fattispecie di favoreggiamento, da un lato, e di partecipazione e concorso “esterno”, dall’altro; il soggetto attivo *ex artt.* 378 e 379 c.p., nei limiti della, seppur ampia, tipicità del fatto descritto, è mosso unicamente dall’interesse di favorire l’autore del reato-presupposto, essendo estranee al dolo del soggetto attivo ulteriori e diverse finalità, ed esulando l’effetto eventuale o indiretto esercitato sul sodalizio, in termini di rafforzamento o conservazione del medesimo.¹²¹ Tuttavia il solo rilievo relativo alla fattispecie soggettiva non è di per sé sufficiente ad esaurire la disamina dei distinti campi di applicazione degli istituti considerati, senza che, al contempo, non si estenda l’accertamento anche alla rilevanza causale dell’apporto prestato,¹²² occorrendo con esattezza conoscere il tipo di soccorso fornito all’autore del reato-presupposto;

¹²¹ Cass. Pen., Sez. Un., 30 ottobre 2002, Carnevale, *cit.*; Cass. Pen., Sez. II, 3 aprile 2003, Contrada, n.15756. Così anche, G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis, cit.*, p. 82, il quale a sua volta eleva la centralità dell’elemento psicologico anche come elemento distintivo tra le condotte di favoreggiamento ed assistenza agli associati. *Contra*, G.BORRELLI, *Contiguità mafiosa e delitti di favoreggiamento dopo la sentenza Carnevale*, nota a Cass. Pen. Sez. V, 3 settembre 2004, Iovino, n. 29887, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2252 ss; l’Autore si mostra critico sul punto. Invero, la necessità che il soggetto attivo agisca al solo fine di favorire l’autore del reato-presupposto, estromettendo ulteriori finalità, anche personali, è un’esegesi valida, a parere dell’Autore, soltanto in tema di favoreggiamento reale – poiché su di essa la clausola di riserva si estende anche ai delitti *ex artt.* 648 ss, in cui la rilevanza di finalità diverse, anche personali, rientrerebbe nell’attività di “locupletazione” caratterizzante le norme appena richiamate – non pure personale *ex art.* 378 c.p., non essendo per quest’ultima fattispecie affatto necessaria.

¹²² Circa la valorizzazione dell’elemento causale, G.SPAGNOLO, *L’associazione di tipo mafioso*, *cit.*, p. 142-143, 148 ss. In giurisprudenza, Cass. Pen., Sez. I, 4 febbraio 1988, Barbella, *cit.*, per cui «commette il delitto di partecipazione ad associazione per delinquere, e non quello di favoreggiamento personale, il soggetto che organicamente e sistematicamente opera con gli associati a delinquere, come elemento strutturale dell’apparato del sodalizio criminoso». Più recente, Cass. Pen., Sez. VI, 6 giugno 1995, Monteleone, in *Riv. pen.*, 1996, p. 873.

pertanto, nel caso in cui l'aiuto offerto dal soggetto attivo sia voluto per rafforzare la consorteria criminosa, e consista in un apporto connotato dai termini di stabilità, continuatività, potrà ritenersi commesso il delitto di partecipazione in associazione, mentre, qualora il soggetto attivo fornisca un contributo voluto per perseguire i medesimi propositi, ma in assenza degli elementi connotativi della condotta di partecipazione, si realizzerà un concorso eventuale nel reato associativo.¹²³ Al di fuori dei casi ora descritti, il fatto di colui che con la propria condotta favorisca taluno, o più, degli associati, ma non presenti gli elementi sopra esposti rispetto al risultato di favorire direttamente l'intero sodalizio, non potrà che intendersi come favoreggiamento *ex artt. 378 e 379 c.p.*,¹²⁴ finanche nell'ipotesi in cui la condotta commessa risulti indirettamente funzionale all'attività posta in essere dall'associazione, potendo, tutt'al più, condurre all'applicazione della circostanza aggravante *ex art. 7, d.l. 152/1991*.¹²⁵

La seconda delle fattispecie prese in esame ha riguardato il delitto di assistenza agli associati – dai lontani trascorsi legislativi risalenti alle codificazioni del XIX secolo, e che riporta alla mente le condotte di “manutengolismo” punite dalla l. 15 agosto 1863, n. 1409 (Legge Pica) – previsto all'art. 418 c.p., modificato con d.l. 18 ottobre 2001, n. 374, convertito in l. 15 dicembre 2001, n. 438 (*Disposizione urgente per contrastare il terrorismo internazionale*), al fine di creare un tessuto normativo uniforme all'art. 307 e alla nuova fattispecie di cui all'art. 270^{ter} c.p., secondo cui «Chiunque, fuori dai casi di concorso nel reato o di favoreggiamento, dà rifugio o fornisce

¹²³ L.CARADONNA, *Il concorso esterno in associazione mafiosa e la fattispecie incriminatrice di carattere sussidiario prevista dall'art. 378 c.p.: configurabilità e differenze*, nota a App. Caltanissetta 7 maggio 2009, in *Giur. mer.*, 2010, p. 174 ss.

¹²⁴ A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, *cit.*, p. 285.

¹²⁵ Cass. Pen., Sez. VI, 12 febbraio 2008, n. 6571, in *Giur. mer.*, 2010, p. 184; Cass. Pen., Sez. VI, 7 gennaio 2008, n. 294 *ibidem*, p. 185..

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 continuativamente». La disposizione in esame risponde ad una strategia repressivo-intimidatoria, propria del compilatore fascista, fondata sulla massima anticipazione ed estensione della pretesa punitiva, andando a sanzionare condotte rudimentali di fiancheggiamento non al sodalizio, bensì ai singoli associati,¹²⁶ sulle quali possono considerarsi fondate le accuse di violazione alle istanze di politica criminale, *sub specie* frammentarietà ed offensività, seppure una limitazione applicativa può scaturire dalla constatazione che, a parere di alcuni, la norma sarebbe riferita unicamente alla partecipazione *ex art.* 416, e non anche *ex art.* 416*bis* c.p.¹²⁷

In base al tenore letterale del fatto incriminato, la norma si mostra come inidonea a sovrapporsi alle condotte punite a titolo di partecipazione e di concorso in associazione, essendo, per l'appunto, circoscritta ad assorbire, al

¹²⁶ *Relazione del Guardasigilli*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, cit., p. 107, che, riferendosi all'art. 307, e per estensione anche all'art. 418 c.p., afferma: «Poiché il delitto di banda armata è permanente, il somministrare vettovaglie alla banda o somministrarvi assistenza [...] equivale in realtà a far sussistere le condizioni indispensabili per la sua coesione, a mantenere in vita questa specie di società criminosa, a cooperare alla sua permanenza. [...] L'elemento materiale deve esaurirsi in una forma di assistenza individuale. Qualora la somministrazione del vitto [fosse data] collettivamente, si verserebbe in tema di concorso nel reato di banda armata, [...] e quindi di partecipare all'esecuzione dei delitti».

¹²⁷ C.LONGOBARDO, *Assistenza agli associati*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale, Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, cit., p. 661 ss. Nello stesso senso, A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 188, 282. *Contra*: G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 150; G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit., p. 99, i quali ritengono la fattispecie pienamente estendibile anche ai casi di partecipazione in associazione mafiosa.

di fuori dei casi di favoreggiamento (*supra*), comportamenti pertinenti al rapporto tra il soggetto attivo e il singolo associato, purché il contributo prestato, anche se continuativo, esaurisca il suo effetto di sostegno unicamente in capo all'assistito, o ai singoli assistiti, senza che possa rilevarsi un supporto all'organizzazione,¹²⁸ e sempre che la condotta non presenti gli elementi connotativi dell'*actio* del partecipe¹²⁹ o del concorrente eventuale.¹³⁰

Senonché, la questione più controversa è stata l'interpretazione della funzione e del significato della clausola di sussidiarietà «al di fuori dei casi di concorso nel reato», prevista per le fattispecie di favoreggiamento ed assistenza agli associati – seppure il dibattito si è concentrato particolarmente sull'art. 418 c.p. in quanto norma accessoria alle fattispecie associative –, clausola che, secondo un orientamento tradizionalmente avverso alla configurabilità del concorso “esterno”, suggeriva un rinvio unicamente alle ipotesi di concorso necessario, e, quindi, di partecipazione in associazione, dimostrando, per volontà espressa del legislatore, *a contrario*, la non ammissibilità di un concorso eventuale nel reato associativo (v. 3.3.).¹³¹ Tuttavia, l'argomento di tipo sistematico è stato, seppure in modo non del tutto chiaro, respinto dalla giurisprudenza prevalente¹³² sulla base di tre rilievi: il primo, di tipo logico, consiste nell'aver sottolineato come gli orientamenti sopracitati cadessero nella contraddizione di negare l'ammissibilità del

¹²⁸ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 151; G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis*, cit., p. 81; Cass. Pen., Sez. V, 20 febbraio 2001, Cangialosi, n. 6929.

¹²⁹ G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit., p. 101.

¹³⁰ A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 283.

¹³¹ F.SIRACUSANO, *Il concorso di persone e le fattispecie associative*, cit., p. 1875; Cass. Pen., Sez. I, 18 maggio 1994, Clementi, cit. (v. 3.3.)

¹³² Cass. Pen., Sez. Un., 5 ottobre 1994, Demitry, cit. Alle stesse conclusioni, sinteticamente, perviene anche Cass. Pen., Sez. Un., 30 ottobre 2002, Carnevale, cit.

concorso materiale, e non anche del concorso morale; il secondo, di tipo letterale, consiste nel ritenere che la clausola in esame non possa riferirsi ai casi di concorso necessario, perché nella medesima disposizione il legislatore per indicare codeste condotte si è rifatto alla formula «persone che partecipano nell'associazione», talché la clausola di riserva non può che riferirsi alle ipotesi di concorso eventuale nel reato associativo, confermandone l'ammissibilità;¹³³ infine, il terzo, di tipo storico, riporta l'attenzione sulla Relazione ministeriale al progetto del codice penale, dalla quale, a parere della Suprema Corte, emergerebbe l'intenzione specifica del legislatore di non riferirsi, con la clausola di riserva, né ai casi di concorso dell'*extraneus* nei reati-fine, né alla partecipazione in associazione, ma, invece, ai casi di concorso, da parte di soggetti estranei, nella fattispecie associativa.¹³⁴

3.3.3. L'art. 416^{ter} c.p. Lo Scambio elettorale politico-mafioso.

Nel dibattito sull'esistenza nel nostro ordinamento giuridico di impedimenti di tipo sistematico alla configurabilità del concorso eventuale nel reato associativo, si è chiamato in causa l'art. 416^{ter} c.p., inserito con d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in l. 7 agosto 1992, n. 356 – modellato in parte

¹³³ Sul punto, così come sul rilievo di tipo storico, le Sezioni Unite del 1994 riportano letteralmente C.F.GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa e irrilevanza penale*, cit. p. 1191.

¹³⁴ Critico sulla concluzione e sull'univocità delle argomentazioni impiegate dalla Suprema Corte, ritenendole «paralogiche», C.VISCONTI, *Il tormentato cammino del concorso «esterno» nel reato associativo*, cit., p. 573. Nello stesso senso, G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit., p. 111-112, secondo cui dalla Relazione ministeriale appare perlopiù un interesse ad escludere una riferibilità al concorso di terzi nei reati-scopo, essendo assai poco realistico che il legislatore del 1930 avesse con ciò voluto esporre un rinvio al concorso eventuale in associazione, rimasto ignoto alla letteratura prima delle iniziali applicazioni nel corso delle vicende giudiziarie relative ai fatti di terrorismo degli anni Settanta.

sui reati elettorali previsti agli artt. 96 e 97, DPR 3 marzo 1957, n. 361, relativa alle elezioni della Camera dei Deputati, ed estesi, per successive integrazioni normative, alle elezioni del Senato della Repubblica, nonché dei consigli provinciali, comunali e regionali a statuto ordinario –, secondo cui «La pena stabilita dal primo comma dell'articolo 416*bis* si applica anche a chi ottiene la promessa di voti prevista dal terzo comma del medesimo articolo 416*bis* in cambio della erogazione di denaro». La norma si presta a qualificarsi come fattispecie incriminatrice accessoria all'associazione di tipo mafioso, non solo per effetto del rinvio esplicito all'art. 416*bis* c.p. per ciò che concerne la pena edittale e il riferimento al modello (finalità e metodo) mafioso – il legislatore, infatti, ha contestualmente inserito al comma III della disposizione poc'anzi richiamata la finalità «di impedire ed ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali» – ma, soprattutto, perché mutua dall'art. 416*bis* c.p. le principali peculiarità dommatiche; invero l'art. 416*ter* c.p. finisce col dipendere dall'associazione di tipo mafioso per tutto quanto interessa la determinazione, non pacifica, del bene giuridico e dell'evento, che anche qui manca; si tratta di una norma connotata nel senso dell'imprecisione del fatto incriminato, e della funzione palesemente anticipatoria della soglia di punibilità, retrocessa alla punibilità del mero accordo, con l'infelice allontanamento dai principi di materialità ed offensività.¹³⁵

Per ciò che concerne il fatto incriminato, la fattispecie si mostra come un esempio di cattiva tecnica di redazione legislativa, peraltro, fortemente condizionata dal contesto storico in cui è maturata, perché frapposta alle stragi di Capaci e Via D'Amelio dell'estate del 1992; inoltre, l'accesa conflittualità manifestata in sede parlamentare ha ulteriormente appesantito l'*iter* procedurale, concependo una fattispecie monca e fortemente oscura. Secondo

¹³⁵ A.CAVALIÈRE, *Lo scambio elettorale politico-mafioso*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale, Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, cit., p. 642 ss.

la ricostruzione prevalente, la norma non incrimina la generale e triste vicenda del voto di scambio, il cosiddetto procacciamento, già di per sé sanzionato nella legislazione complementare (*supra*),¹³⁶ ma un «contratto ad oggetto illecito»,¹³⁷ in cui, da un lato, figura il soggetto attivo – non necessariamente una persona che risulti candidata in una competizione elettorale, potendo comparire anche un soggetto che agisca per conto proprio o di terzi – disposto ad erogare una somma di denaro, dall'altro, figura l'associazione di tipo mafioso, che, per mezzo di propri affiliati o di “esterni”, riceve la suddetta somma prestando alla controparte la promessa di procacciamento di voti, da estorcere, rispettando il senso letterale della disposizione, tramite l'impiego del metodo mafioso *ex art. 416bis*, comma III, c.p.¹³⁸ La carenza di

¹³⁶ M.P.MULÈ, *Scambio elettorale politico-mafioso e rilevanza della mera promessa reciproca*, nota a Cass. Pen., Sez. I, 21 agosto 2012, Battaglia, in *Arch. Pen.*, 2012, p. 1166-1167. L'Autore, ricalcando gli orientamenti della prevalente giurisprudenza, ritiene che l'elemento distintivo in maggior misura evidente tra la fattispecie in esame ed i reati elettorali prima richiamati sia rinvenibile nella qualità del promittente dei voti oggetto del mercimonio; invero, il carattere mafioso dell'associazione e la qualità di affiliato o referente della persona fisica che esterna la promessa di voti, nonché la riconoscibilità di questi connotati da parte del soggetto attivo, sono elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 416ter c.p.

¹³⁷ G.A.DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso si persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, cit., p. 1292.

¹³⁸ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 143 ss; G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis*, cit., p. 67 ss; G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit., p. 85-86; G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, cit., p. 498 ss. È controverso in giurisprudenza se per l'art. 416ter c.p. l'impiego del metodo mafioso debba comportare l'effettivo ricorso ad atti intimidatori. In questo senso, Cass. Pen., Sez. VI, 12 aprile 2012, n. 18080, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1063; Cass. Pen., Sez. III, 23 settembre 2005, n. 39554, in *Giur. it.*, 2006, p. 1025; Cass. Pen., Sez. I, 25 marzo 2003, Cassata, in *Riv. pen.*, 2004, p. 673. Nel senso di non richiedere l'effettiva commissione di atti d'intimidazione o prevaricatori, Cass. Pen., Sez. III, 24 aprile 2012, n. 2765, inedita; Cass. Pen., Sez. I, 14 gennaio 2004, n. 3859, in *Foro it.*, 2005, II, p. 479.

una siffatta impostazione normativa è rilevabile *ictu oculi*, posto che limita il suo ambito applicativo alla semplice retribuzione in denaro, non avendo il legislatore considerato che, nella fenomenologia della contiguità alla mafia, il sodalizio criminoso e lo stesso soggetto attivo potrebbero avere interessi o disponibilità diverse dall'erogazione di una prestazione meramente pecuniaria; ciò nonostante, la frammentarietà della norma penale non sembra offrire al riguardo molte alternative ermeneutiche.¹³⁹ In realtà, una tale scelta legislativa non fu affatto casuale – la proposta originaria contemplava che la controprestazione del soggetto attivo potesse anche riguardare l'agevolazione del conseguimento di concessioni, appalti, finanziamenti pubblici, o comunque di profitti illeciti – ma frutto di una precisa volontà del legislatore, con la quale si volle prevenire che la determinazione generica di diverse “utilità” o di “ingiusti profitti” desse adito a filoni giurisprudenziali estensivi della contiguità punibile,¹⁴⁰ in un ambito, come quello del voto di scambio politico-mafioso, già fortemente caratterizzato dall'intercambiabilità tra la

¹³⁹ Una leggera apertura è stata registrata dalla giurisprudenza di legittimità nel rilevare che l'oggetto materiale del reato possa consistere, oltre che in una prestazione in denaro, anche in qualsiasi altro bene con un valore di scambio immediatamente quantificabile in termini economici. Così, Cass. Pen., Sez., II, 30 novembre 2011, Marrazzo, n. 46922, in *CED*, 251374. Più recente, Cass. Pen., Sez. VI, 11 aprile 2012, n. 20924, in *Guid. dir.*, 2012, p. 83. Si tratta, peraltro, di una chiara estensione analogica *in malam partem*, in contrasto con gli artt. 14 disp. prel. c.c. e 1 c.p., oltre che del principio costituzionale di legalità *ex art.* 25, comma II, Cost.

¹⁴⁰ Atti Parlamentari, Senato della Repubblica, XI Legislatura, seduta pubblica del 6 agosto 1992, in *www.senato.it*. Per una recente disamina dell'art. 416*ter* c.p., A.PANETTA-A.BALSAMO, *Sul patto elettorale politico-mafioso, vent'anni dopo. Poche certezze, molti dubbi*, nota a Cass. Pen., Sez., VI, 22 Novembre 2011, n. 43107, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3756 ss, i quali affermano che «l'art. 416*ter* è caratterizzato da un impianto simbolico inversamente proporzionale alla sua efficacia repressiva».

rilevanza giuridica del fatto contestato e la risonanza politico-mediatica che esso comporta.

Un argomento piuttosto controverso ha riguardato le modalità di perfezionamento del reato – e, in particolare, se per la punibilità del fatto sia sufficiente il mero scambio di promesse, o se dall'accordo debba pretendersi una esecuzione –, e l'effetto che il patto stesso, nonché la sua attuazione, riveste sul sodalizio in termini di rafforzamento, poiché è dalla risposta a tali quesiti che dipende la risoluzione dei rapporti tra la fattispecie *ex art. 416ter* c.p. ed il concorso eventuale nel reato associativo.

Sul punto indubbiamente incide la pessima formulazione letterale della fattispecie, la quale se, da un lato, ritiene sufficiente la semplice promessa di voti, non essendo necessario né che i voti risultano concretamente estorti né che il candidato risulti effettivamente eletto, dall'altro, riguardo alla condotta del soggetto attivo, non chiarisce se essa debba consistere nella dazione della somma pattuita o se sia sufficiente la mera disponibilità scaturita dall'accordo. L'opinione prevalente muove verso questa seconda opzione, nel ritenere bastevole lo scambio di promesse,¹⁴¹ utilizzando ora una comparazione di

¹⁴¹ Cass. Pen., Sez. VI, 10 febbraio 2004, Falco, n. 10785; Cass. Pen., Sez. I, 25 marzo 2003, Cassata, *cit.* In particolare, Cass. Pen., Sez., V, 20 aprile 2000, Frasca, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1194 secondo cui «nel reato di scambio elettorale politico-mafioso non è necessario, ed anzi è improbabile, che il politico aderisca, quale componente o concorrente esterno, alla struttura malavitoso, nell'ipotesi in cui l'associazione mafiosa si impegni per ostacolare il libero esercizio del diritto di voto o per procurare voti ad un determinato candidato; quest'ultimo, o sarà un aderente, a pieno titolo, alla suddetta associazione, ma disponibile al soddisfacimento delle esigenze della stessa, oppure potrà rivestire, in ragione del suo concreto comportamento, il ruolo di concorrente esterno; ciò in quanto anche se *intranseus* alla *societas sceleris*, potrà allacciare con la stessa un rapporto collaborativo ed una relazione di reciproca utilità». Nello stesso senso, recentemente, Cass. Pen., Sez. VI, 9 novembre 2011, n. 43107, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3754; Cass. Pen., Sez. VI, 5 giugno 2012, n. 23186, *ivi*, 2013 p. 1927; Cass. Pen., Sez. I, 21 agosto 2012, Battaglia, *cit.*, secondo cui «il reato di scambio elettorale politico-mafioso si perfeziona al momento della formulazione delle reciproche

ordine sistematico con le altre fattispecie incriminatrici in materia di reati elettorali,¹⁴² ora la riflessione per cui dall'accordo *ex art. 416ter* c.p. non è indispensabile che discenda un contributo voluto o diretto al rafforzamento del sodalizio mafioso, né una disponibilità da parte del soggetto attivo ad agire in futuro a vantaggio dell'organizzazione.¹⁴³

Ciò ha reso in maggior misura complesso il rapporto con il concorso eventuale nel reato associativo, non tanto, come taluni ritengono, perché l'art. 416ter c.p. abbia tipizzato un'ipotesi di concorso "esterno",¹⁴⁴ essendo

promesse, indipendentemente dalla loro realizzazione, essendo rilevante, per quanto riguarda la condotta dell'uomo politico, la sua disponibilità di venire a patti con la consorterìa mafiosa, in vista del futuro e concreto adempimento dell'impegno assunto in cambio dell'appoggio elettorale». *Contra*, Cass. Pen., Sez. I, 24 aprile 2012, n. 27655, inedita, Cass. Pen., Sez. I, 25 marzo 2003, Cassata, *cit.*, per le quali è, invece, necessaria la concreta dazione o corresponsione dell'oggetto materiale pattuito.

¹⁴² C.VISCONTI, *Il reato di scambio elettorale politico-mafioso*, in *Ind. pen.*, 1993, p. 273 ss. In dottrina, con riferimento al perfezionamento della fattispecie in esame, si è anche parlato di "reato istantaneo". In questo senso, recentemente, M.P.MULÈ, *Scambio elettorale politico-mafioso e rilevanza della mera promessa reciproca*, *cit.*, p. 1165.

¹⁴³ C.F.GROSSO, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una configurazione possibile*, *cit.*, p. 123. secondo cui, «è certamente molto difficile, stante le grandi disponibilità di danaro di cui godono normalmente le cosche a cagione dei loro traffici illeciti, che il danaro loro versato dai politici quale contropartita dell'appoggio elettorale posseda una qualsiasi valenza sul terreno del mantenimento o del rafforzamento dell'associazione criminosa».

¹⁴⁴ G.A.DE FRANCESCO, *Gli artt. 416, 416bis*, *cit.*, p. 74, 77, seppure l'Autore non manca di precisare che ciò non è ostativo alla configurabilità del concorso eventuale per tutte quelle ipotesi non coperte dall'art.416ter c.p., ovvero che abbiano a oggetto beni diversi dal denaro. Sembra convergere su questa opinione, G.INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, *cit.*, p. 85. Sostanzialmente ambigua la posizione di G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, *cit.*, p. 147, il quale ritiene che, essendo il soggetto attivo mosso

condotte che difficilmente sarebbero state punibili per diverso titolo di reato,¹⁴⁵ quanto, invece, se il concorso eventuale possa sopperire alle lacune offerte dal delitto *ex art. 416ter* c.p., dato che uno dei casi tipologici di concorso dell'*extraneus* è proprio il patto di scambio politico-mafioso (v. 1.).¹⁴⁶ Invero, l'opinione prevalente esclude che l'*art. 416ter* c.p. eserciti una funzione "vicariante"¹⁴⁷ rispetto ai fatti puniti a titolo di concorso "esterno", in quanto esso si presta ad essere una fattispecie monosoggettiva¹⁴⁸ alternativa al modello concorsuale, in grado di assorbire, tramite l'anticipazione della soglia di punibilità, comportamenti, come il mero accordo non seguito da un rafforzamento del sodalizio mafioso, che, in sé, non sarebbero punibili a titolo di concorso eventuale nel reato associativo.¹⁴⁹ Il riflesso di queste conclusioni

perlopiù da un interesse individuale, l'*art. 416ter* c.p. possa assorbire i casi di concorso degli esterni nei delitti-scopo, al pari di coloro che commerciano in armi con l'associazione.

¹⁴⁵ G.A.DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, cit., p. 1293-1294.

¹⁴⁶ A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 297-298, secondo cui «non può ricavarsi alcun argomento in favore di un'estensione della già evanescente tipicità delle condotte associative attraverso la disciplina del concorso di persone. E ciò anche per una ragione collegata ad un principio fondamentale di diritto penale, quello di frammentarietà: esso non consente di sostenere che il dato per cui il legislatore ha introdotto norme incriminatrici rivolte ad alcune, limitate, forme di "contiguità" comporti un orientamento di favore verso la copertura di qualsiasi lacuna nella punizione di zone "atipiche" di contiguità, attraverso la disciplina del concorso di persone».

¹⁴⁷ C.VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit. p. 254-255. In giurisprudenza, Cass. Pen., Sez. V, 13 novembre 2002, Gorgone; Cass. Pen., Sez., V, 20 aprile 2000, Frasca, cit.

¹⁴⁸ G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 146.

¹⁴⁹ Cass. Pen., Sez. Un., 12 luglio 2005, Mannino, cit. la quale correttamente afferma: «L'esegesi storico-sistematica dell'*art. 416ter* lascia intendere che la soluzione legislativa sia stata dettata dalla volontà di costruire una specifica e tipica figura, alternativa al modello

è notevole, poiché, fermo l'angusto e infelice spazio applicativo dell'art. 416^{ter} c.p., il dinamismo giudiziale potrebbe condurre ad una dilatazione incontrollata del concorso "esterno", come nella semplice disponibilità ad agire o nel mero *pactum*, degradando l'istituto del concorso eventuale all'utilità processuale di un «comodo tappabuchi», eludendo la *ratio legis* di circoscrivere la punibilità del solo accordo ai casi tipizzati dalla fattispecie *ex art.* 416^{ter} c.p., ma, più di ogni altro, violando i principi di materialità, frammentarietà ed offensività (v. 4.3., 4.4.).¹⁵⁰

4. Una "tipicizzazione" per tappe: il lungo cammino delle Sezioni Unite.

4.1. La sentenza Demitry.

La forte conflittualità delle opinioni, esposte nei paragrafi precedenti, intorno all'ammissibilità del concorso eventuale nel reato associativo si è tradotta in corrispondenti orientamenti maturati in sede giudiziaria; invero, nonostante il concorso eventuale avesse trovato proprio nella giurisprudenza la sua recondita nascita, le perplessità di ordine interpretativo erano e in gran parte sono rimaste perlopiù immutate (v. 3.).

concorsuale, sì che la relativa introduzione deve leggersi come strumento di estensione della punibilità oltre il concorso esterno, e cioè anche ai casi in cui il patto preso in considerazione, non risolvendosi in contributo al mantenimento o rafforzamento dell'organizzazione, resterebbe irrilevante quanto al combinato disposto degli art. 416 *bis* e 110 c.p.». Nello stesso senso in precedenza, Cass. Pen., Sez. Un., 30 ottobre 2002, Carnevale, *cit.*

¹⁵⁰ G.FIANDACA, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una espansione incontrollata del concorso criminoso*, in *Foro it.*, 1996, V, p. 127 ss; A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, *loc. cit.* Ad analoghe conclusioni perviene, C.VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, *cit.* p. 393 ss.

La concentrazione delle pronunce, a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta, fino ai primi anni della decade successiva, intorno ai delitti di associazione per delinquere, e, soprattutto, di tipo mafioso, aveva originato una diffusa circolazione di opinioni tra loro in contrasto sui principali temi afferenti al concorso “esterno”. Tuttavia il maggiore numero di pronunce di legittimità, – non trascurando l’influenza della giurisprudenza di merito – alcune emesse a distanza di pochi giorni o settimane, favorevoli¹⁵¹ o contrarie¹⁵² all’ammissibilità del concorso eventuale, si è registrato nel 1994, rendendo, di fatto, improcrastinabile un intervento delle Sezioni Unite, il primo di un lungo cammino di “tipicizzazione” proseguito per tappe.¹⁵³

Gli argomenti più controversi hanno riguardato l’applicabilità delle norme generali in tema di concorso di persone ai reati plurisoggettivi, ivi comprese le fattispecie associative, le questioni di tipo sistematico – già riportate nei paragrafi precedenti (v. 3., 3.3., 3.3.1., 3.3.2., 3.3.3.) – ma, in modo particolare, il delicato confine esistente tra la condotta di partecipazione ed il fatto dell'*extraneus*. Invero, la tesi, non originale, seguita dal filone giurisprudenziale contrario all’ammissibilità del concorso eventuale, *sub specie* materiale, risiedeva principalmente nel sostenere la giustapposizione

¹⁵¹ Cass. Pen., Sez. I, 24 gennaio 1994, Silveira, in *Giur. pen.*, II, 1994, p. 424; Cass. Pen., Sez. I, 6 giugno 1994, Bargi, *ivi*, 1995, p. 18; Cass. Pen., Sez. fer., 23 agosto 1994, Amato, *cit.* Nell’anno precedente: Cass. Pen., Sez. fer., 31 agosto 1993, Di Corrado, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1496; Cass. Pen., Sez. I, 8 giugno 1993, Turiano, *cit.*; Cass. Pen., Sez. I, 3 febbraio 1993, Oro, *ivi*, 1994, p. 666.

¹⁵² Cass. Pen., Sez. I, 18 maggio 1994, Clementi, *cit.*, Così anche: Cass. Pen., Sez. I, 18 maggio 1994, Mattina; Cass. Pen., Sez. I, 18 maggio 1994, Abbate; Cass. Pen., Sez. I, 30 giugno 1994, Della Corte.

¹⁵³ F.FAVA, *Partecipazione necessaria e concorso eventuale nell’associazione di tipo mafioso: tre decisioni della Cassazione dal 1994 al 2002*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio.*, *cit.*, p. 21 ss.

sostanziale con la fattispecie di partecipazione sul versante sia oggettivo che soggettivo (v. 3.1). A tal proposito, la Suprema Corte elaborò un’accezione di partecipazione molto ampia, più volte praticata dalla giurisprudenza di legittimità, intesa, sul lato oggettivo, come la stabile permanenza del vincolo associativo scaturita da un apporto effettivo al sodalizio criminoso, e, sul lato soggettivo, come adesione al programma criminoso con la consapevolezza di permanere nella compagine associativa.¹⁵⁴ È lampante che da un siffatto significato esteso di partecipazione, accompagnato dal tradizionale ricorso al modello unitario e monistico del concorso di persone nel reato (v. 2.), non poteva che discendere l’inammissibilità del concorso eventuale nel reato associativo; pertanto, o il contributo prestato è volontario e tale da rafforzare il sodalizio criminoso, dando così luogo, sul fronte oggettivo e soggettivo, ad una vera e propria partecipazione, nel senso prima chiarito, oppure, il fatto non sarà qualificabile come tale, ma punibile, laddove sussistano gli estremi, mediante una delle forme di “contiguità” già presenti nel sistema penale (v. 3.3.). «*Tertium non datur*».¹⁵⁵

4.1.1. Lo stato di “fibrillazione” dell’ente.

L’autunno del 1994, a fronte del contesto sopra citato, è passato agli annali della *jurisprudencia* come la “controffensiva dell’altra anima”¹⁵⁶ della Suprema Corte, poiché è in tale periodo che il rapporto tra partecipazione e concorso eventuale conosce, per mano del giudice di legittimità, una prima “tipicizzazione”, rinvigorita dall’avallo del massimo organo di nomofilachia.

¹⁵⁴ Cass. Pen., Sez. I, 18 maggio 1994, Clementi, *cit.*

¹⁵⁵ Cass. Pen., Sez. I, 18 maggio 1994, Clementi, *cit.*

¹⁵⁶ C.VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, *cit.* p. 169 ss.

Superate le obiezioni di ordine sistematico, e generalmente afferenti al modello concorsuale, le Sezioni Unite¹⁵⁷ passano immediatamente a descrivere il contenuto della fattispecie oggettiva del concorso “esterno”, premettendo di distinguere, da questo, la condotta partecipativa, e fornendo criteri, a parere dei supremi giudici, utili a connotare i rispettivi campi di applicazione.

Il cuore del problema consiste esattamente nell'affermare una distinzione tra i due istituti, perché, di fatto, la configurabilità del concorso “esterno” materiale, dipende dal carattere ampio o ristretto adoperato per definire la condotta partecipativa, e, quindi, dai noti due modelli, organizzatorio e causale, a cui, in passato, la giurisprudenza ha fatto riferimento; fintantoché è preferita un'impronta soltanto causale della condotta partecipativa, come contributo anche occasionale prestato alla vita, o al mantenimento, del sodalizio, lo spazio applicativo del concorso “esterno” è, in pratica, nullo, salvo che per ipotesi del tutto residuali. L'opzione giurisprudenziale¹⁵⁸ fatta propria dalle Sezioni Unite consiste nell'intendere la condotta partecipativa come l'esser parte di un sodalizio, stabilmente inquadrato in esso e con determinati compiti; in tal modo, evita, tra l'altro, di cadere nel ricorso ai

¹⁵⁷ Cass. Pen., Sez. Un., 5 ottobre 1994, Demitry, *cit.*; il *thema decidendum* riflette il primo caso tipologico di concorso “esterno” portato alle Sezioni Unite, ovvero il cosiddetto “aggiustamento” di un processo: l'imputato, On. Giuseppe Demitry, era accusato di aver esercitato pressioni su un amico magistrato al fine di far ottenere l'esito favorevole di un procedimento penale a carico di taluni esponenti di un clan camorristico; l'influenza fu insufficiente, dato che gli imputati furono egualmente condannati, ma ad entrambi, il deputato ed il magistrato, furono contestati i delitti di concorso eventuale in associazione mafiosa e di corruzione in atti giudiziari.

¹⁵⁸ Cass. Pen., Sez. I, 1 settembre 1994, Graci, *cit.*, p. 539, più volte richiamata dalla Sezioni Unite, in cui si afferma che «nella nozione di partecipazione in associazione di tipo mafioso non possono farsi rientrare tutte quelle condotte atipiche che potrebbero far configurare il concorso eventuale, e in particolare che non basti un consapevole apporto causale ad alcune attività dell'associazione per integrare una condotta di partecipazione».

canoni di ritualizzazione subculturale relativi alle modalità d'ingresso nel sodalizio.¹⁵⁹

Da qui è agevole intuire il risultato a cui pervengono i supremi giudici, o meglio, che «il concorrente eventuale, cui si riferisce l'art. 110, è per definizione colui che pone in essere, non la condotta tipica [del partecipe], ma una condotta atipica, condotta che, per essere rilevante, deve contribuire atipicamente alla realizzazione della condotta tipica posta in essere da altri». Ad ogni modo, il binomio intraneità *versus* estraneità è, secondo la Suprema Corte, supportato dalla constatazione che tra partecipazione e concorso dell'*extraneus*¹⁶⁰ esiste un “tratto di strada comune”¹⁶¹ rappresentato dal fatto che entrambi concorrono nel sodalizio, ed al mantenimento dell'associazione,

¹⁵⁹ G.PACI, *Osservazioni sull'ammissibilità del concorso eventuale nel reato di associazione a delinquere di tipo mafioso*, nota a Cass. Pen., Sez. I, 1 settembre 1994, Graci, *cit.*, p. 542 ss; A.FALLONE, *Differenze ed identità nel concorso esterno e nel reato associativo ai fini della determinazione delle figure del partecipe e del concorrente esterno, anche con particolare riferimento al caso controverso in cui il singolo con la propria condotta sia vittima o complice del sodalizio malavitoso*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 860, secondo cui è comunque indispensabile ricorrere alle regole interne al sodalizio al fine di verificare l'effettiva intraneità del soggetto.

¹⁶⁰ Le Sezioni Unite limitano la riflessione al solo concorso materiale, in quanto «la diversa natura, morale l'una e materiale l'altra, delle due forme di concorso fa sì che, mentre la partecipazione morale, sia nella forma della determinazione, sia in quella del rafforzamento, si risolve sempre in una condotta atipica [...] la partecipazione materiale può consistere e nella condotta tipica, e, se si risolve in una condotta atipica, in una parte della condotta tipica».

¹⁶¹ C.VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, *cit.* p. 180 ss. Così anche, A.FALLONE, *Differenze ed identità nel concorso esterno e nel reato associativo ai fini della determinazione delle figure del partecipe e del concorrente esterno, anche con particolare riferimento al caso controverso in cui il singolo con la propria condotta sia vittima o complice del sodalizio malavitoso*, *cit.*, p. 865.

a dimostrazione che, comunque, per ambedue occorre un riscontro sul piano causale riguardo ai rispettivi apporti prestati.¹⁶²

Tuttavia, l'elemento di maggior risalto, caratterizzante la portata "rivoluzionaria" della pronuncia in esame, consiste nell'aver individuato il *discrimen* tra la condotta del partecipe e quella del concorrente in un criterio ultralegale, privo di qualsivoglia substrato normativo e dommatico; a parere delle Sezioni Unite, mentre il partecipe è «colui senza il cui apporto quotidiano o, comunque, assiduo l'associazione non raggiunge i suoi scopi o non li raggiunge con la dovuta speditezza», il concorrente eventuale, diversamente, è «colui che non vuole far parte della associazione e che l'associazione non chiama a "far parte", ma, al quale si rivolge sia, ad esempio, per colmare temporanei vuoti in un determinato ruolo, sia, soprattutto [...] nel momento in cui la "fisiologia" dell'associazione entra in fibrillazione, attraversa una fase patologica, che, per essere superata, esige il contributo temporaneo, limitato, di un esterno».¹⁶³ Sembra che in tal senso, le Sezioni Unite abbiano travalicato il mandato loro conferito, cioè sanare un conflitto ermeneutico, per inoltrarsi,

¹⁶² V.MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra crisi del principio di legalità e diritto penale del fatto*, in AA.VV., *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, a cura di V. Patalano, Torino, 2003, p. 269 ss; secondo cui si riscontra un atteggiamento "creativo" della Suprema Corte, poiché «le Sezioni Unite [muovono] nella direzione della "dissoluzione" della tipicità concorsuale; il concorso dell'*extraneus* nell'attività della cosca mafiosa viene concepito e strutturato, immancabilmente, come concorso nell'associazione, anziché come concorso nelle singole condotte associative».

¹⁶³ E continua, «la anormalità, la patologia, poi, può esigere anche un solo contributo, il quale, dunque, può, come sottolinea la dottrina favorevole alla configurabilità del concorso eventuale, essere anche episodico, estrinsecarsi, appunto, in un unico intervento, ché ciò che conta, ciò che rileva è che quell'unico contributo serva per consentire alla associazione di mantenersi in vita, anche solo in un determinato settore, onde poter perseguire i propri scopi».

invece, in un'area lontana dai legittimi confini entro cui si estende la giurisdizione in materia penale.¹⁶⁴

Premesso che il “mantenimento in vita” del sodalizio, versante in uno stato di patologia,¹⁶⁵ si mostra come evento ermeneuticamente inteso in una fattispecie che, a rigore del dato letterale, resta di pura condotta – identificandosi, peraltro, non in un evento in senso stretto, ma in un elemento, se non anche un presupposto, del fatto commesso dai partecipi,¹⁶⁶ e considerando, come, d'altra parte alcuni ritengono,¹⁶⁷ che in siffatte circostanze, per la rilevanza causale del contributo prestatato, la condotta del concorrente “esterno” non riuscirebbe a distinguersi da quella del concorrente “necessario” – il risultato a cui giungono le Sezioni Unite non può che porsi

¹⁶⁴ V.MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra crisi del principio di legalità e diritto penale del fatto*, cit., p. 282-283.

¹⁶⁵ A.MANNA, *Concorso esterno (e partecipazione) in associazione mafiosa: cronaca di una “nemesi” annunciata*, cit., p. 476; l'Autore ritiene che il riferimento allo stato patologico, di una probabile estinzione dell'organizzazione, sia perlopiù riconducibile ad un condizionamento di tipo storico riguardo a quanto in quegli anni stava accadendo a Cosa Nostra in Sicilia; così, le operazioni di polizia successive alle stragi del 1992 e del 1993, che avevano letteralmente decimato il vertice di Cosa Nostra, e la difficile successione Riina-Provenzano al *summit* della mafia palermitana, avevano indotto taluni a ritenere che Cosa Nostra fosse ad un passo dalla rovina, e, di fatto, costretta a rivolgersi a soggetti esterni per garantirsi una sopravvivenza.

¹⁶⁶ V.MAIELLO, *Principio di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso e del c.d. concorso esterno*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio*, cit., p. 159ss, 189 ss.

¹⁶⁷ V.ADAMI, *Il concorso eventuale nei reati plurisoggettivi e, in particolare, nei delitti associativi*, cit., p. 2300. Così anche: U.LIGUORI, *La possibilità di configurare la c.d. partecipazione esterna in associazione a delinquere di stampo mafioso, tra incertezze dogmatiche e oscillazioni giurisprudenziali: spunti per una riforma*, cit., p. 175; G.L.VERRINA, *Approccio riduttivo e carattere aporetico delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sul concorso esterno nel reato associativo*, cit. p. 510 ss.

come esito di un percorso argomentativo *praeter legem*,¹⁶⁸ seppur andrebbe apprezzato che il binomio fisiologia-patologia, come rovescio della medaglia intraneità *versus* estraneità, risponda ad una lodevole ambizione di selezione dei comportamenti penalmente rilevanti rispetto alle istanze di politica criminale, *sub specie* frammentarietà ed offensività.¹⁶⁹

Il riferimento allo stato di fibrillazione per quanto possa cogliere circostanze in cui empiricamente è dato spiegarsi il concorso eventuale nel reato associativo, appare, secondo un'opinione assai diffusa, aprioristico ed eccessivamente restrittivo,¹⁷⁰ tale da consentire la punibilità di contributi meramente occasionali;¹⁷¹ un esito, quest'ultimo, evitabile soltanto avallando

¹⁶⁸ *Contra*, A.CAVALIÈRE, *Associazione di tipo mafioso*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale, Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, cit., p. 526-529, secondo cui il riferimento allo stato di patologia o di fibrillazione del sodalizio, entro cui delimitare la punibilità del contributo dell'*extraneus* come apporto indispensabile e necessario per la sopravvivenza del sodalizio, non costituisce un riferimento *praeter legem*, quanto, invece, l'effetto dell'influenza esercitata presso la giurisprudenza della teoria della *condicio sine qua non* in tema di concorso di persone.

¹⁶⁹ V.MAIELLO, *Principio di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso e del c.d. concorso esterno*, cit., p. 186 ss.

¹⁷⁰ A.CORVI, *Partecipazione e concorso esterno: un'indagine sul diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 242 ss, 251.

¹⁷¹ Critico sull'ammissibile punibilità del contributo occasionale, A.FALLONE, *Differenze ed identità nel concorso esterno e nel reato associativo ai fini della determinazione delle figure del partecipe e del concorrente esterno, anche con particolare riferimento al caso controverso in cui il singolo con la propria condotta sia vittima o complice del sodalizio malavitoso*, cit., p. 871-872, per il quale anche il concorso eventuale sarebbe connotato dal carattere di stabilità; inoltre, l'Autore aggiunge che può risultare un valido criterio distintivo l'esistenza di una controprestazione a favore dell'*extraneus*. Così anche, G.INSOLERA, *Il concorso "esterno" nei delitti associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica*, nota a Cass. Pen., Sez. Un., 5 ottobre 1994, Demitry, in *Foro it.*, 1995, II, p. 422 ss, il quale ritiene che «o l'attività del concorrente nell'organizzazione si delinea effettivamente in termini potenzialmente permanenti e funzionali al sodalizio, ed

un'interpretazione dell'apporto dell'*extraneus* come una sorta di cooperazione insostituibile ed infungibile.¹⁷²

Altro punto controverso consiste in una mancanza notevole delle Sezioni Unite, le quali, dopo aver individuato la condotta del concorrente e, con qualche forzatura, l'evento prodotto, non specificano le modalità con le quali debba essere accertato il rapporto di causalità tra i termini ora evidenziati. In realtà, più che una carenza del disposto motivazionale, la scelta dei supremi giudici sembra ancorata a ritenere sufficiente che la rilevanza penale del contributo offerto all'ente criminoso riposi su una valutazione prognostica di mera idoneità causale rispetto al mantenimento in vita del sodalizio stesso.¹⁷³ Infatti, proprio per scongiurare che l'accertamento del rapporto di causalità risulti eccessivamente complesso, o che si riduca ad una opportunistica convenzione linguistica, è stato finanche proposto di operare una “riduzione in scala”¹⁷⁴ di questo impreciso “macroevento” – scelta che sembra avallata anche dalle Sezioni Unite quando parla del mantenimento in vita «anche solo di un determinato settore» – rispetto a determinate e specifiche entità verificabili (si pensi non al generico apporto all'ente, ma ad una singola

allora non occorrerà ricorrere all'art. 110; ovvero si tratterà di contributo occasionale, seppure utile ed importante, ma che sfugge necessariamente anche alla tipicità “allargata” consentita dall'utilizzo dell'art. 110».

¹⁷² Favorevole a quest'ultima impostazione, C.VISCONTI, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze politico criminali*, cit., p. 1336 ss (v. 3.1.).

¹⁷³ A.SESSA, *Associazione di tipo mafioso e contiguità delittuosa: profili dogmatici e di politica criminale*, cit., p. 204; al tal proposito, l'Autore suggerisce il ricorso al parametro dell'adeguatezza causale. In una posizione sostanzialmente simile, G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 140-141, il quale, invece, individua una combinazione di adeguatezza ed idoneità causale.

¹⁷⁴ C.VISCONTI, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze politico criminali*, cit., p. 1327-1328.

“famiglia” o “fazione”), seppure ciò, come è stato notato, possa comportare una rinuncia silenziosa dell'accertamento del rapporto di causalità verso l'unico termine che è stato, invece, stabilito dal legislatore, ovvero l'associazione.¹⁷⁵

4.1.2. La fattispecie soggettiva: una questione rimasta aperta.

L'orientamento giurisprudenziale contrario all'ammissibilità del concorso “esterno” lamentava che la sovrapponibilità con la condotta di partecipazione potesse riscontrarsi anche per ciò che concerne la fattispecie soggettiva, e, in particolare, che il dolo dell'*extraneus* non sarebbe affatto distinguibile dal dolo specifico del partecipe comune alle fattispecie associative.

La risposta delle Sezioni Unite¹⁷⁶ anche in questo caso si presta a molte riserve, in parte intimamente connesse alle conclusioni raggiunte in merito alla fattispecie oggettiva, in parte perché le argomentazioni utilizzate paiono spinte da una logica di completamento in chiave persuasiva, piuttosto che dommatica. Invero, a parere dei supremi giudici, «il concorrente eventuale non può avere, per la contraddizione che non lo consente, quella parte del dolo che ha il partecipe e che consiste nella volontà di far parte della associazione, nella volontà di porre in essere la condotta propria del partecipe, sicché resta, del dolo, la volontà di contribuire alla realizzazione dei fini della associazione, volontà che può ben essere propria di chi contribuisce con azione atipica alla realizzazione della condotta tipica di chi, non essendo e non volendo far parte della associazione, alla richiesta di un aiuto, lo presta per contribuire alle

¹⁷⁵ A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 317.

¹⁷⁶ Per ciò che concerne la fattispecie soggettiva, le argomentazione espresse da Cass. Pen., Sez. Un., 5 ottobre 1994, Demitry, cit. sono state confermate anche in occasione della seconda pronuncia a Sezioni Unite sul concorso “esterno”, Cass. Pen., Sez. Un., 27 settembre 1995, Mannino, cit.

fortune della associazione, sapendo, peraltro, che, prestatò il proprio contributo, si disinteresserà delle ulteriori vicende della associazione», o, detto in poche ed altre parole, l'*extraneus* «pur consapevole di agevolare, con quel suo contributo, l'associazione, può disinteressarsi della strategia complessiva di quest'ultima, degli obiettivi che la stessa si propone di conseguire». Ma il percorso motivazionale non si arresta a questa primaria constatazione, perché quello che si mostra, e a parere di alcuni¹⁷⁷ è, come un mero dolo di contribuzione, viene qualificato, poi, dalla Suprema Corte come dolo generico, ricavato *a contrario* per mancanza di *affectio societatis*, nonché per l'eventuale, ma non necessaria, carenza di interesse rispetto alle finalità dell'ente criminoso, posto che – tramite un *argumentum a simili* con il concorso morale¹⁷⁸ – «non è da escludere che possa agire anche con dolo specifico e, ciò nonostante, restare concorrente esterno».¹⁷⁹ Infine, giustificando la differenziazione

¹⁷⁷ V.ADAMI, *Il concorso eventuale nei reati plurisoggettivi e, in particolare, nei delitti associativi*, cit., p. 2302, inoltre l'Autore ritiene che, così com'è motivato dalle Sezioni Unite, esso non trovi pari nemmeno nelle fattispecie concorsuali per i reati monosoggettivi.

¹⁷⁸ «Ora, se si dimostra, come si sta facendo, che non v'è nessuna ragione per ammettere, in questo reato, il concorso eventuale nella forma del concorso morale e per escluderlo nella forma del concorso materiale, si deve concludere che il concorrente "materiale" può avere il dolo specifico ed essere, appunto, concorrente eventuale come lo è il concorrente "morale". [...] Il concorrente morale, quindi, non può avere che quell'altra parte del dolo, che va ravvisata nella volontà di contribuire agli scopi dell'associazione, con la certa – che nessuno nega, neppure l'indirizzo in questione – consapevolezza che, una volta dato quel suo contributo, si disinteresserà della associazione, almeno nel senso che non ne sarà più tra i protagonisti, neppure *ad tempus*».

¹⁷⁹ Sul punto si mostra critico, U.LIGUORI, *La possibilità di configurare la c.d. partecipazione esterna in associazione a delinquere di stampo mafioso, tra incertezze dogmatiche e oscillazioni giurisprudenziali: spunti per una riforma*, cit., p. 173, secondo cui appare piuttosto controverso ammettere il dolo specifico se si premette, come l'Autore sostiene, che l'*extraneus* agisca per finalità personali. A tal proposito, anche S.SAGLIA, *Osservazioni in tema di concorso eventuale*

operata tra il dolo nella fattispecie associativa ed il dolo dell'*extraneus* per ciò che concerne la compatibilità rispetto al modello concorsuale monistico *ex art* 110 c.p. (v. 2.), la Suprema Corte, si rimette, menzionandolo espressamente, ad un orientamento diffuso in dottrina, per cui si può concorrere con dolo generico in un reato a dolo specifico, purché almeno un altro concorrente abbia agito con la finalità richiesta dalla legge.¹⁸⁰

La scelta operata dalle Sezioni Unite è indubbiamente poco limpida non solo per l'*iter* argomentativo, ma anche per gli esiti a cui la sua applicazione conduce. È lampante che la designazione di un dolo generico dell'*extraneus* sia un caso di “truffa delle etichette”, poiché, come si evince dalla stessa motivazione, il dolo del concorrente “esterno” è un mero dolo di contribuzione o di agevolazione; invero, è sufficiente che l'*extraneus* sia consapevole, ma non debba necessariamente anche volerle, delle conseguenze della propria azione, ovvero che sia soltanto consapevole dell'effetto, o dell'impiego che la consorteria mafiosa possa fare del contributo offerto rispetto al mantenimento od al rafforzamento della medesima.¹⁸¹ Da questa

nel reato di associazione di tipo mafioso, cit. 309-311, il quale ravvisa nella realizzazione di finalità personali un elemento caratterizzante del dolo dell'*extraneus*.

¹⁸⁰ L.PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli elementi finalistici delle fattispecie penali*, Milano, 1993, p. 620 ss; tuttavia, è lo stesso Autore a nutrire al riguardo talune riserve intorno alle caratteristiche proprie del dolo specifico. In precedenza, M.GALLO, *Lineamenti di una teoria del concorso di persone nel reato*, cit. p. 99. L'argomento è stato fortemente criticato da coloro che, a tal riguardo, ritengono che sia stata commessa una violazione di legge rispetto al modello concorsuale monistico; così: V.ADAMI, *Il concorso eventuale nei reati plurisoggettivi e, in particolare, nei delitti associativi*, cit., p. 2303; G.L.VERRINA, *Approccio riduttivo e carattere aporetico delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sul concorso esterno nel reato associativo*, cit. p. 512.

¹⁸¹ U.LIGUORI, *La possibilità di configurare la c.d. partecipazione esterna in associazione a delinquere di stampo mafioso, tra incertezze dogmatiche e oscillazioni giurisprudenziali: spunti per una riforma*, cit.,

riflessione deriva, poi, un'ulteriore contraddizione insita nella scelta operata dalle Sezioni Unite, vale a dire di aver edificato il concorso "esterno" come fattispecie di mera agevolazione sul versante soggettivo, quando sotto il profilo oggettivo si è richiesto che l'apporto del concorrente sia addirittura indispensabile rispetto alla vita dell'ente, laddove seguendo quella logica, si sarebbe dovuto pretendere altresì per l'elemento psicologico ulteriori requisiti.¹⁸²

Infine, sussiste il rischio che l'argomento del dolo generico comporti l'ammissibilità finanche del mero dolo "eventuale" del concorrente,¹⁸³ ipotesi avallata persino da una parte della dottrina,¹⁸⁴ contribuendo ad estendere in

p. 174, secondo cui la Suprema Corte avrebbe creato per il concorrente "esterno" una sorta di "dolo specifico collettivo".

¹⁸² F.ARGIRÒ, *Note dommatiche e politico-criminali sulla configurabilità del concorso esterno nel reato di associazione di stampo mafioso*, cit., p. 779-780. Egualmente critico, A.SESSA, *Associazione di tipo mafioso e contiguità delittuosa: profili dommatici e di politica criminale*, cit., p. 196, secondo cui la previsione delle Sezioni Unite del mero dolo generico non arricchisce la tipicità del concorso eventuale, anzi acutizza l'irragionevolezza della parità del trattamento sanzionatorio tra partecipe ed *extraneus*.

¹⁸³ L'ammissibilità del dolo eventuale ai casi di concorso "esterno" è stata, peraltro, confermata da Cass. Pen., Sez. Un., 27 settembre 1995, Mannino, cit.

¹⁸⁴ C.F.GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa e irrilevanza penale*, cit. p. 1192, secondo cui «sarà sufficiente, secondo i principi generali, che il concorrente esterno, agendo per i suoi scopi personali, si rappresenti quantomeno in termini di possibilità di intrattenere rapporti con la mafia, e di apportare alla stessa un contributo rilevante sul terreno dell'aiuto prestato alla conservazione o al rafforzamento della sua organizzazione». *Contra*, G.SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, cit., p. 139. Così, Cass. Pen., Sez. I, 14 ottobre 1994, Cavallari, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2177. Si mostra egualmente critico A.MANNA, *Concorso esterno (e partecipazione) in associazione mafiosa: cronaca di una "nemesi" annunciata*, cit., p. 477, secondo cui il dolo eventuale sarebbe egualmente inammissibile perché proprio dei reati di evento, dommaticamente incompatibile con fattispecie causalmente orientate, come la partecipazione o il concorso in associazione. Per

maggior misura l'ambito di applicazione dell'istituto in esame; con la conseguenza di lasciare ancora aperta la questione del dolo nell'ipotesi di concorso eventuale nel reato associativo.

4.2. La sentenza Carnevale.

Premessi i forti dissensi che la decisione delle Sezioni Unite del 1994 – senza dimenticare anche la successiva decisione del 1995 – ha determinato nel dibattito scientifico, in giurisprudenza, invece, si registrò un diffuso consenso intorno alla scelta assunta dal massimo organo di nomofilachia,¹⁸⁵ anche

una recente disamina del dolo “eventuale”, cfr. M.DONINI, *Il dolo eventuale: fatto illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *Dir. pen. contem.*, (www.penalecontemporaneo.it), 2014, p. 1 ss.

¹⁸⁵ Cass. Pen., Sez. VI, 27 marzo 1995, Alfano, in *Cass. pen.*, 1997, p. 983; Cass. Pen., Sez. IV, 3 settembre 1996, Blando, in *Cass. pen.*, 1998, p. 801, per cui «nell'ipotesi di concorso, anche nella forma c.d. eventuale o esterno, nel reato di cui all'art. 416bis c.p. esiste una cointeressenza che, pur se occasionale, deve presentare il carattere di una rilevante importanza, tale da comportare l'assunzione di un ruolo esterno ma essenziale, ineliminabile ed insostituibile, particolarmente nei momenti di difficoltà dell'organizzazione criminale». Cass. Pen., Sez. VI, 22 gennaio 1997, Dominante e altri, in *Giust. pen.*, 1998, p. 499; Cass. Pen. Sez. VI, 7 marzo 1997, Necci, in *Riv. pen.*, 1997, p. 576; Cass. Pen., Sez. VI, 17 marzo 1997, Prisco, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1086; Cass. Pen., Sez. I, 20 novembre 1998, Crnojevic, *ivi*, 2000, p. 581; Cass. Pen., Sez. VI, 7 gennaio 1999, Tronci, *ibidem*, p. 37; Cass. Pen., Sez. VI, 25 giugno 1999, Cusumano, *ivi*, 1999, p. 884; Cass. Pen., Sez. V, 6 giugno 2000, Pangallo, *ivi*, 2004, p. 4036; Cass. Pen., Sez., V, 20 aprile 2000, Frasca, *cit.* Cass. Pen., Sez. II, 15 giugno 2001, Bonomo, n. 24571, in *Guid. dir.*, fasc. 9, 2001, p. 73; Cass. Pen., Sez. V, 19 settembre 2001, Allegro, *ibidem*, fasc. 48, p. 81, secondo cui, «lo spazio proprio del concorso esterno è, infatti, quello dell'“emergenzialità” nella vita dell'associazione e non quello della “normalità, occupabile solo dagli associati»; Cass. Pen., Sez. VI, 15 ottobre 2001, n. 37022, *ibidem*, fasc. 50, p. 88. Richiede per il concorrente eventuale l'avvalersi del metodo mafioso, unica in questo senso, Cass. Pen., Sez. VI, 22 novembre 1999, Trigili, *cit.*

perché l'accorgimento restrittivo dell'operatività del concorso "esterno" soltanto per quei contributi occorrenti al mantenimento in vita della consorterìa mafiosa, si era rilevato utile, per l'interprete dell'epoca, a distinguere i casi di concorso nel delitto-scopo da quelli di concorso nel reato associativo. Tuttavia, era prevedibile che un siffatto istituto, nato e cresciuto sotto l'egida della cultura del precedente giudiziario, si scontrasse con l'ennesimo arresto giurisprudenziale.

L'occasione si è puntualmente presentata in una pronuncia *de libertate*,¹⁸⁶ con la quale la Suprema Corte, rigettando nel merito il provvedimento impugnato perché non conforme alle precisazioni date dalle Sezioni Unite in tema di concorso "esterno", tra gli *obiter dicta* della sentenza finisce per distaccarsene, anzi non manca di sottolineare insuperabili perplessità intorno al significato dommatico della condotta dell'*extraneus*, rispetto al fatto del partecipe, così come descritta dalle Sezioni Unite. In realtà, le critiche mosse sono numerose – alcune anche infelici,¹⁸⁷ quali l'intendere la condotta partecipativa come fattispecie monosoggettiva, oppure la disgiunzione tra partecipe e autore della condotta partecipativa – ma, in particolare, spicca il riferimento allo stato di "fibrillazione" valido per il concorso materiale, e non

Ammette il concorso "esterno" ma senza riferirsi allo stato di fibrillazione, Cass. Pen., Sez. V, 20 febbraio 2001, Cangialosi, n. 6929.

¹⁸⁶ Cass. Pen., Sez. VI, 21 settembre 2000, Villecco, *cit.* in cui, dopo un lungo *excursus*, si stabilisce che «in tema di associazione per delinquere di stampo mafioso il combinato disposto degli art. 110 e 115 c.p. preclude la configurabilità di un concorso esterno o eventuale, atteso che l'aiuto portato all'associazione nei momenti di fibrillazione integra, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, la condotta del far parte del sodalizio criminoso».

¹⁸⁷ C.VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, *cit.* p. 217, al tal proposito l'Autore afferma che «la sentenza Villecco non spicca certo per qualità o innovatività: anzi, si tratta di un pronunciamento che andrebbe ricordato, piuttosto, come una delle pagine meno felici dell'intera giurisprudenza di legittimità, quanto a chiarezza degli enunciati giuridici e decifrabilità dell'iter argomentativo, se non, talora, della stessa chiarezza del periodare».

anche per il concorrente morale, e la critica sferrata alla modulazione del dolo alla quale fanno riferimento le Sezioni Unite, un mero dolo di agevolazione, una sorta di consapevolezza senza volontà, privo di ogni riferimento normativo.

Il ritorno alla contrapposizione tra orientamenti favorevoli e quelli contrari all'ammissibilità del concorso eventuale – «il concorso esterno prima non c'era, poi c'era, ora (forse) non c'è più»¹⁸⁸ – ha, di fatto, reso nuovamente necessario una rimessione alle Sezioni Unite per il superamento delle obiezioni poste alla pronuncia del 1994, rammentando, come taluni hanno ritenuto, che la sentenza Demitry «è stata fedele alla realtà, ma infedele al diritto».¹⁸⁹

4.2.1. L'apporto dell'*extraneus* : l'idoneità (*ex ante*) a produrre l'evento.

Gli inconvenienti legati alla decisione delle Sezioni Unite del 1994 costrinsero, di fatto, la Suprema Corte a ritornare sulla definizione del concorso eventuale nel reato associativo, seppure, come accaduto anche in passato (v. 3.), il tema di discussione resta il concorso “esterno” in associazione mafiosa, ma con valutazioni ed esiti ermeneutici, a parere dei giudici di legittimità, validi anche per le altre vicende di concorso dell'*extraneus*

¹⁸⁸ E continua, «il vero concorso esterno nella produzione di norme, lo fa la giurisprudenza». Così, F.M.IACOVIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è più previsto dalla giurisprudenza come reato, cit.*, p. 2073, e, poi, conclude: «Il concorso esterno, se ha un referente sul piano criminologico, sul piano giuridico nasce come proiezione sostanziale di un fatto processuale, la chiamata di correo appunto. [...] Chiamata in reità e concorso esterno trasformano il processo nel più micidiale strumento di politica criminale». Più recente, ID, *Il concorso esterno in associazione mafiosa*, in *Criminalia*, 2008, p. 262 ss.

¹⁸⁹ F.DE LEO, *Aspettando un legislatore che non si chiami Godot. Il concorso esterno dopo la sentenza Mannino*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1994 ss.

nelle fattispecie associative (v. 3.). La sentenza “Carnevale”¹⁹⁰ può essere ricollegata alla pronuncia delle Sezioni Unite del 1994, dato che sono gli stessi supremi giudici a difendere le conquiste ermeneutiche raggiunte negli anni precedenti, salvo ripensamenti intorno a taluni elementi della fattispecie oggettiva e soggettiva, sui quali le nuove Sezioni Unite hanno ritenuto di accogliere una formulazione diversamente integrata e motivata.

Nel lungo *iter* motivazionale, dopo aver confermato la generale ammissibilità del concorso eventuale nelle fattispecie associative, e ribadito l’assenza di ostacoli di ordine dommatico e sistematico, superando le obiezioni sui quali era scaturito il conflitto interpretativo manifestatosi in precedenza (v. 4.2.), le Sezioni Unite si soffermano immediatamente sugli incerti confini tra partecipazione e concorso “esterno”.

Anzitutto la Suprema Corte chiarisce che la condotta associativa non può consistere in una fattispecie monosoggettiva, e disapprova, altresì, l’ipotetica ammissibilità di un concorso nella singola partecipazione, poiché produrrebbe l’effetto di qualificare il fatto del concorrente eventuale come un’ibrida e ignota partecipazione “minore”, rispetto alla condotta tipica incriminata nella fattispecie di parte speciale;¹⁹¹ anzi, essa chiarisce espressamente che la partecipazione si presta ad essere una fattispecie plurisoggettiva, visto che l’attività del partecipe non si articola come unilaterale, bensì in funzione “bilaterale o complessa”,¹⁹² stando, a tal fine, l’essenziale adesione degli altri

¹⁹⁰ Cass. Pen., Sez. Un., 30 ottobre 2002, Carnevale, *cit.* Anche in questo procedimento si discute di un caso già noto di concorso “esterno”, “l’aggiustamento” di processi; l’accusa è rivolta al Dott. Corrado Carnevale, presidente della I Sezione della Suprema Corte di Cassazione, a cui fu contestato di aver tentato di favorire Cosa Nostra interessandosi ripetutamente di “aggiustare” le sentenze in alcuni processi di mafia.

¹⁹¹ F.DE LEO, *Aspettando un legislatore che non si chiami Godot. Il concorso esterno dopo la sentenza Mannino*, *cit.*, p. 1999-2000.

¹⁹² G.SPAGNOLO, *L’associazione di tipo mafioso*, *cit.*, p. 138.

concorrenti necessari, a prescindere dalla rilevanza di pratiche e ritualizzazioni interne o di matrice subculturale. Invero, mutuando alcuni passaggi della pronuncia del 1994, le Sezioni Unite descrivono la partecipazione come fattispecie “a forma aperta”, dalla quale è, comunque, estraibile un significato giuridico, a parere dei supremi giudici, sufficiente a soddisfare gli *standards* di determinatezza e tassatività, attraverso la descrizione della condotta partecipativa in una sintesi dei due modelli, organizzatorio e causale – ma con spiccata prevalenza del primo rispetto al secondo – sviluppati nel recente dibattito scientifico; pertanto, la partecipazione si pone, da un lato, come «assunzione di un ruolo materiale all'interno delle struttura criminosa, manifestato da un impegno reciproco e costante, funzionalmente orientato alla struttura e alla attività dell'organizzazione criminosa», e, dall'altro, come impegno «a prestare un contributo alla vita del sodalizio» avvalendosi del metodo mafioso. Sembra, quindi, prevalere presso le Sezioni Unite la volontà di abbinare al criterio dell'affiliazione, del “fare ed esser parte”, con il necessario e dovuto paradigma causale, seppure, nell'economia della sentenza, resta, tra i due, nettamente predominante il primo.¹⁹³

Partendo dalla premessa di voler riportare la fattispecie partecipativa entro i suoi legittimi confini, i giudici di legittimità confermano lo spazio applicativo della fattispecie concorsuale; in tale occasione le Sezioni Unite richiamano con precisione lo stesso argomento sostenuto nella precedente sentenza, seppure ad esso si accompagna l'accorgimento di rendere la definizione del concorso “esterno” compatibile con il modello concorsuale monistico. Infatti, le Sezioni Unite, ritenuto che la funzione incriminatrice dell'art. 110 c.p. si rivolga necessariamente ad un contributo atipico rispetto a quello descritto dalla fattispecie di parte speciale, stimano come sia *de plano* ammissibile che il sodalizio criminoso possa avvalersi del sostegno di soggetti che non siano al contempo partecipi, i quali egualmente concorrono nel

¹⁹³ A.CORVI, *Partecipazione e concorso esterno: un indagine sul diritto vivente*, cit., p. 243-244.

«medesimo reato», posto che l'evento nelle fattispecie associative è «la sussistenza e l'operatività del sodalizio». Da qui è agevole intendere la conclusione raggiunta dai supremi giudici, per cui il concorrente eventuale è «la persona che, priva dell'*affectio societatis* e non essendo inserita nella struttura organizzativa dell'associazione, fornisce un contributo, purché questo abbia un'effettiva rilevanza causale ai fini della conservazione o del rafforzamento dell'associazione e sia comunque diretto alla realizzazione, anche parziale del programma criminoso».

I supremi giudici qualificano l'associazione come un reato di evento, poiché è richiesto che l'apporto del concorrente eventuale si traduca nel consolidamento del sodalizio criminoso. Tuttavia, l'opera di "tipicizzazione" non si arresta a questa conclusione, poiché, per un verso la configurabilità del concorso "esterno" è sganciata dal noto stato di "fibrillazione" – le Sezioni Unite del 2002, infatti, abbandonano, sulla base di un indirizzo¹⁹⁴ già presente in giurisprudenza (v. *supra*), il riferimento alla condizione patologica o di anormalità dell'ente, bollando la scelta delle precedenti Sezioni Unite, non come un errore, ma come una statuizione di ordine esemplificativo, non essendo necessario né che l'associazione soffra di un pericolo di estinzione, né che il contributo sia infungibile o insostituibile –; per altro verso, riempiendo una lacuna della sentenza del 1994, fissano anche i termini entro cui può verificarsi la relazione di causalità, stabilendo che «il contributo richiesto al concorrente esterno deve poter essere apprezzato come idoneo, in termini di concretezza, specificità e rilevanza, a determinare sotto il profilo causale, la conservazione o il rafforzamento dell'associazione».

È esattamente su questo punto che si sono concentrate le principali critiche rivolte alla pronuncia. Ciò che desta maggiore biasimo consiste nell'occasione mancata dalle Sezioni Unite, le quali, dopo aver con sforzo

¹⁹⁴ Cass. Pen., Sez. V, 23 aprile 2002, Apicella, in *Diritto e giustizia*, 2002, p. 17. In precedenza, Cass. Pen., Sez. V, 20 febbraio 2001, Cangialosi, *cit.*

richiesto la configurazione di un evento, non hanno richiesto che il nesso di causalità sia verificato alla luce di un accertamento *ex post*, il cosiddetto giudizio “controfattuale” – posizione accolta dalla prevalente giurisprudenza¹⁹⁵ proprio in quei tempi (v. 2.) – tra il contributo prestato e la conservazione o il rafforzamento *hic et nunc* del sodalizio, ma di aver ritenuto sufficiente un giudizio sull'idoneità causale, *ex ante*, a produrre l'evento ora detto.¹⁹⁶

Nell'affrontare tema del rapporto di causalità, le Sezioni Unite affrontano la complessa vicenda dell'intensità del contributo concorsuale punibile, argomento anch'esso, se si esclude il richiamo allo stato di fibrillazione,

¹⁹⁵ Cass. Pen., Sez. Un., 10 luglio 2002, Franzese, *cit.*

¹⁹⁶ Sul punto le Sezioni Unite si limitano a ribadire che l'accertamento del rapporto di causalità, e dei termini, condotta ed evento, entro cui è spiegato, non differisce, quanto a complessità, dal giudizio di idoneità in materia di tentativo, o dai casi di responsabilità colposa. In dottrina, la posizione presa dalle Sezioni Unite è stata aspramente criticata, ritenendo, invece, necessario il ricorso ad un accertamento *ex post* del contributo causalmente rilevante. Così: G.INSOLERA, *Ancora sul problema del concorso esterno nei delitti associativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 632 ss; F.VIGANÒ, *Riflessioni conclusive in tema di “diritto penale giurisprudenziale”, “partecipazione” e “concorso esterno”*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio*, *cit.*, p. 279 ss, 318 ss; A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, *cit.*, p. 314; V.MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra crisi del principio di legalità e diritto penale del fatto*, *cit.*, p. 292; C.VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, *cit.* p. 240 ss; A.CORVI, *Partecipazione e concorso esterno: un'indagine sul diritto vivente*, *cit.*, p. 248; F.ARGIRÒ, *Note dommatiche e politico-criminali sulla configurabilità del concorso esterno nel reato di associazione di stampo mafioso*, *cit.*, p. 780. In una posizione contraria, A.INGROIA, *La prassi giudiziaria fra modello causale ed organizzatorio*, *cit.*, p. 209-211, secondo cui l'impiego del giudizio controfattuale ai casi di concorso “esterno”, oltre, a parere dell'Autore, a mostrarsi disutile, creerebbe un “garantismo diseguale” rispetto alla corrispondente fattispecie associativa, per la quale sarebbe sufficiente, invece, il solo giudizio di idoneità causale *ex ante*. Naturalmente, al rilievo si può agevolmente replicare che è piuttosto il concetto di partecipazione a dover essere corretto nel senso di richiedere un'efficienza causale della condotta.

ignorato dalla pronuncia del 1994. A tal proposito, la Suprema Corte esprime una posizione secondo cui avrebbe eguale rilevanza penale, purché abbia causato l'evento, sia il contributo episodico o isolato, sia l'apporto continuativo e ripetuto. Restando al caso dell'“aggiustamento” di un processo penale, le Sezioni Unite escludono qualsivoglia distinzione, anche in termini di disvalore, tra una cooperazione occasionale o non istituzionalizzata – essendo anche «l'aggiustamento di una sola sentenza» idoneo a costituire un aiuto di estrema rilevanza per il sodalizio –, e l'attività in forma reiterata e costante; intorno a quest'ultima, i supremi giudici hanno affermato che «quando si tratti [...] di un'attività reiterata e costante di intervento nell'ambito di una serie di procedimenti, specie se tutti dotati di caratteristiche di particolare rilevanza per il sodalizio criminale, può risultare non essenziale, ai fini della configurabilità del reato di concorso, l'esito favorevole delle condotte, vale a dire l'effettivo “aggiustamento” di ogni procedimento o di ogni singola decisione, dal momento che è proprio nella reiterata e costante attività di ingerenza sopra prospettata che va ravvisata l'idoneità del contributo, [...] non potendosi dubitare che la condotta posta in essere da quest'ultimo determina negli esponenti del sodalizio la consapevolezza di poter contare sul sicuro apporto di un soggetto, qualificato, [...] e un tale effetto costituisce, di per sé solo, un indiscutibile rafforzamento della struttura associativa». Sennonché, siffatta, distinzione espone la vicenda concorsuale ad una incoerente “doppia tipicità”; così, si è opinato, condivisibilmente, che mentre per il contributo occasionale la Suprema Corte ha preteso che l'apporto, in concreto, si traduca causalmente in un rafforzamento del sodalizio, e, quindi, che il processo sia, in effetti, stato “aggiustato”, nel caso di una cooperazione ripetuta pare, invece, ritenere sufficiente la mera potenzialità presunta del contributo, per il quale non sarebbe richiesto, invece, l'effettivo rafforzamento scaturito dall'aggiustamento dei processi,¹⁹⁷ lasciando, peraltro, trasparire, in

¹⁹⁷ V.MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra crisi del principio di legalità e diritto penale del fatto*, cit., p. 293-294; a tal proposito, l'Autore osserva la natura “zigzagante” nella

quest'ultima circostanza, un'eventuale “psicologizzazione”¹⁹⁸ dell'evento, svalutato nel “senso di sicurezza” dei sodali, o, come scrivono le Sezioni Unite, «[nel]la consapevolezza di poter contare sul sicuro apporto di un soggetto qualificato» (v. 3.2.).¹⁹⁹

L'ultima criticità afferente alla definizione della fattispecie oggettiva offerta dalle Sezioni Unite del 2002, analogamente associata all'intensità ed all'idoneità del contributo concorsuale punibile, riguarda la possibile

scelta operata dalle Sezioni Unite, la quale sottende, finanche, un'illegittima parità del trattamento sanzionatorio. Le osservazioni sono condivise da A.CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 314.

¹⁹⁸ L'ammissibilità di un evento di tipo unicamente psicologico è fortemente avversata da coloro che ritengono che in questa direzione, a fronte di una smisurata dilatazione della responsabilità penale, si sottragga la vicenda del concorso eventuale ai principi di materialità, offensività e di personalità della responsabilità penale, estendendo l'esercizio dello *jus puniendi* anche verso atteggiamenti meramente interiori. Così, A.CAVALIERE, *Il concorso eventuale nelle associazioni per delinquere e di tipo mafioso: dal diritto “vivente” a quello conforme alla legalità costituzionale*, cit., p. 138. Cfr., F.VIGANÒ, *Riflessioni conclusive in tema di “diritto penale giurisprudenziale”, “partecipazione” e “concorso esterno”*, cit., p. 325-326, il quale ritiene che, anche se il rafforzamento psicologico si traduca in un effettivo consolidamento del sodalizio, questo non potrà essere degradato a “sotto-evento”, il cui accertamento sarebbe, in definitiva, rimesso ad una presunzione di agevolazione psichica. Parte dalle stesse premesse, A.CORVI, *Partecipazione e concorso esterno: un'indagine sul diritto vivente*, cit., p. 255, secondo cui l'ammissibilità di una tale ipotesi dovrebbe essere condizionata ad un doppio passaggio, basato su una coppia di massime d'esperienza, dal quale ottenere la verifica che la soggettiva sensazione d'impunità abbia prodotto un oggettivo potenziamento del sodalizio.

¹⁹⁹ In senso critico A.CAVALIERE, *Associazione di tipo mafioso*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale, Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, cit., p. 523, secondo cui mediante questa operazione ermeneutica il contributo concorsuale inefficace viene automaticamente trasformato in forma di concorso morale, *sub specie* rafforzamento del proposito criminoso, sulla base di una presunzione di causalità psichica.

estensione della punibilità anche verso i casi di mero accordo o di promesse non ancora eseguite. Invero, le stesse Sezioni Unite non mancano di precisare che la punibilità a titolo di concorso eventuale è esclusa nei casi di mera “compiacenza”, di “vicinanza” o di “disponibilità” nei riguardi del sodalizio criminoso, «quando a siffatti atteggiamenti non si accompagnino positive attività suscettibili di produrre un oggettivo apporto di rafforzamento o di consolidamento sull’associazione»; tuttavia, la Suprema Corte non pare escludere tale ipotesi quando, più in avanti, afferma che «ciò che conta, infatti, non è la mera disponibilità dell’esterno a conferire il contributo richiestogli dall’associazione, bensì l’effettività di tale contributo, e cioè che a seguito di un impulso proveniente dall’ente criminale il soggetto si è di fatto attivato nel senso indicatogli». *Prima facie*, le Sezioni Unite non si distaccano da un indirizzo già diffuso in giurisprudenza,²⁰⁰ anzi, rinviano alla funzione in senso lato inferenziale dell’“effettività” – non ulteriormente qualificata, se non tramite un’apprezzamento di tipo discrezionale e valutativo – della condotta promissoria per ammettere la sostanziale punibilità anche dei casi di mero accordo.²⁰¹ La superficialità delle Sezioni Unite sul tema in esame –

²⁰⁰ Cass. Pen., Sez., V, 20 aprile 2000, Frasca, *cit.*; Cass. Pen., Sez. V, 6 giugno 2000, Pangallo, *cit.*; Cass. Pen., Sez., 15 giugno 2001, Bonomo, *cit.*; Cass. Pen., Sez., 19 settembre 2001 Allegro, *cit.*, secondo le quali, pur non essendo sufficiente per la consumazione del reato la mera vicinanza dell’*extraneus* al clan od ai suoi esponenti, non occorre che le prestazioni pattuite o promesse debbano necessariamente anche essere eseguite. Così anche, Cass. Pen., Sez. I, 17 aprile 2002, Frasca, con nota di V.MAIELLO, *Una «judge-made-law» italiana: l’affermata punibilità ex art. 110 e 416bis, del candidato alle elezioni che promette favori alla mafia in cambio di voti*, *cit.*, p. 682 ss.

²⁰¹ L’opinione era stata, già in precedenza (v. 3.3.3.), fortemente avversata da G.FIANDACA, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una espansione incontrollata del concorso criminoso*, *cit.*, p 127 ss, il quale ritiene che in questo modo si finisse per ridurre il concetto di causalità, «a una sorta di efficace e tranquillizzante metafora che sottende e veicola qualcosa di diverso e di più labile della causalità strettamente concepita. E cioè qualcosa di diverso e di più labile che può, in sede processuale, essere

nonostante la Suprema Corte avesse ben interpretato il ruolo dell'art. 416^{ter} c.p., come strumento repressivo oltre il concorso “esterno”, da cui ricavare in via sistematica la confinabilità ai soli casi ivi contemplati della punibilità del mero accordo (v. 3.3.3.) – è stata causa di forti conflitti interpretativi, per i quali, ma non solo per questi, fu resa necessaria una nuova rimessione alle Sezioni Unite (v. 4.3.).

4.2.2. Il dolo diretto del concorrente “esterno”.

Per ciò che concerne la fattispecie soggettiva, le Sezioni Unite del 2002 ritornano alla pronuncia del 1994, sottolineando la corretta impostazione della precedente decisione, la quale, a parere dei giudici di legittimità, aveva abilmente distinto il dolo del concorrente “esterno” come privo di quella parte di dolo che, invece, caratterizza il partecipe, cioè l'*affectio societatis*. Tuttavia, la Suprema Corte preferisce distaccarsi dalle precedenti Sezioni Unite nella parte in cui, dopo aver qualificato il dolo generico dell'*extraneus*, ritenevano che questo potesse anche manifestarsi nella forma di dolo specifico, al pari di quello richiesto per il partecipe, senza però perdere la propria qualità di concorrente eventuale. Infatti, la scelta delle Sezioni Unite del 1994, oltre a prestarsi a facili critiche per ciò che riguarda la compatibilità col modello concorsuale indifferenziato, aveva creato un profondo *vulnus* – ed a ciò hanno contribuito anche le Sezioni Unite del 1995 – dal momento che si iniziò a ritenere che il dolo del concorrente “esterno” potesse essere anche un dolo eventuale o indiretto, con la conseguenza di provocare una dilatazione, di fatto, fuori controllo della responsabilità penale (v. 4.1.2.).

fatto oggetto di un accertamento di tipo intuitivo-impressionistico da caso a caso e che si presta, perciò, a manipolazioni e scorciatoie probatorie in vista di obiettivi repressivi o assolutori». Così anche, recentemente, M.SANTAMBROGIO, *Il concorso di persone in delitto di tipo mafioso associativo*, in *Giur. mer.*, 2005, p. 2272 ss.

Sulla base di queste premesse, le Sezioni Unite del 2002 giustificano il cambiamento d'indirizzo relativo alla fattispecie soggettiva del concorso eventuale. Considerando che il partecipe e l'*extraneus* debbano concorrere entrambi, rispettivamente, l'uno con il contributo tipico, l'altro con un contributo atipico, nel medesimo reato, concorrendo a realizzare il medesimo evento, cioè «la sussistenza e l'operatività del sodalizio», i giudici di legittimità richiedono che il concorrente esterno «apporti un contributo che sa e vuole sia diretto alla realizzazione, magari anche parziale, del programma criminoso», talché «il risultato, così raggiunto, esige nell'elemento psicologico del concorrente esterno sempre la ricorrenza di un dolo diretto».

Sennonché, nonostante la scelta del dolo diretto compiuta dalla Suprema Corte risponda ad esigenze di maggiore selettività dell'atto concorsuale punibile, e di definitivo superamento delle incertezze connesse all'ammissibilità del dolo eventuale, si è posto in dubbio se, ciò che le Sezioni Unite definiscono come dolo diretto sia effettivamente tale o se, invece, si tratti di un impiego in senso atecnico del medesimo.²⁰² La perplessità nasce dal fatto che la nomenclatura del dolo diretto è stata probabilmente condizionata dalla precedente definizione, sopra citata, della posizione soggettiva dell'*extraneus*. Invero, anche nel caso in cui non si tratti di una sovrapposizione semantica, le Sezioni Unite forniscono una definizione di dolo diretto prima ignota, se si considera che con questa graduazione del dolo si intende normalmente la circostanza in cui l'agente si rappresenta come certa, o probabile al limite della certezza, l'esistenza dei presupposti della condotta ovvero il verificarsi dell'evento come conseguenza dell'azione, ed in cui la realizzazione del reato non è l'obiettivo che dà causa alla condotta, ma soltanto uno strumento necessario perché l'agente realizzi lo scopo perseguito. Non è, quindi, fuori luogo ritenere che la Suprema Corte si sia avvalsa di un'accezione atecnica di dolo diretto, e che, se si accetta questa premessa, le

²⁰² G.FIANDACA, *La tormentosa vicenda giurisprudenziale del concorso esterno*, cit., p. 696.

Sezioni Unite abbiano tratteggiato il coefficiente psicologico dell'*extraneus* sulla base di un'ascendenza finalistica dell'illiceità del contributo offerto al sodalizio, non molto diversa da quella storicamente richiesta per il dolo del partecipe;²⁰³ d'altro canto, si introduce il rischio che l'elemento soggettivo ricercato per il concorrente esterno e per il partecipe risultino tra loro difficilmente distinguibili.

4.3. La sentenza *Manninobis*. *Status quo* e innovazione in tema di rapporto di causalità.

Il processo di ricostruzione giurisprudenziale per tappe dell'istituto del concorso eventuale nel reato associativo si conclude nel 2005; a differenza della precedente sentenza delle Sezioni Unite, intervenuta molti anni dopo la prima pronuncia, in questo caso la rimessione alle Sezioni Unite dista all'incirca due anni dalla pronuncia precedente. Il dato cronologico è utile a comprendere il clima di incertezza e di forte conflittualità delle opinioni

²⁰³ G.FIANDACA, *La tormentosa vicenda giurisprudenziale del concorso esterno*, loc. cit. Nello stesso senso, U.LIGUORI, *La possibilità di configurare la c.d. partecipazione esterna in associazione a delinquere di stampo mafioso, tra incertezze dogmatiche e oscillazioni giurisprudenziali: spunti per una riforma*, cit., p. 188-190, n.t. 84. Cfr., C.VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit. p. 224-225; l'Autore, a dimostrazione che l'attributo "diretto" impiegato dalle Sezioni Unite si riferisce non al dolo, ma al contributo dell'*extraneus*, ritiene che la Suprema Corte abbia "trapiantato" nel concorso "esterno" taluni orientamenti maturati in tema dei delitti di attentato. Secondo l'Autore, dalla pronuncia delle Sezioni Unite è emersa una duplice caratterizzazione del contributo punibile: la prima, di impronta causale, riguarda la conservazione ed il rafforzamento del sodalizio; la seconda, espressa nei termini di pericolosità, attiene alla realizzazione del programma criminoso, tale da richiedere un principio di esecuzione del programma stesso. Le opinioni di cui sopra sono state criticate da A.CORVI, *Partecipazione e concorso esterno: un'indagine sul diritto vivente*, cit., p. 249, n.t. 34, secondo cui la scelta del dolo diretto, impiegato dalla Suprema Corte in senso tecnico, risponda alle superiori esigenze di selettività del contributo concorsuale punibile.

intorno al concorso “esterno”, la cui vigenza continua a fondarsi unicamente sul sostegno che riceve in giurisprudenza,²⁰⁴ e sulle raccomandazioni ermeneutiche provenienti dal dibattito scientifico.

Le Sezioni Unite, nel 2002, avevano portato un solido contributo al processo di definizione del concorso eventuale nel reato associativo, innalzando la soglia di punibilità tramite non pochi riferimenti: la chiarificazione dei rapporti con la corrispondente fattispecie associativa; la determinazione dell’evento; la concretizzazione dell’apporto dell’*extraneus*; nonché la ridefinizione della fattispecie soggettiva. Tuttavia, in quella pronuncia destavano forti perplessità alcune lacune (v. 4.2.1, 4.2.2.), di cui si occuparono le Sezioni Unite nel 2005.

La pronuncia in esame²⁰⁵ considera *de plano* acquisita l’ammissibilità del concorso “eventuale”, non soffermandosi sui rilievi di carattere dommatico e sistematico in passato discussi (v. 3.), ritenendoli ormai superati, e procede speditamente a descrivere gli ambiti di applicazione, rispettivamente, della condotta partecipativa e del concorrente eventuale.

Partendo dalla condotta di partecipazione, le Sezioni Unite del 2005 confermano lo *status quo* raggiunto nella precedente decisione; infatti, premessa la “forma libera” della fattispecie in esame, e la verificabilità,

²⁰⁴ Nell’intervallo compreso tra le Sezioni Unite del 2002 e del 2005 si colloca Cass. Pen., Sez. II, 28 dicembre 2004, n. 49691, Andreotti, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 600 ss, la quale ha sostanzialmente confermato l’impianto delle Sezioni Unite del 2002 per ciò che concerne il concorso “esterno”, distaccandosi, invece, con riguardo alla condotta di partecipazione attraverso un’accentuazione della rilevanza del paradigma causale.

²⁰⁵ Cass. Pen., Sez. Un., 12 luglio 2005, Mannino, *cit.* La vicenda processuale concerne un patto di scambio politico-mafioso; vi figura come imputato l’On., già ministro, Calogero Mannino, chiamato a rispondere di concorso eventuale in associazione per delinquere (fino al 1982) e di tipo mafioso (dal 1982 a 1994), per aver strumentalizzato la propria attività istituzionale, politica ed amministrativa onde agevolare continuativamente Cosa Nostra e i suoi esponenti.

prescindendo da automatismi probatori, mediante *facta concludentia* della «costante permanenza» e della «duratura messa a disposizione», la partecipazione è egualmente ancorata al “fare ed esser parte”²⁰⁶ del sodalizio, rispetto all'immissione in ruolo o nei compiti assegnati e con riguardo al fine perseguito, risultando, peraltro, fortemente ridimensionata – se non anche del tutto assente – la rilevanza della *substantia* causale del contributo.

Sul versante del concorso “esterno”, la definizione a cui giungono le Sezioni Unite è in linea di massima corrispondente a quella operata nel 2002, pertanto «assume la veste di concorrente “esterno” il soggetto che, non inserito stabilmente nella struttura organizzativa dell'associazione mafiosa e privo dell'*affectio societatis* (che quindi non ne “fa parte”), fornisce tuttavia un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo, sempre che questo abbia un'effettiva rilevanza causale ai fini della conservazione o del rafforzamento delle capacità operative dell'associazione (o, per quelle operanti su larga scala come “Cosa nostra”, di un suo particolare settore e ramo di attività o articolazione territoriale) e sia comunque diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso della medesima». Lo stesso dicasi per ciò che concerne la fattispecie soggettiva, definita in modo condizionato dalla precedente pronuncia delle Sezioni Unite, seppure i giudici di legittimità, nel 2005, al fine di non incorrere nelle medesime criticità (v. 4.2.2.), si premurino di non qualificarlo espressamente e formalmente come dolo “diretto”; invero, secondo la Suprema Corte, il dolo dell'*extraneus* si compone

²⁰⁶ «Partecipe è colui che, risultando inserito stabilmente e organicamente nella struttura organizzativa dell'associazione mafiosa, non solo “è” ma “fa parte” della (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 si è immessi e ai compiti che si è vincolati a svolgere perché l'associazione raggiunga i suoi scopi, restando a disposizione per le attività organizzate della medesima».

del doppio coefficiente psicologico²⁰⁷ consistente nella consapevolezza e volontà della rilevanza causale del contributo prestato al consolidamento del sodalizio, nonché nella direzione dell'apporto rispetto alla realizzazione del programma criminoso.

Ai caratteri conservativi, e di consolidamento ermeneutico, della pronuncia a Sezioni Unite del 2005, si giustappongono gli aspetti di innovazione per ciò che concerne taluni elementi dommatici e di riscontro probatorio che specificamente attengono al concorso “esterno”, e, in modo particolare, al tema del rapporto di causalità, nonché, trattandosi del patto di scambio politico-mafioso, alla rilevanza penale di aspetti dal significato “psicologizzante”, quali il mero accordo e il cosiddetto “senso di sicurezza” dei sodali scaturiti dall'appoggio formale dell'*extraneus*.

A parere dei giudici di legittimità, affinché possa ritenersi sussistente il rapporto di causalità tra l'apporto dell'*extraneus* e l'evento rafforzativo, è necessario che il primo «abbia avuto una reale efficienza causale, sia stato condizione “necessaria” – secondo un modello unitario e indifferenziato, ispirato allo schema della *condicio sine qua non* proprio delle fattispecie a forma libera e causalmente orientate – per la concreta realizzazione del fatto criminoso collettivo e per la produzione dell'evento lesivo del bene giuridico protetto»; tuttavia, la Suprema Corte era ben consapevole, a fronte delle critiche mosse alla sentenza delle Sezioni Unite del 2002 (v. 4.2.1.), che l'accertamento del nesso causale potesse, di fatto, essere aggirato da approssimazioni valutative ed arbitrarie tese a riconoscere una rilevanza penale

²⁰⁷ «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».

anche a forme di cooperazione ininfluenti, od, ancor peggio, inconsistenti. Così, respingendo la validità dei criteri a vario titolo prognostici, quali l'idoneità causale *ex ante*, l'aumento del rischio, e, con riguardo al concorso morale, la causalità psichica agevolatrice, l'operazione ermeneutica sottostante la pronuncia del 2005 è stata di «trapiantare»²⁰⁸ nel concorso “esterno” i medesimi rilievi che la prevalente giurisprudenza di legittimità aveva formulato riguardo alla “causalità efficiente” in tema di responsabilità penale dell'esercente sanitario, per i reati omissivi impropri e le fattispecie causalmente orientate (v. 2.).²⁰⁹ Infatti, le Sezioni Unite affermano che gli apporti dell'*extraneus* siano penalmente rivalenti, e, quindi, punibili, soltanto «all'esito della verifica probatoria *ex post* della loro efficacia causale, sulla base di massime di esperienza dotate di empirica plausibilità».

Tuttavia, nonostante la decisione presa dalle Sezioni Unite risulti attenta ai complessi risvolti del rapporto esistente tra tipicità sostanziale del fatto incriminato e tipicità del metodo probatorio con cui detti fatti debbano in giudizio essere dimostrati e verificati, è la stessa praticabilità ed operatività, non anche la validità, del giudizio controfattuale ad essere stata messa in dubbio. Invero, dal momento che il giudizio *ex post* richiede che al concreto apporto dell'*extraneus* si accompagni un evento, la conservazione ed il rafforzamento del sodalizio funzionale alla realizzazione del programma criminoso, anch'esso valutabile *hic et nunc*, appare piuttosto ardua per l'interprete l'impresa di effettuare tale raffronto, se l'evento non è inteso come modificazione della realtà, cioè in senso naturalistico, ma come offesa ad un bene giuridico, nel modo in cui, peraltro, espressamente riportano le Sezioni

²⁰⁸ G.FIANDACA, *Intervento*, in *Concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, cit., p. 106 ss; C.VISCONTI, *Intervento*, *ivi*, p. 85 ss.

²⁰⁹ Cass. Pen., Sez. Un., 10 luglio 2002, Franzese, cit.

Unite.²¹⁰ D'altronde, anche se l'aggressione al bene giuridico possa, comunque, tradursi in una modificazione della realtà, detta modificazione diviene difficilmente percepibile e verificabile se l'oggetto giuridico della tutela penale non è un bene individuale, ma superindividuale, qual è, appunto, l'ordine pubblico e i suoi corollari,²¹¹ con l'effetto, non azzardato, che l'accertamento dell'evento rafforzativo sia rimesso ad una verifica valutativa o intuizionistica dell'interprete.²¹²

²¹⁰ G.FIANDACA-C.VISCONTI, *Il patto di scambio politico mafioso al vaglio delle Sezioni Unite*, nota a Cass. Pen., Sez. Un., 15 luglio 2005, Mannino, in *Foro it.*, 2006, II, p. 90 ss. Così anche, G.A.DE FRANCESCO, *Concorso di persone, reati associativi, concorso nell'associazione: profili sistematici e linee di politica legislativa*, in *Scenari di mafia, cit.*, p. 128 ss, il quale, poi, conclude sulla disutilità del giudizio controfattuale, auspicando l'abbandono all'ossessiva verifica del nesso di causalità nelle vicende concorsuali, in favore di un sostitutivo nesso di strumentalità (v. 2.). Nel senso di considerare impraticabile il giudizio controfattuale per un macroevento rafforzativo inteso come evento giuridico *sui generis*, G.L.VERRINA, *Approccio riduttivo e carattere aporetico delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sul concorso esterno nel reato associativo, cit.*, p. 519-520. Cfr. A.CAVALLIERE, *Associazione di tipo mafioso*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale, Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, cit., p. 523-524, secondo cui l'accertamento dell'efficacia causale del contributo concorsuale punibile può altresì definirsi nei termini di "causalità agevolatrice", tanto per il concorrente eventuale tanto per il partecipe.

²¹¹. G.FIANDACA-C.VISCONTI, *Il patto di scambio politico mafioso al vaglio delle Sezioni Unite, cit.*, p. 91, i quali, altresì, illustrano la difficoltà di un tale accertamento, dal momento che, se l'evento consiste nell'offesa al bene giuridico, questa risulta già realizzata dal fatto dei partecipi, per cui l'efficacia offensiva dell'apporto esterno si manifesta come incremento "percentuale" di una lesione già verificata. Con analoghe perplessità, P.MOROSINI, *La difficile tipizzazione giurisprudenziale del "concorso esterno" in associazione*, nota a Cass. Pen., Sez. Un., 15 luglio 2005, Mannino, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 585 ss.

²¹² G.INSOLERA, *Qualche risposta agli interrogativi sollevati dal concorso esterno nell'associazione mafiosa*, in *Scenari di mafia, cit.*, p. 123 ss; ID, *Ancora sul problema del concorso esterno nei delitti associativi, cit.*, p. 639.

Le complicazioni in ordine alla corretta identificazione dell'evento hanno reso ancor più delicata l'individuazione della regola inferenziale, anche perché, per ammissione delle stesse Sezioni Unite, dinnanzi a fattispecie causalmente orientate, considerando le difficoltà connesse alla ricerca di una legge scientifica di copertura, il ricorso alle massime d'esperienza si è mostrata l'unica strada percorribile. Sennonché, per quanto l'impiego delle massime d'esperienza sia ritenuto generalmente ammissibile come premessa maggiore del sillogismo giudiziale, esse restano comunque parte di un patrimonio conoscitivo ancorato all'*id quod plerumque accidit*,²¹³ in cui la relazione tra la successiva premessa minore (la circostanza indiziante) e la conclusione (il fatto oggetto della prova) risulta dipendere, fortemente, dalla valutazione e dall'osservazione, spesso soltanto soggettiva, degli accadimenti contestati in giudizio e del contesto temporale e spaziale di fondo. Non a caso le Sezioni Unite hanno preteso il ricorso soltanto a «massime di esperienza dotate di empirica plausibilità», di modo che il giudice, nella compilazione del disposto motivazionale in base al quale è stata accertata l'efficienza causale del contributo dell'*extraneus*, dimostri che la massima d'esperienza avvalsa sia egualmente rinforzata dai criteri di gravità, precisione, e concordanza *ex art.* 192, comma II, c.p.p. Tuttavia, affinché questo esito dimostrativo sia raggiunto è, ad ogni modo, ineludibile compiere un giudizio bifasico²¹⁴ (v. 2.); pertanto, il giudice dovrà verificare preliminarmente che la massima d'esperienza sia espressione di una conoscenza generale e approvata, dopodiché controllare che l'inferenza risulti applicabile al caso di specie, e che, quindi, abbia superato con esito positivo i tentativi di “falsificazione” rispetto

²¹³ G.BORRELLI, *Massime d'esperienza e stereotipi socio-culturali nei processi di mafia: la rilevanza penale della “contiguità mafiosa”*, nota a Cass. Pen., Sez. II, 11 ottobre 2005, D'Orio, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1074 ss.

²¹⁴ A.FALLONE, *Concorso esterno: tra tipicità sostanziale e tipicità del metodo probatorio della fattispecie penale*, in *Giur. mer.*, 2012, p. 774 ss.

ai fatti oggetto dell'accertamento. È, però, condivisibile il rilievo secondo cui, a fronte di un accertamento così complesso ed articolato, la verifica del nesso di causalità, in dipendenza di un giudizio controfattuale, si traduca in una *probatio diabolica*, e, per opposto sbocco, in una mera convenzione linguistica, dietro la quale è possibile occultare esposizioni intuizionistiche, rievocative di approcci di tipo prognostico.²¹⁵

Accanto al tema della causalità, l'altro argomento critico affrontato dalle Sezioni Unite del 2005 consiste nel chiarire la rilevanza penale, a titolo di concorso "esterno", del mero accordo o della promessa non eseguita di agire in favore del sodalizio nel patto di scambio politico-mafioso, nonché la possibilità di poter considerare come evento rafforzativo conseguente all'apporto dell'*extraneus* lo stato psichico di "sicurezza" e "d'impunità" trasmesso negli affiliati.

A tal proposito, le argomentazioni presentate dalla Suprema Corte sono dirette a dissipare ogni dubbio, posto che le difficoltà probatorie connesse al concorso "esterno" possono indurre il giudicante a preferire soluzioni ermeneutiche generalizzanti, e dai connotati etico-moraleggianti. Infatti, le Sezioni Unite, ribadita la sostanziale irrilevanza penale della mera "contiguità" o "vicinanza",²¹⁶ e chiarendo uno degli aspetti più controversi e critici, stabiliscono che «non è consentito convertire surrettiziamente la fattispecie di concorso materiale oggetto dell'imputazione in una sorta di – apodittico ed

²¹⁵ G.FIANDACA-C.VISCONTI, *Il patto di scambio politico mafioso al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., p. 92-93.,

²¹⁶ Nel disporre l'annullamento con rinvio, la Suprema Corte raccomanda al giudice di merito di considerare che «nella pur accertata "vicinanza" e "disponibilità" di un personaggio politico nei confronti di un sodalizio criminoso o di singoli esponenti del medesimo sono da ravvisare relazioni e contiguità sicuramente riprovevoli da un punto di vista etico e sociale, ma di per sé estranee, tuttavia, all'area penalmente rilevante del concorso esterno in associazione mafiosa».

empiricamente inafferrabile – contributo al rafforzamento dell'associazione mafiosa in chiave psicologica: nel senso che, in virtù del sostegno del politico, risulterebbero comunque, quindi automaticamente, sia “all'esterno” aumentato il credito del sodalizio nel contesto ambientale di riferimento (ove tuttavia non si accerti e si definisca “occulto” l'accordo) che “all'interno” rafforzati il senso di superiorità e il prestigio dei capi e la fiducia di sicura impunità dei partecipi». ²¹⁷ Tuttavia, chiarite queste vicende, e finanche la funzione incriminatrice dell'art. 416^{ter} c.p. – per questa fattispecie la Suprema Corte segue l'indirizzo intrapreso dalle Sezioni Unite del 2002, cioè quello di considerare la suddetta norma come strumento repressivo che va al di là del concorso “esterno”, in quanto assorbe condotte che non sarebbero state punibili a titolo di concorso eventuale (v. 3.3.3.) – le Sezioni Unite muovono contro l'opinione prevalente in dottrina, orientata, invece, ad escludere la punibilità di condotte meramente promissorie, o del cosiddetto “impegno ad agire in favore dell'ente”, dato il contrasto con i principi costituzionali di materialità, frammentarietà ed offensività, di cui è parziale riflesso, per ciò che riguarda la responsabilità concorsuale, il precetto contenuto all'art. 115 c.p. ²¹⁸

²¹⁷ E continua, «La previsione di “favori” nei vari settori di interesse del sodalizio e la “carica psicologica dell'intera organizzazione” per il “rinnovato prestigio criminale acquisito” e per l' “aspettativa di impunità”. Concetti, questi, fluidi e virtuali dalla cui vaghezza semantica e retorica non sembra lecito, a ben vedere, trarre solide conclusioni probatorie».

²¹⁸ A.CAVALIÈRE, *I reati associativi tra teoria, prassi e prospettive di riforma*, in *Scenari di mafia*, cit., p. 146 ss, 156 ss; ID, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 310-311. Nello stesso senso, V.MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra crisi del principio di legalità e diritto penale del fatto*, cit., p. 295-296. Così anche, C.VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit. p. 393 ss. In precedenza, G.FIANDACA, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una espansione incontrollata del concorso criminoso*, cit., p. 227 ss, il quale suggeriva l'inafferrabile punibilità del mero accordo a titolo di concorso esterno, ricorrendo ad un'interpretazione sistematica dell'art. 416^{ter} c.p., da cui estrarre *a contrario* la

Senonché i giudici di legittimità hanno, viceversa, confermato l'indirizzo, a più tratti seguito dalla giurisprudenza (v. 4.2.1.), diretto a riconoscere la configurabilità del concorso eventuale nel caso di accordo politico-mafioso, sebbene la Suprema Corte abbia subordinato quest'ultima ipotesi all'incidenza che la promessa o l'impegno producono sul sodalizio in termini di rafforzamento,²¹⁹ di modo che esso sia penalmente rilevante soltanto nel caso in cui, a seguito di una verifica *ex post*, «gli impegni assunti dal politico abbiano inciso effettivamente e significativamente, di per sé e a prescindere da successive ed eventuali condotte esecutive dell'accordo, sulla conservazione o sul rafforzamento delle capacità operative dell'intera organizzazione criminale o di sue articolazioni settoriali».²²⁰

4.4. L'anarchia ermeneutica nella giurisprudenza recente.

Le Sezioni Unite, nel 2005 avevano affidato il fondamento dommatico del concorso “esterno” al rigore scientifico dell'*iter* argomentativo con il quale

volontà del legislatore di circoscrivere in fattispecie incriminatrici *ad hoc* la punibilità delle condotte promissorie (v. 3.3.3.).

²¹⁹ F.DE LEO, *Aspettando un legislatore che non si chiami Godot. Il concorso esterno dopo la sentenza Mannino*, cit., p. 2003.

²²⁰ In senso critico A.CAVALIÈRE, *Associazione di tipo mafioso*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale, Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, cit., p. 523 n.t. 482, 528 n.t. 495, secondo cui appare contraddittorio come le Sezioni Unite abbiano, da un lato, richiesto l'efficienza causale del contributo dell'*extraneus* e, dall'altro, sancito la rilevanza penale del mero *pactum*. D'altronde, aggiunge l'Autore, la punibilità dell'accordo criminoso o della promessa non eseguita, da intendersi come contributi di ordine psicologico all'associazione, sarebbe giustificata – senza cadere in schemi presuntivi o di anticipazione della soglia di punibilità a condotte prodromiche rispetto alla verificabile lesione di beni giuridici – soltanto qualora gli associati, visto l'impegno assunto dall'uomo politico, realizzino ulteriori condotte associative preparatorie all'attuazione del programma criminoso.

furono delucidati i diversi interrogativi posti dalla prevalente dottrina. L'effetto sperato, dopo che per ben quattro volte furono chiamate a pronunciarsi le Sezioni Unite, era nel fare in modo che la giurisprudenza di merito e di legittimità si impegnasse a rispettare quanto il massimo organo di nomofilachia aveva stabilito, e, in particolare, a salvaguardare la forma, nonché quelle, pur controverse, conquiste ermeneutiche, che questo istituto negli anni tanto faticosamente aveva acquisito.

A dire il vero, l'ammissibilità del concorso eventuale nel reato associativo, e non solo nella più nota e praticata declinazione del concorso "esterno" in associazione mafiosa, ha conseguito, anche di recente, un consenso generalmente diffuso, almeno per ciò che concerne la sua configurabilità.²²¹ Tuttavia, è dato, comunque, registrare un mutamento d'indirizzo nella giurisprudenza successiva alla sentenza delle Sezioni Unite del 2005, a volte, attraverso un'apparente adesione ai principi di diritto ivi formulati, ma con decisioni, invece, sostanzialmente da essi distanti, altre

²²¹ Le pronuncie in nota sono riportate in [www.treccani.it/enciclopedia/il_concorso_esterno_nei_reati_associativi_\(Il_Libro_dell'anno_del_Diritto\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/il_concorso_esterno_nei_reati_associativi_(Il_Libro_dell'anno_del_Diritto)). Ammettono il concorso eventuale nel delitto di associazione per delinquere *ex art. 416 c.p.*: Cass. Pen., Sez. III, 9 luglio 2008, Liquorificio Luxor S., n. 38430; Cass. Pen., Sez., 22 aprile 2009, n. 19335; Cass. Pen. Sez. I, 29 settembre 2010, Lo Sicco, n. 40203. Per il concorso eventuale nel delitto di associazione di tipo mafioso *ex art. 416bis c.p.*: Cass. Pen., Sez. I, 11 ottobre 2006, n. 1072; Cass. Pen., Sez. I, 22 novembre 2006, Alfano; Cass. Pen., Sez., 12 aprile 2007, Riina, n. 37528; Cass. Pen. Sez., V, 6 maggio 2008, Lombardo, n. 34597; Cass. Pen., Sez., 11 dicembre 2008, Sarracino, n. 54; Cass. Pen., Sez. I, 22 aprile 2009, n. 19335; Cass. Pen., Sez. VI, 16 luglio 2009, Anzelmo, n. 29458; Cass. Pen., Sez. VI, 15 ottobre 2009, n. 42385; Cass. Pen., Sez. V, 14 aprile 2010, n. 16549; Cass. Pen., Sez. VI, 21 ottobre 2010, Lo Cicero, n. 42922; Cass. Pen., Sez. II, 22 gennaio 2011, Cuffaro, n. 15583; Cass. Pen., Sez. VI, 8 luglio 2011, Cesira Cruciani, n. 27685; Cass. Pen., Sez. VI, 9 novembre 2011, n. 43107. V. pure per il concorso eventuale nel delitto di cui all'art. 270bis c.p.: Cass. Pen., Sez. I, 11 ottobre 2006, Bouyahia, in *Foro it.*, 2007, II, p. 77; Cass. Pen., Sez. I, 14 marzo 2010, n. 16549. Cfr. R.SCIBONA, *Il concorso esterno*, in *Riv. pen.*, 2011, p. 271 ss.

volte, tramite un formale distacco, se non anche un'errata comprensione delle massime ivi elaborate.

È, difatti, accaduto che in una delle prime, e più note, pronunce immediatamente successive a quella delle Sezioni Unite, relativa ad un caso di “aggiustamento” di un processo penale,²²² dinnanzi al fatto di un magistrato “compiacente” fu ipotizzato un tipo di evento riconducibile agli effetti rafforzativi di natura psicologica, la cui rilevanza era stata precedente esclusa dalle Sezioni Unite, ma che invece, a parere dell'interprete, erano sufficienti ad integrare gli estremi del concorso eventuale, visto che «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, insieme con l'aspettativa che l'orientamento della Corte [...] faccia aggio in seguito presso la giurisprudenza».

In altre pronunce, gli atteggiamenti della Suprema Corte non sembrano per nulla considerare i dettami delle Sezioni Unite. Infatti, per la punibilità del mero accordo, nel più noto caso di patto di scambio politico-mafioso, i giudici di legittimità hanno, di fatto, rinunciato a compiere una verifica *ex post* circa l'effettiva incidenza esercitata dalla promessa, o dall'impegno, ad agire in favore del sodalizio, in termini di conservazione e rafforzamento della

²²² Cass. Pen., Sez. V, 15 maggio 2006, Prinziavalli, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1112 ss. Nella pronuncia in esame, tra le ragioni di maggiore incertezza interpretativa fu individuata l'assenza di un concreto e serio contributo diretto ad esercitare un condizionamento dei rimanenti membri del collegio giudicante, a cui la Suprema Corte rispose ritenendo che «il contributo penalmente rilevante si mimetizza, di regola, nelle condotte di persuasione ed orientamento, attuate tanto nel momento del verdetto, quanto nel corso del dibattimento in riferimento alle decisioni interlocutorie. [...] Necessario e sufficiente ad integrare la condotta costitutiva del reato è la concreta e reale precostituzione di un giudice non imparziale, ma prevenuto in favore degli imputati, cui è stato promesso il voto assolutorio ed una gestione compiacente del dibattimento»

consorteria criminosa, giudicando, invece, bastevole il ricorso ad un' idoneità causale *ex ante*,²²³ e, peraltro, ammettendo una configurabilità dell'evento anche in chiave psicologica, ipotesi esclusa dalle Sezioni Unite del 2005, inteso come senso di sicurezza, d'impunità o di prestigio manifestato dai sodali per effetto del sostegno "esterno" ricevuto.²²⁴

Ad ogni modo, lo stato di anarchia ermeneutica seguito alla pronuncia a Sezioni Unite del 2005, consente di verificare alcune perplessità in passato già espresse (v. 4.3.). Considerando che il concorso "esterno", in attesa di un intervento del legislatore, resta comunque un istituto edificato sotto il segno della cultura del precedente giudiziario, ciò che si è verificato nel periodo immediatamente successivo al 2005 indubbiamente rappresenta un

²²³ In questi termini si sono espresse: Cass. Pen., Sez. V, 6 febbraio 2007, Tursi Prato, n. 21648, secondo cui «basta il mero scambio delle promesse tra esponente mafioso e politico per integrare il sinallagma significativo del concorso esterno e non sono necessarie verifiche in concreto in ordine al rispetto da parte del politico degli impegni assunti ove vi sia prova certa, come nella specie, 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»; Cass. Pen., Sez. VI, 14 giugno 2007, Aprenda e altri, in *Mass. Uff.*, 237548; Cass. Pen., Sez. V, 29 aprile 2008, Bini, n. 36769. Cass. Pen., Sez. VI, 19 novembre 2010, Miceli.

²²⁴ Cass. Pen., Sez. V, 6 febbraio 2007, Tursi Prato, n. 21648, in cui si afferma che «è ovvio l'aumento di prestigio che l'associazione malavitosa acquisiva per il fatto di poter vantare un referente politico 'vicino', costituendo ragionevolmente tale circostanza agli occhi dei consociati in qualche misura una sorta di (obliqua) legittimazione a prescindere da vantaggi economici più concreti e contingenti». Così anche, Cass. Pen., Se. VI, 10 maggio 2007, Contrada, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3197, secondo cui «l'effetto rafforzativo per Cosa Nostra dell'apporto esterno di Contrada è elevato e deriva, come spiegano persuasivamente i giudici di merito, dalla semplice percezione in seno alla associazione della sola "disponibilità" di una figura dello spessore del funzionario Contrada».

abbassamento degli *standards* sostanziali di tutela,²²⁵ o, meglio, un'anticipazione della soglia di punibilità per via di una *reductio* qualitativa e quantitativa degli elementi sufficienti ad integrare gli estremi del concorso eventuale nel reato associativo.²²⁶ Lo stesso stato di crisi creatosi intorno all'adattabilità del modello controfattuale alle ipotesi di concorso "esterno", è dovuto, oltre alla naturale complessità della verifica *ex post*, nonché dei termini entro cui è compreso il nesso di causalità, soprattutto, ad una mai sopita attitudine del giudicante ad ammettere nella deduzione giudiziale la presenza di ragioni etico-sociali, volte ad estendere l'area della contiguità punibile ben oltre quanto i principi costituzionali possano tollerare.²²⁷

4.4.1. La sentenza Dell'Utri.

²²⁵ A.CORVI, *Il concorso esterno del magistrato nell'associazione di tipo mafioso. Il commento*, nota a Cass. Pen., Sez. V, 15 maggio 2006, Prinzivalli, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1117 ss. Così anche, V.MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, cit., p. 1364.

²²⁶ V.MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, cit., p. 1365. A tal proposito, l'Autore non manca di criticare l'attuale stato di cose, connotato, oltre che dalla lontananza al principio *nullum crimen sine lege*, altresì dal mutamento in senso sfavorevole degli orientamenti giurisprudenziali, i quali, a parere dell'Autore, sono fuori controllo anche per l'assenza di meccanismi legali volti ad assicurare la tutela dalla instabilità dei precedenti giudiziali – salvo l'*error juris* inevitabile, riconosciuto però raramente – previsti, invece, negli ordinamenti di *common law*, come la regola del *prospective overruling* che esclude la retroattività degli orientamenti giurisprudenziali sfavorevoli. Cfr., per ciò che concerne il recente dibattito sull'estensione delle norme generali in tema di retroattività della legge penale più favorevole anche alle pronunce giudiziali, F.VIGANÒ, *Retroattività della legge penale più favorevole*, Voce per "Il libro dell'anno Treccani 2014", in *Dir. pen. contem.*, (www.penalecontemporaneo.it), 2013, p. 1 ss.

²²⁷ G.FIANDACA-C.VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto "polemogeno"*, cit., p. 496.

Gli orientamenti, poc'anzi rapidamente descritti, assunti dalla giurisprudenza negli anni immediatamente successivi alle Sezioni Unite del 2005, rappresentano l'esito infelice di un dato prevedibile; l'assenza di una stabile disciplina legislativa, conforme ai principi di tassatività, determinatezza ed offensività,²²⁸ produce una costante incertezza ermeneutica, e, quindi, applicativa, e costituisce la causa primaria dell'ingresso di filoni interpretativi lontani dai principi regolatori dell'ermeneutica giudiziale in materia penale.

La riprova è offerta da una recente pronuncia della Suprema Corte,²²⁹ passata agli onori della cronaca, indubbiamente, per la rilevanza mediatica delle persone coinvolte, come imputati e testimoni, e dei fatti oggetto di accertamento giudiziale. In realtà, la pronuncia in esame non prospetta particolari novità in tema di concorso eventuale, anzi richiama adesivamente le statuizioni delle Sezioni Unite del 2005 per ciò che concerne la partecipazione in associazione, la fattispecie oggettiva e soggettiva del concorso eventuale, nonché il problema dell'efficienza causale;²³⁰ piuttosto, la sentenza costituisce l'occasione per riesaminare le notevoli, e molte di queste ancora irrisolte, problematiche del concorso "esterno",²³¹ in un contesto in cui le contingenze processuali e l'incidenza criminologica sembrano avere preso il sopravvento sulla coerenza del sistema penale.²³² Invero, sono esattamente questi sopra

²²⁸ S.MOCCIA, *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello stato di diritto*, cit., p. 599-600.

²²⁹ Cass. Pen. Sez. V, 9 marzo 2012, Dell'Utri, n.15727, *Mass. Uff.*, 2523239.

²³⁰ T.PADOVANI, *Il concorso esterno: alla ricerca del "bandolo" di un'intricata questione*, in *Leg. pen.*, 2012, p. 729 ss.

²³¹ G.FIANDACA, *Il concorso esterno: un istituto (ancora) senza pace*, in *Leg. pen.*, 2012, p. 695 ss.

²³² G.FIANDACA, *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, in *Dir. pen. contem.*, 2013, p. 251 ss. Nello stesso senso per le preoccupazioni espresse, ma spendendo apprezzamenti per l'apporto fornito dalla giurisprudenza di legittimità, in particolare delle Sezioni Unite, P.MOROSINI, *Il "concorso esterno" oltre le aule di giustizia*, *ibidem*, p. 261 ss.

riportati fattori ad aver richiamato l'attenzione della dottrina sull'istituto del concorso eventuale, aprendo nuovamente il dibattito scientifico.

Un'influenza di rilievo è stata sicuramente esercitata dalla complessità della vicenda processuale, sia in ordine all'articolazione dei fatti contestati,²³³ sia per ciò che interessa l'osservanza delle norme procedurali,²³⁴ a conferma

²³³ Nel caso di specie i capi d'imputazione, rispettivamente, concorso eventuale in associazione per delinquere ed in associazione mafiosa, sono distinti in tre periodi: il primo, iniziato nel 1974 e durato fino al 1978, e il secondo, compreso tra 1978 e 1982, per i quali vale la prima imputazione; il terzo, frapposto tra il 1982 ed il 1992, per il quale si è formulata la seconda imputazione. In ordine al primo periodo la Suprema Corte non ha eccepito nessuna violazione di legge, e ha confermato la colpevolezza dell'imputato; per il secondo periodo, ha disposto l'annullamento parziale con rinvio per illogicità della motivazione in merito ai requisiti oggettivi e soggettivi del reato contestato; per ciò che concerne la terza fase, ha censurato, invece, l'assenza di riferimenti motivazionali al solo requisito soggettivo. Cfr. sulla sentenza in esame: G.SILVESTRI, *Punti fermi in tema di concorso esterno in associazione di stampo mafioso*, nota a Cass. Pen., Sez. V, 9 marzo 2012, Dell'Utri, in *Foro it.*, 2012, II, p. 360 ss; G.FIANDACA, *Questioni ancora aperte in tema di concorso esterno*, nota a Cass. Pen., Sez. V, 9 marzo 2012, Dell'Utri, *ibidem*, p. 565 ss; G.A.DE FRANCESCO, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, nota a Cass. Pen., Sez. V, 9 marzo 2012, Dell'Utri, in *Cass. Pen.*, 2012, p. 2552 ss; A.BELL, *Qualche breve nota critica sulla sentenza Dell'Utri*, nota a Cass. Pen., Sez. V, 9 marzo 2012, Dell'Utri, in *Dir. pen. contem.*, (www.penalecontemporaneo.it), 2013, p. 1 ss. In sede di rinvio i giudici di merito – App. Palermo, 25 marzo 2013, Dell'Utri, in cui si afferma che «gli accadimenti, sui quali la Corte di Cassazione aveva chiesto un nuovo giudizio da parte di questo giudice di rinvio, non hanno palesato alcun mutamento o torsione nei rapporti tra Dell'Utri-Berlusconi e “cosa nostra”, essendo emerso l'interesse delle parti a salvaguardare un equilibrio prezioso per entrambe» – hanno confermato per l'imputato la condanna a titolo di concorso “esterno” in associazione per delinquere e tipo mafioso anche in ordine al secondo e terzo periodo. Cfr. sul punto, A.BELL, *La Corte d'appello di Palermo, in sede di rinvio, conferma la condanna di Dell'Utri per concorso esterno in associazione mafiosa*, in *Dir. pen. contem.*, (www.penalecontemporaneo.it), 2013, p. 1 ss.

²³⁴ F.M.IACOVIELLO, *Processo Dell'Utri: La requisitoria del consigliere Iacoviello. Schema di requisitoria integrato con le note d'udienza del Sostituto Procuratore Generale Cons. Francesco Iacoviello*

della, peraltro già ribadita, direzione processuale, in termini di semplificazione e di riduzione dell'onere probatorio, a cui tendono le fattispecie associative e la clausola generale *ex art. 110 c.p.* (v. 1., 2.).

A questo primo rilievo, va aggiunta la suggestione esercitata dall'evidenza criminologica relativa ai fatti oggetto della verifica giudiziale, e, in particolare,

(*Cass. Pen., Sez. V, ud. 9 marzo 2012, imp. Dell'Utri*), in *Dir. pen. contem.*, (www.penalecontemporaneo.it), 2013, p. 1 ss. Una delle più importanti criticità, che l'attento magistrato, discorrendo delle sentenze di merito impugnate, ha esposto, consiste nella lacuna data dall'assenza di una chiara e corretta contestazione del reato per cui si procede; in particolare, l'obiezione espressa, seppure non accolta dalla Suprema Corte, riguarda la cosiddetta "contestazione in fatto", cioè un tipo di contestazione in cui, alla descrizione dei fatti da accertare ed all'allegazione delle prove da assumere, non segue la formale qualificazione del fatto. A parere dell'Autore, questa sarebbe una pratica inammissibile, perché contrasta con la legislazione (e la giurisprudenza) interna ed internazionale sul giusto processo, ma ad ogni modo "accettabile" per fattispecie ad alto tasso di tipicità, non anche, invece, per il concorso "esterno", la cui tipicità riposa unicamente sul sostegno che riceve in giurisprudenza. L'inadeguatezza delle motivazioni espresse dalle sentenze di merito impugnate risiede, secondo l'Autore, proprio nell'incurabile mancanza dell'imputazione, in altre parole, «si altera l'ordine logico del processo, riflesso nella struttura della sentenza: imputazione-motivazione-decisione». Così anche, D.PULITANÒ, *La requisitoria di Iacoviello: problemi da prendere sul serio*, in *Dir. pen. contem.*, 2013, p. 257 ss, secondo cui «al di là di qualsiasi valutazione di casi concreti, la requisitoria di Iacoviello ha il grande merito di aver messo in discussione l'ideologia e l'autocomprensione della giustizia penale come istituzione di lotta, e di aver riportato in primo piano le garanzie di *legalità* e di *razionalità* che reggono il paradigma del garantismo, sul piano sia sostanziale che processuale. È di questo che c'è un vitale bisogno di ragionare, liberi da suggestioni e torsioni della politica contingente e del *politically correct* di qualsiasi tipo». Nello stesso senso, V.MAIELLO, *Luci ed ombre nella cultura giudiziaria del concorso esterno*, *ibidem*, p. 265 ss, il quale correttamente afferma: «Si situa nelle pieghe di questa realtà 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».

alla contiguità mafiosa di tipo imprenditoriale, proprio in quelle vicende in cui l'accertamento si estende all'esistenza delle relazioni intrattenute con sodalizi mafiosi da parte di imprenditori non sempre in una situazione di soggiacenza (v. 5.). Infatti, nella pronuncia in esame la contestazione del concorso eventuale non riguarda i già noti casi dell'"aggiustamento di processi", o del patto di scambio politico-mafioso, direttamente trattati anche dalle Sezioni Unite, bensì un caso "anomalo" di concorso "esterno". Andando nel merito, il fatto, qualificato dai giudici di merito come concorso "esterno", riguarda una serie reiterata di attività di mediazione che l'imputato avrebbe esercitato al fine di agevolare la stipulazione del patto di "protezione" (v. 5.) tra un imprenditore milanese, a cui l'imputato era legato per ragioni professionali e di amicizia, e Cosa Nostra; esattamente, il patto prevedeva che il sodalizio mafioso si impegnasse direttamente a garantire la sicurezza personale e familiare dell'imprenditore, verso un corrispettivo periodico in danaro. Probabilmente sarebbe stato più corretto contestare all'imputato un concorso in estorsione *ex artt.* 110 e 629 c.p., aggravata dall'agevolazione di un'associazione mafiosa in base all'art. 7, d.l. 152/1991 (v. 3.3.1.), sebbene potrebbero anche sussistere gli estremi dello stato di necessità *ex art.* 54 c.p., considerando i rapporti personali tra l'imputato e la vittima. Tuttavia il ragionamento seguito dai giudici di merito, e, in parte (v. *supra*), confermato dai giudici di legittimità, muove in tutt'altra direzione; tanto è vero che la Suprema Corte, esclusa l'applicazione dello stato di necessità, in ragione del fatto che l'imputato avrebbe agito non solo nell'interesse della vittima, ma anche del sodalizio mafioso,²³⁵ ha ritenuto, poi, di escludere il concorso nel

²³⁵ Un orientamento diffuso in giurisprudenza stabilisce che nei casi di intermediazione tra gli estorsori e la vittima (v. 5), all'intermediario sono estese le circostanze di non punibilità previste per il soggetto estorto soltanto qualora egli abbia agito nell'esclusivo interesse della vittima o per motivi di solidarietà, altrimenti la sua condotta è qualificabile come concausa agevolatrice dello stato di coazione morale e di pressione psicologica nei confronti della

delitto di estorsione, ed ammettere, invece, il concorso nel reato associativo, poiché l'attività di mediazione dell'imputato fungeva da «antecedente causale quantomeno della conservazione, se non del rafforzamento del sodalizio criminoso Cosa Nostra, posto che tale sodalizio si fonda notoriamente sulla sistematica acquisizione di proventi economici che utilizza per crescere e moltiplicarsi».²³⁶

Passando agli aspetti di carattere dommatico, la ricostruzione che la Suprema Corte offre sulla fattispecie soggettiva ed oggettiva del concorso eventuale non si distacca da quella della Sezioni Unite del 2005, ma, al contempo, assorbe quel retaggio di incertezze e di criticità.

Sul versante della fattispecie oggettiva, pur se i giudici di legittimità riportano espressamente la necessità che si proceda ad un giudizio controfattuale del nesso di causalità esistente tra la condotta e l'evento, rispettando le indicazioni offerte dalle Sezioni Unite per ciò che concerne la concretezza e l'effettività del contributo, l'utilizzo delle sole «massime di esperienza di empirica plausibilità», la realizzazione dell'evento rafforzativo verificabile *hic et nunc*, in realtà, l'*iter* motivazionale è molto più approssimativo e vago di quanto possa sembrare. Infatti, la Suprema Corte, nel descrivere la condotta qualificata a titolo di concorso eventuale, utilizza formule dall'impreciso significato, quali «canale di collegamento», o di «tramite» tra le controparti interessate al patto di «protezione», inoltre, rispetto all'efficacia causale della mediazione contestata, nella sentenza si parla anche di contributo

vittima. In questo senso: Cass. Pen., Sez. II, 16 febbraio 1995, Martino; Cass. Pen., Sez. I, 16 dicembre 2006, Santapaola; Cass. Pen., Sez. III, 22 gennaio 2010, Giofrè.

²³⁶ E continua, «è indubbio che l'accordo di protezione mafiosa propiziato dal Dell'Utri, con il sinallagma dei pagamenti sistematici in favore di Cosa Nostra, vada a inserirsi in un rapporto di causalità, nella realizzazione dell'evento del finale rafforzamento di Cosa Nostra, dovendosi anche escludere rilievo al fatto che Cosa Nostra comunque si arricchisce di mille affari anche più lucrosi».

«catalizzatore di eventi estorsivi». Si tratta di costrutti riconducibili ad un “diritto giurisprudenziale”, sotto i quali, però, riposano ragioni ed esigenze ben più profonde. Nonostante le Sezioni Unite abbiano richiesto che per il concorso eventuale nel reato associativo si raggiungano determinati *standards* di riscontro probatorio, ciò non è, comunque, sufficiente a compensare il *vulnus* sottostante l’istituto in esame, che resta ancora gravato dall’incurabile indeterminatezza del contributo concorsuale, e da un macro-evento assai difficile da verificare *hic e nunc*, se non cedendo il passo ad approssimazioni valutative o generalizzanti. In questo modo, si introduce il rischio di fissare l’illiceità della condotta concorsuale atipica in dipendenza dell’illiceità dei propositi delittuosi perseguiti dagli affiliati, in cui, come taluni hanno affermato,²³⁷ l’accertamento del rapporto di causalità tra il contributo atipico del concorrente “esterno” ed il macro-evento di conservazione e rafforzamento del sodalizio si è tradotta in una commistione di giudizio *ex post*, spesso ristretto a mera clausola di stile, e valutazione prognostica, se non anche soltanto intuizionistica.

Nondimeno, proprio con riguardo alla fattispecie oggettiva, è rinvenibile nella pronuncia in esame un elemento innovativo; infatti, la Suprema Corte ha preferito seguire un recente orientamento giurisprudenziale diretto a considerare il concorso eventuale nel reato associativo una fattispecie necessariamente permanente,²³⁸ al pari della fattispecie associativa. Tuttavia,

²³⁷ G.A.DE FRANCESCO, *Il concorso esterno nell’associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, cit., p. 2557-2558.

²³⁸ Cass. Pen., Sez. VI, 10 maggio 2007, Contrada, cit.; Cass. Pen., Sez. V, 11 dicembre 2009, B., in *Mass. Uff.*, 266101. Di recente, in una pronuncia *de libertate*, sul tema del concorso “esterno” in associazione mafiosa, *sub specie* patto di scambio politico-mafioso, la Suprema Corte ha ritenuto assente la presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari ex art. 275, comma III, c.p.p. – sebbene possano desumerisi anche possibili connessioni rispetto all’individuazione del *tempus commissi delicti* – nel momento in cui il soggetto attivo,

nonostante i giudici di legittimità abbiano correttamente definito il concetto di permanenza nel protrarsi nel tempo della condotta, nonché dei suoi effetti, e nel prolungare lo stato di offesa al bene giuridico, la decisione di considerare il concorso “esterno” una fattispecie a permanenza necessaria, e non, invece, soltanto eventuale, è stata fortemente criticata: in primo luogo, perché siffatta conclusione potrebbe condurre ad una pericolosa giustapposizione rispetto alla condotta di partecipazione, aumentando i rischi di una sostanziale indistinguibilità;²³⁹ in secondo luogo, poiché, con riguardo al caso di specie, la qualificazione di fattispecie necessariamente permanente appare perlopiù condizionata dalla natura dei fatti accertati in giudizio, da cui è emersa una reiterata e continuativa attività di mediazione dell'imputato tra le controparti interessate all'accordo.²⁴⁰ Inoltre, da ciò scaturisce un'ulteriore criticità in ordine alla cessazione dello stato di permanenza, perché mentre per il partecipe, nel momento in cui si dissocia definitivamente dal sodalizio, si interrompe la permanenza del reato, lo stesso non potrebbe dirsi per il concorrente eventuale, il quale, non essendo parte dell'associazione, da questa non potrebbe estraniarsi, né ritenere interrotta la propria condotta fin quando

cessato da tutte le sue cariche istituzionali, non è in grado di ripetere o reiterare la condotta illecita. Così, Cass. Pen., Sez. VI, 24 luglio 2013, Cosentino, n. 32412, inedita.

²³⁹ G.FIANDACA-C.VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto “polemogeno”, cit.*, p. 500-501, i quali ritengono che, nella pronuncia in esame, la scelta di considerare il concorso eventuale come fattispecie necessariamente permanente sia dipesa da tre fattori: il primo consiste nell'apparente analogia con la fattispecie associativa; il secondo nel carattere non occasionale, ma durevole dei fatti contestati all'imputato; infine, la necessità di scongiurare il pericolo di un'estinzione del reato per la decorrenza dei termini di prescrizione.

²⁴⁰ G.A.DE FRANCESCO, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità, cit.*, p. 2559; l'illustre Studioso ha, infatti, ritenuto che il carattere reiterato e durevole dell'apporto dell'*extraneus* è sintomatico non di un reato necessariamente permanente, ma, tutt'al più, di un reato abituale, oppure di una tipologia delittuosa a condotta frazionata nel tempo.

continueranno a propagarsi, in un intervallo di tempo indeterminato, gli effetti dell'apporto destinato all'ente criminoso.²⁴¹

Per ciò che riguarda la fattispecie soggettiva, la Suprema Corte informa la propria decisione alle statuizioni espresse dalle Sezioni Unite del 2002 e 2005, considerando il dolo del concorrente “esterno” articolato in un doppio coefficiente psicologico, il quale investe la consapevolezza e la volontà dell'*extraneus* di prestare un contributo causale alla conservazione ed al rafforzamento del sodalizio, nonché la consapevolezza e la volontà che questo sia diretto alla realizzazione del programma criminoso. A tal proposito, i giudici di legittimità, richiamando un precedente orientamento relativo alla graduazione del dolo in eventuale, diretto ed intenzionale,²⁴² hanno ritenuto di qualificare l'elemento psicologico minimo del concorrente “esterno” nei termini di dolo diretto – così, come in passato lo definirono formalmente le Sezioni Unite del 2002 (v. 4.2.2.), e, seppure senza una qualificazione espressa in tal senso, anche le Sezioni Unite del 2005 (v. 4.3.) – motivando la scelta con due ragioni: la prima, consiste nel voler assegnare al concorso “esterno” un maggiore grado di consistenza, valorizzando la duplice finalità del coefficiente psicologico, rispetto sia alla dovuta riferibilità soggettiva del fatto commesso sia alla delimitazione della responsabilità penale; la seconda consiste sul dato per cui l'evento rafforzativo non necessariamente rappresenta per l'*extraneus* l'obiettivo unico e primario del suo agire, ragion per cui è sufficiente che l'evento sia rappresentato e voluto come certo o altamente probabile. Sennonché, premesso che nel dolo diretto l'evento, per definizione, non è lo scopo della condotta del soggetto attivo, ma soltanto lo strumento per perseguire un fine diverso, non può non rilevarsi che l'accezione impiegata

²⁴¹ M.MADDALENA, *Il “concorso esterno in associazione mafiosa”: un istituto da (ri) sistemare*, in *Leg. pen.*, 2012, p. 723 ss.

²⁴² Cass. Pen., Sez. Un. 12 ottobre 1993, Cassata, in *Mass. Uff.*, 195804. Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 14 febbraio 1996, Mele, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2506.

dalla Suprema Corte, con riferimento alla direzione finalistica del contributo dell'*extraneus* rispetto alla realizzazione del programma criminoso del sodalizio, ricalchi *a simili* il coefficiente psicologico dell'*intranens*, *sub specie* dolo specifico, da cui non sarebbe facilmente distinguibile.²⁴³

5. Ulteriori riflessi penalistici della “contiguità” alla mafia: “il patto di protezione” e l'imprenditore “colluso”.

Le problematicità del concorso eventuale nel reato associativo, come strumento giuridico-penale nel contrasto alla “contiguità” mafiosa, non si arrestano ai soli rilievi di ordine dommatico, sistematico, ed interpretativo connessi alla qualificazione del fatto, ma si estendono ad una complessa rete di tematiche e di istituti riconducibili alla teoria generale del reato, rispettivamente, nelle categorie dell'antigiuridicità e della colpevolezza. La responsabilità penale per comportamenti astrattamente definibili come “contigui” o “collusi”, prescindendo dal titolo di reato, mostra all'interprete la profonda complessità delle vicende riversate nella casistica giudiziaria, scaturita dalla vastità del fenomeno stesso, e dall'impropria abitudine di ricorrere a schemi ed espressioni aliene al pensiero dommatico ed alle istanze di politica criminale.

Parlando di contiguità alla mafia, il primo ostacolo è, come risaputo, il condizionamento socio-criminologico, e, in particolare, il rischio, di un “travisamento” delle categorie del pensiero criminologico nei corrispondenti elementi giuridico-dommatici delle norme penali,²⁴⁴ con l'effetto di rendere

²⁴³ L.RISICATO, *Il gioco delle parti. Crisi e trasfigurazione del concorso esterno, tra disincanto e ragionevoli dubbi*, in *Leg. pen.*, 2012, p. 707 ss, la quale, a tal proposito, proferisce di un «sospetto sulla morte “per assimilazione” del concorso esterno in associazione mafiosa».

²⁴⁴ G.FIANDACA, *Il concorso “esterno” tra sociologia e diritto penale*, cit., p. 209 ss; ID, *Intervento, in Concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, cit., p. 131 ss.

irrefrenabile il ricorso a pratiche di arbitrarietà giudiziale e di manipolabilità ermeneutica. Tuttavia, coadiuvano a rendere maggiormente astruso l'argomento le implicazioni normalmente derivanti dalla qualificazione di una data condotta come concorso "esterno". È notorio che vicende di tal fatta investono determinate tipologie di soggetti attivi, spesso caratterizzate da una perlopiù costante strumentalizzazione della posizione giuridica, sociale ed economica che li identifica; da qui, l'evidenza suggerita dalla verifica empirica del coinvolgimento, tra gli abituali fiancheggiatori ai sodalizi criminali, di politici, magistrati, ma, soprattutto, liberi professionisti,²⁴⁵ commercialisti,²⁴⁶ notai e avvocati,²⁴⁷ sindacalisti, preti, e, fuori da ogni dubbio, imprenditori e *managers* d'impresе, pur considerando che, dietro questo universo apparentemente infinito di connessioni e connivenze, si nasconde un parallelo universo di parassitismo, di violenza e distruzione esercitate dalle consorterie mafiose.²⁴⁸

²⁴⁵ C.F.GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa e irrilevanza penale*, cit. p. 1210- 1212.

²⁴⁶ Cass. Pen., Sez. I, 17 dicembre 1993, Di Brisco, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1828, nel quale fu imputata una responsabilità penale per partecipazione qualificata, *sub specie* organizzatore, in associazione per delinquere al commercialista che contribuisce stabilmente, pur compiendo in sostanza atti leciti riconducibili all'esercizio della sua professione, agli scopi del sodalizio.

²⁴⁷ Cass. Pen., Sez. VI, 6 febbraio 2004, Credentino, in *Diritto e giustizia*, 2004, p. 31, secondo cui è responsabile di concorso eventuale in associazione mafiosa il notaio che, seppure abbia l'obbligo di rogare gli atti a lui richiesti, non si è astenuto laddove possa ragionevolmente presumersi che gli atti si riferiscano ad operazioni illecite compiute da soggetti mafiosi. Sulla responsabilità penale del difensore per concorso "esterno" in associazione mafiosa, Cass. Pen., Sez. I, 1 marzo 2005, P.B., in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 826; Cass. Pen., Sez. II, 5 febbraio 2014, n. 5670, inedita. Cfr. C.VISCONTI, *Difesa di mafia e rischio penale*, in *Foro it.*, 1997, II, p. 611 ss.

²⁴⁸ «I fiancheggiatori della mafia e della camorra sono [...], spesso, le prime vittime di una forzata convivenza con la criminalità organizzata». C.FIORE, *Il reato di associazione mafiosa e*

Per l'attenzione che meritatamente riceve spicca la posizione dell'imprenditore, e, per analoga considerazione, dei dirigenti e "capitani" d'impresa, nei casi in cui questi allaccino, a diverso titolo, relazioni o collegamenti con sodalizi criminali. L'infiltrazione della mafia nel settore economico, prim'ancora dell'investimento e del riciclaggio di somme di danaro in attività economiche lecite,²⁴⁹ si articola, nella sua forma più elementare, in un sistema diffuso di pratiche estorsive mediante l'impiego del metodo mafioso. Il *racket*, volgarmente noto come "pizzo", costituisce un canale di finanziamento fondamentale, nonché strumento di conservazione insostituibile del controllo esercitato sul territorio d'insediamento, fondato sulla logica assurda, ma non irrealistica, del "patto di protezione"; in sostanza, la "garanzia della sicurezza" è scambiata con l'estorsione di una prestazione normalmente, ma non necessariamente, pecuniaria, tale da ingenerare la convinzione che «il rapporto che si è instaurato con la protezione è abnormemente assimilabile al contratto assicurativo: l'abnormalità sta nel fatto che la fonte di rischio è costituita anche dallo stesso assicuratore».²⁵⁰ Sennonché, oltre all'infelice stato di vessazione dell'imprenditore taglieggiato, è dato rilevare il fenomeno ricorrente relativo all'imprenditore, o al *manager*, che dal "patto di protezione" riceve indebitamente vantaggi o gratificazioni; appare, quindi, realistica la bipartizione, plasmata nel sapere criminologico, tra

le ragioni della legalità, in AA.VV., *Camorra e criminalità organizzata in Campania*, a cura di F. Barbagallo, Napoli, 1988, p. 80 ss.

²⁴⁹ Cfr. C.VISCONTI, *Proposte per recidere il nodo mafia-imprese*, in *Dir. pen. contem.*, (www.penalecontemporaneo.it), 2013, p. 1 ss. Cfr., a proposito della "sospensione temporanea dall'amministrazione" ex art. 34, d.lgs. 159/2011 ("codice antimafia") nella vicenda TNT (Trib. Milano, Sez. Prev., 15 aprile 2011, n. 48), ID, *Contro le mafie non solo confisca ma anche "bonifiche" giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milane. WORKING PAPER*, *ivi*, 2012, p. 1 ss.

²⁵⁰ Trib. Catania, 28 marzo 1991, Amato, in *Foro it.*, 1991, II, p. 472.

una contiguità “soggiacente”, fatta di vittime e soprusi, ed una contiguità “compiacente”, ancorata, invece, su logiche di profitto e di guadagno.²⁵¹

La questione che emerge dalle riflessioni poc’anzi esposte consiste nello stabilire se, e a quali condizioni, lo stato empirico di “soggiacenza” o “compiacenza” possa tradursi in termini dommaticamente validi, in particolare nella circostanza in cui l’imprenditore si trovi a rispondere di una condotta astrattamente qualificabile come partecipazione o concorso eventuale in associazione di tipo mafioso.²⁵²

Uno dei primi orientamenti a svilupparsi in dottrina ed in giurisprudenza escludeva la punibilità dell’imprenditore per la tenuta di comportamenti di contiguità alla mafia, nelle varie modalità in cui possono estrinsecarsi, perché la sua azione di avvicinamento ai sodalizi mafiosi in ogni caso «non esprime una scelta autonoma, ma una soluzione di non conflittualità», maturata dalla consapevolezza che «nello scontro frontale risulterebbe perdente».²⁵³ Tale impostazione muove da una duplice premessa: la prima è l’uso, da un punto di vista probatorio, distorto di una massima d’esperienza a fondamento del sillogismo giudiziale, ancorato sull’opzione fideistica, e non lucidamente verificata, che al devastante fenomeno del sistema estorsivo corrisponda comunque un’ indefinita condizione di vittima dell’imprenditore, costretto a

²⁵¹ La distinzione sopra riportata è quella generalmente più condivisa e praticata – a sua volta integrata con la distinzione tra imprenditori “collusi” (a loro volta divisi in “clienti” e “strumentali”) e “subordinati”, o tra imprenditori “acquiescenti”, “resistenti” e “conniventi” –, seppure, ed è forse questa una delle cause della sua fortuna, si presta ad essere eccessivamente generica.. Le più note, e tra loro diverse, impostazioni elaborate negli ultimi decenni sono ampiamente vagliate in C.VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit. p. 353 ss.

²⁵² A.CINCOTTA, *Estorsione e concorso esterno - Il dilemma dell’imprenditore vittima-compartecipe tra stato di necessità e necessità di status*, in *Gius. pen.*, 2010, II, p. 118 ss.

²⁵³ Trib. Catania, 28 marzo 1991, Amato, cit. Sostanzialmente nello stesso senso, Cass. Pen., Sez. I, 28 ottobre 1994, Cavallari, cit.

scendere “a patti” con la criminalità organizzata; la seconda, tramite la quale si è giustificata la non punibilità del soggetto attivo, è di aver fatto ricorso alla categoria extralegale della “non esigibilità” di un comportamento diverso da quello effettivamente commesso, quando il medesimo esito poteva essere realizzato ricorrendo agli istituti già contemplati dal sistema penale.²⁵⁴ Invero, nonostante il ricorso alla non esigibilità in tema di contiguità alla mafia abbia trovato validi sostenitori,²⁵⁵ esso resta egualmente un concetto vago perché privo del substrato normativo necessario, posto che, ad ogni modo, riflette circostanze di non punibilità di cui è possibile rinvenire un'impronta nelle cause di esclusione dell'antigiuridicità o della colpevolezza.²⁵⁶

Le successive prese di posizione furono orientate ad abbandonare i criteri impiegati dai precedenti orientamenti, da un lato, richiedendo che il riscontro probatorio, pur se assistito dall'evidenza criminologica, non si spiritualizzi per mezzo di conclusioni generalizzanti, con la creazione di

²⁵⁴ G.FIANDACA, *La contiguità mafiosa, degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale*, nota a Trib. Catania, 28 marzo 1991, Amato, in *Foro it.*, 1991, II, p. 472 ss.

²⁵⁵ C.F.GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa e irrilevanza penale*, cit. p. 1195. Così anche, G.TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., p. 337 ss.

²⁵⁶ A.CAVALIERS, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 329 ss. In giurisprudenza, Cass. Pen., Sez. V, 31 maggio 1993, n. 973, secondo cui «il principio di non esigibilità di una condotta diversa – sia che lo si voglia considerare alla *ratio* della colpevolezza riferendolo ai casi in cui l'agente operi in condizioni soggettive tali da non potersi umanamente pretendere un comportamento diverso, sia che lo voglia ricollegare alla *ratio* dell'antigiuridicità riferendolo a situazioni in cui non sembri coerente ravvisare un dovere giuridico dell'agente di uniformare la condotta al precetto penale – non può trovare collocazione e spazio al di fuori delle cause di esclusione della colpevolezza espressamente codificate, in quanto le condizioni e i limiti di applicazione delle norme penali, sono posti dalle norme stesse senza che sia consentito al giudice di ricercare cause ultralegali di esclusione della punibilità attraverso l'*analogia juris*».

indebite aree di sostanziale impunità,²⁵⁷ dall'altro, di riportare l'accertamento delle circostanze di non punibilità dell'imprenditore, a vario titolo "colluso", alle tradizionali categorie dommatiche. Difatti, la Suprema Corte ritenne che soltanto una «condizione di ineluttabile coartazione» permetteva di considerare l'imprenditore vittima dell'estorsione mafiosa – nel caso di specie fu esclusa tale condizione, in quanto, a parere del giudice di legittimità, incompatibile con la circostanza che l'iniziativa fosse stata assunta dall'imprenditore stesso –; in mancanza, la condotta tenuta dal soggetto sarà punibile a titolo di partecipazione o di concorso eventuale in associazione.²⁵⁸ La ragione sottostante alla scelta interpretativa adottata dalla Suprema Corte consiste nel ricondurre lo stato di non punibilità del soggetto in questione a quello del soggetto passivo del delitto di estorsione *ex art. 629 c.p.*, la cui operatività è stabilita in virtù del criterio di specialità²⁵⁹ rispetto alle fattispecie di partecipazione e di concorso "esterno", considerando che il contributo

²⁵⁷ Cass. Pen., Sez. I, 5 gennaio 1999, Cabib, in *Riv. pen.*, 1999, p. 251, secondo cui «nella valutazione tra mafia e imprenditori, l'indagine del giudice non può fondarsi su aprioristici ed astratti stereotipi socio-criminali, la cui applicazione in guisa di massime d'esperienza conduce a generalizzare criminalizzazioni o, viceversa, al riconoscimento di vaste aree d'impunità, entrambe altrettanto ingiustificate perché svincolate da un effettivo e serio vaglio delle variabili contingenti peculiarità della singola fattispecie; piuttosto, al giudice è affidato [...] il difficile compito di individuare la fluida linea di demarcazione tra lecito e illecito e di distinguere le situazioni nelle quali l'imprenditore è complice delle organizzazioni criminali da quelle nelle quali è invece la vittima, il soggetto passivo delle attività delinquenziali; a tal fine ci si può anche avvalere delle massime d'esperienza elaborate dalle discipline socio-criminologiche, ma non prima di averne vagliato l'effettivo grado di interferenza e, soprattutto, la piena rispondenza alle specifiche e peculiari risultanze probatorie attinenti al caso di specie».

²⁵⁸ Cass. Pen., Sez. I, 5 gennaio 1999, Cabib, *cit.*

²⁵⁹ A.FALLONE, *Differenze ed identità nel concorso esterno e nel reato associativo ai fini della determinazione delle figure del partecipe e del concorrente esterno*, *cit.*, p. 868.

prestato dall'imprenditore è avvenuto per mezzo della violenza e della minaccia subita. Senonché, il termine della «condizione di ineluttabile coartazione» non può considerarsi del tutto soddisfacente. Premesso che la formula adoperata è un tipico caso di “diritto giurisprudenziale”, il suo campo di applicazione sarebbe comunque angusto, poiché essa sembra richiamare uno stato di coazione assoluta in cui il soggetto vessato *non agit, sed agitur*. Tanto è vero, che lo stesso delitto di estorsione *ex art. 629 c.p.* – così, anche, per la simile fattispecie di concussione di cui all'*art. 317 c.p.*; non a caso che i criteri qui esaminati corrispondono a quelli impiegati dalla giurisprudenza e dalla dottrina per distinguere le fattispecie di corruzione e concussione²⁶⁰ – nonché l'esimente dello stato di necessità determinato dall'altrui minaccia *ex art. 52, comma III, c.p. (v. 2.)*, non richiedono che il soggetto passivo subisca uno stato di coazione assoluta, bensì soltanto relativa, cioè che egli si patisca l'intimidazione da altri esercitata, ma conservi egualmente una, seppur parziale, capacità di autodeterminarsi, di percepire e comprendere la situazione in cui egli versa.²⁶¹

La carenza dei criteri in passato utilizzati per distinguere l'imprenditore colluso da quello vittima della prepotenza mafiosa, ha indotto taluni Autori a sperimentare sui casi in esame l'applicazione di diversi ed efficaci indici rilevatori dello stato di contiguità o di soggiacenza dell'operatore economico. Un'opinione piuttosto nota, anche per i riflessi *de lege ferenda*, spinge ad individuare una sorta di «area di neutralità» tra il delitto di estorsione e la fattispecie associativa, e, in particolare, il concorso eventuale, distinguendo due ipotesi: nella prima, laddove sia accertato che dal rapporto tra la cosca mafiosa e l'imprenditore derivi per quest'ultimo, in virtù della prestazione

²⁶⁰ G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, cit., p. 221-222.

²⁶¹ C.VISCONTI, *Imprenditori e camorra: l'“ineluttabile coartazione” come criterio discretivo tra complici e vittime?*, nota a Cass. Pen., Sez. I, 5 gennaio 1999, Cabib, in *Foro it.*, 1999, II, p. 631 ss.

svolta, un “costo innaturale”, ossia un danno di cui il soggetto si è fatto carico per l’assoggettamento subito dall’impiego del metodo mafioso, il fatto, posto che non sia già integrata la fattispecie estorsiva, non sarà incriminabile per partecipazione o concorso in associazione, se dal contributo scaturisca un rafforzamento del sodalizio; nella seconda, se l’apporto dell’imprenditore si inserisce in una visuale di reciproco guadagno e “capitalizzazione” a scapito di altri concorrenti operatori economici estranei al *pactum*, non potrà parlarsi di costo, ma di “vantaggio innaturale”, punibile, in relazione alle circostanze, a titolo di partecipazione o di concorso “esterno”.²⁶²

Invero, l’orientamento su cui si attesta la recente giurisprudenza risponde ad una sintesi delle argomentazioni sopra esposte, poiché, per un verso, emerge una disaffezione per talune passate impostazioni eccessivamente

²⁶² C.VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit. p. 379 ss. Nello stesso senso, G.FIANDACA, *Il concorso “esterno” tra sociologia e diritto penale*, cit., p. 182, il quale ritiene che la classificazione in vantaggi e costi innaturali sia un criterio oggettivo migliore della soggettiva classificazione in imprenditori vittime e collusi. In una posizione sostanzialmente analoga, A.FALLONE, *Concorso esterno: tra tipicità sostanziale e tipicità del metodo probatorio della fattispecie penale*, cit. p. 796; ID, *Differenze ed identità nel concorso esterno e nel reato associativo ai fini della determinazione delle figure del partecipe e del concorrente esterno, anche con particolare riferimento al caso controverso in cui il singolo con la propria condotta sia vittima o complice del sodalizio malavitoso*, cit., p. 869, seppure l’Autore ritiene di convergere sul tipo di rapporto istaurato tra il sodalizio e l’imprenditore; pertanto, potrà parlarsi di collusione, e, quindi, di esclusione dello stato di necessità *ex art.* 52, comma III, c.p. o della qualità di soggetto passivo *ex art.* 629 c.p., se il rapporto venutosi a creare sia di tipo sinallagmatico o bilaterale, ancorato allo scambio di prestazioni in un’ottica di reciproco vantaggio. *Contra*: A.MANNA, *Concorso esterno (e partecipazione) in associazione mafiosa: cronaca di una “nemesi” annunciata*, cit., p. 471-472, secondo cui la distinzione tra “costo” e “vantaggio innaturale” conserva comunque una certa dose di indeterminatezza e di soggettivismo; F.DE LEO, *Aspettando un legislatore che non si chiami Godot. Il concorso esterno dopo la sentenza Mannino*, cit., p. 2003, il quale, pur apprezzando la qualità scientifica dell’opinione, ritiene che si possa pervenire al medesimo risultato, senza ricorrere a siffatta classificazione, semplicemente accertando se il soggetto possa essere ritenuta vittima di estorsione *ex art.* 629 c.p.

condizionate dall'evidenza criminologica; per altro verso, giacché si è esclusa l'automatica determinazione di effetti penalmente immunizzanti rispetto a categorie di fatti o di persone, o, viceversa, di una dilazione smisurata della responsabilità penale.²⁶³ Così, richiamando la tradizionale bipartizione tra imprenditorialità compiacente e soggiacente, ma integrata dagli apporti migliorativi prima riportati – posto che siffatto accertamento non comporta un'automatica traducibilità del fatto in partecipazione o concorso in associazione – si è arrivati a distinguere l'imprenditore “colluso”, colui che è entrato in rapporto sinallagmatico con la cosca tale da produrre vantaggi per entrambi i contraenti, consistenti per l'imprenditore nell'imporsi nel territorio in posizione dominante e per il sodalizio criminoso nell'ottenere risorse, servizi o utilità, dall'imprendere “vittima”, quello che, soggiogato dall'intimidazione, non tenta di venire a patti col sodalizio, ma cede all'imposizione e subisce il relativo danno ingiusto, limitandosi a perseguire un'intesa volta a limitare tale danno.²⁶⁴

²⁶³ G.BORRELLI, *Massime d'esperienza e stereotipi criminali socio-culturali nei processi di mafia: la rilevanza penale della “contiguità mafiosa”*, *cit.*, p. 1079-1080.

²⁶⁴ Cass. Pen., Sez. I, 11 ottobre 2005, D'orio, n. 46552. In precedenza, Cass. Pen., Sez. V, 2 febbraio 2002, Cangialosi, *cit.* secondo cui «nell'ipotesi in cui si sia verificata una cooperazione imprenditoriale tra gli appartenenti ad un sodalizio di stampo mafioso, da un lato, e un soggetto non inserito nella predetta struttura delinquenziale, dall'altro, deve escludersi la ricorrenza dell'esimente dello stato di necessità in favore di quest'ultimo, che accogliendo la proposta proveniente dalla compagine criminosa, si giovi, al contempo, dell'esistenza dell'associazione e tragga benefici in termini di protezione e finanziamento». Nello stesso senso, Cass. Pen., Sez. II, 11 luglio 2008, Lo Sicco, n. 785, nella quale è stato affermato che esclude la condizione di vittima coartata se il rapporto è inquadrabile in «un'ottica di interscambio di carattere sinallagmatico di concrete utilità fornite all'associazione tramite i suoi esponenti più rappresentativi, e di vantaggi a sua volta lucrati dall'imprenditore grazie all'intermediazione tramite gli esponenti suddetti». Così, recentemente, anche Cass. Pen., Sez. II, 16 ottobre 2013, n. 44694, in *DeJure*; Cass. Pen., Sez. VI, 15 luglio 2013, n. 30346.

“Una parola di verità soverchia il mondo intero.”

Proverbio russo

CONCLUSIONI

La disamina delle fattispecie di associazione per delinquere e di tipo mafioso, nonché del dibattito sviluppato intorno all'ammissibilità ed alle condizioni di configurabilità del concorso eventuale nel reato associativo, in particolare nei delitti di cui agli artt. 416 e 416*bis* c.p., consente di trarre alcune riflessioni sulla coerenza delle norme penali esaminate rispetto alle legittime istanze di politica criminale presenti in Costituzione, a cui dovrebbe teleologicamente orientarsi un sistema penale razionale ed efficiente, anche in una prospettiva di riforma.

1. Le criticità emerse nello studio delle fattispecie di associazione per delinquere e di tipo mafioso richiedono indubbiamente che ad esse si “metta mano” in sede legislativa, affinché siano eliminati i diversi elementi che sono risultati non conformi ai principi fondamentali in materia penale.¹ In particolare, è importante premettere che, oltre alle molteplici proposte di risistemazione delle fattispecie associative,² in una prospettiva *de jure condendo* le

¹ V. Cap. II.

² V. Cap. II, par. 2. Le prospettive *de jure condendo* in tema di reati associativi elaborate dalla dottrina, nonché d'iniziativa del legislatore, sono particolarmente approfondite ed esaminate da A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., 337 ss. Cfr. C.VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., p. 493 ss; G.INSOLERA, *Ancora sul problema del concorso esterno nei delitti associativi*, cit., p. 645 ss; F.ARGIRÒ, *Note dommatiche e politico-criminali*

norme penali in esame debbano rientrare nei definiti confini entro cui l'intervento punitivo può estendersi, e per lo spazio che le consentono i principi e le direttive della Costituzione repubblicana. Pertanto occorre, innanzitutto, che sia abbandonata qualsivoglia lettura emergenziale e repressiva nella scelta degli strumenti di tutela penale dai fenomeni di criminalità organizzata. Uno stato di diritto, proprio perché vincolato a preservare la legalità costituzionale, non può tollerare che nel suo ordinamento trovino accoglimento istituti che contraddicono, banalizzano o aggirano quei principi sulla cui validità ed efficacia riposa l'esistenza e la legittimità dello stesso stato di diritto.

Dal tessuto normativo costituzionale emergono criteri di politica criminale e finalità politico-garantiste. A questo punto, dal momento che le finalità a cui sono orientate la produzione, l'interpretazione e l'applicazione delle norme penali sono quelle che trovano gradimento nelle funzioni della pena come "integrazione sociale", *sub specie* generale e speciale prevenzione positiva, rispettivamente funzione di orientamento e di risocializzazione,³ è anche prevedibile quali sono gli elementi delle fattispecie associative che necessitano di una radicale riforma legislativa, e quali, invece, richiedono soltanto un ulteriore perfezionamento.

In primo luogo, sarà necessario l'abbandono di macro-categorie di beni giuridici, idonei soltanto a fungere da contenitori di fattispecie incriminatrici dalla funzione repressiva ed intimidatoria, ma prive di una capacità offensiva autonoma. Il riferimento corre, per le fattispecie qui esaminate, all'ordine pubblico; infatti, l'ordine pubblico, sia in senso ideale o normativo, sia in senso materiale, resta pur sempre un bene dai contorni vaghi e indeterminati,

sulla configurabilità del concorso esterno nel reato di associazione di stampo mafioso, cit., p. 795 ss; A.FALLONE, *Concorso esterno: tra tipicità sostanziale e tipicità del metodo probatorio della fattispecie penale, cit.*, p. 805 ss.

³ V. Cap. I, sez. I, par. 3.

CONCLUSIONI

con una latitudine applicativa tendenzialmente illimitata, nonché indulgente verso sottocategorie di oggetti della tutela penale anch'essi privi di consistenza in termini di lesività.⁴ Occorrerà, quindi, che in una prospettiva *de iure condendo*, il legislatore e l'interprete tengano conto della necessità di selezionare soltanto quei beni giuridici, muniti di copertura costituzionale,⁵ per i quali risulti verificabile una concreta attitudine ad essere offesi, in termini di danno o di esposizione al pericolo, affinché da questo discenda una migliore selettività nella tipizzazione delle condotte da incriminare, nonché un più approfondito accertamento giudiziale delle capacità e potenzialità lesive del fatto contestato.⁶

In secondo luogo, soltanto a seguito di una corretta individuazione del bene giuridico da tutelare, potranno essere regolarmente costruite le fattispecie incriminatrici. Pertanto, trattandosi di fattispecie associative, il legislatore dovrà pretendere come requisito imprescindibile l'attitudine della struttura organizzativa a ledere l'oggetto della tutela penale; non saranno, quindi, soddisfacenti la presenza del mero ed informale accordo, o la minima disponibilità di mezzi e risorse, ma dovrà richiedersi un'effettiva adeguatezza e stabilità dell'organizzazione, tale per cui si dimostri che abbia causalmente inciso, o, comunque, agevolato, la commissione da parte degli associati dei delitti oggetto del programma criminoso. Le stesse condotte di partecipazione dovranno essere modulate in tal senso; così, conservando la distinzione tra partecipazione semplice e qualificata, dai distinti trattamenti sanzionatori, è doveroso che il legislatore indichi validi criteri discretivi tra le diverse forme di partecipazione, posto che ogni condotta, per essere punibile, non potrà articolarsi unicamente sull'*affectio societatis* o sul generico inserimento organico nel sodalizio – la qualificazione della partecipazione in associazione non può

⁴ V. Cap. II, par. 4., 4.1., 4.2.

⁵ V. Cap. I, sez. III, par. 9.

⁶ V. Cap. I, sez. III, par. 10.

più descriversi con un “linguaggio da iniziati”⁷ – bensì deve possedere i connotati di durata e stabilità, oltretutto di causalità rispetto all’organizzazione.

In terzo luogo, è importante chiarire la strumentalità dell’organizzazione rispetto al programma criminoso come indice della soglia di punibilità nelle fattispecie associative. L’impostazione del codice del 1930 ricalcava il modello normativo delle fattispecie associative “pure”⁸, per le quali la soglia di punibilità è arretrata alla costituzione dell’associazione non altrimenti qualificata; da ciò scaturisce un impianto normativo dai contorni repressivi perché ancorati alla massima anticipazione della tutela penale, tale da ritenere sufficiente il mero accordo, in contrasto con i principi di materialità ed offensività. È, dunque, preferibile che, in una prospettiva di riforma dei reati associativi, il legislatore prediliga il ricorso al modello delle fattispecie associative a struttura “mista” o “complessa”,⁹ innalzando la soglia di tutela – e vincolare, così, anche l’interprete¹⁰ –, e assumendo per la punibilità del fatto che la strumentalità dell’organizzazione rispetto alle finalità delittuose sia asservita all’iniziale esecuzione del programma criminoso, facendo salve le istanze di materialità della fattispecie e di necessaria lesività rispetto al bene giuridico protetto.

⁷ V. Cap. II, par. 7.1.

⁸ V. Cap. II, par. 1.

⁹ V. *loc. ult. cit.*

¹⁰ Il riferimento corre all’art. 416*bis*, comma III, c.p., il quale, nonostante sia stato descritto dal legislatore come fattispecie associativa a struttura mista, richiedendo, a tal proposito, che gli associati «si avvalgono» concretamente del metodo del mafioso mediante l’impiego di atti intimidatori, almeno in forma tentata, viene, invece, inteso dalla prevalente giurisprudenza come fattispecie meramente associativa, tale per cui, seguendo, questo indirizzo, sarebbe sufficiente “l’intenzione di avvalersi” del metodo mafioso (v. Cap. II, par. 1., 5.1.).

CONCLUSIONI

Per intima connessione ai temi appena trattati, occorre qualche riflessione anche in ordine all'art. 416*bis* c.p., per ciò che concerne la definizione del modello mafioso, nonché del richiamo contenuto all'ultimo comma della disposizione ricordata. Invero, non può certo negarsi la difficoltà di estrarre una definizione dommaticamente valida del modello mafioso, *sub specie* metodo e finalità, e ciò è dimostrato dai conflitti sorti in sede parlamentare al momento della traduzione in legge,¹¹ come pure dalle discussioni sviluppate in dottrina ed in giurisprudenza nella fase interpretativa ed applicativa.¹² Tuttavia, non può, altresì, confutarsi che proprio l'impostazione socio-criminologica seguita dal legislatore¹³ è stata la causa dei molti sviamenti ermeneutici, delle difficoltà sorte in tema di riscontro probatorio, e dell'aver compromesso l'effettività della stessa tutela penale,¹⁴ per di più da apparire per certi versi soltanto simbolica, con la recondita intenzione di volersi riferire non tanto al fatto incriminato, quanto all'intero fenomeno mafioso, ed a quell'indefinita area subculturale ad esso sottostante.

¹¹ V. Cap. II, par. 3.

¹² V. Cap. II, par. 5.1.

¹³ Esigenze di modifica dell'art. 416*bis*, comma III, c.p. sono pervenute dalla Commissione ministeriale incaricata dell'elaborazione di proposte normative in tema di criminalità organizzata (*i.e.* Commissione Fiandaca) – cfr. *Relazione della Commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata*, *cit.*, p. 2 – per ciò che interessa la risoluzione delle complesse difficoltà interpretative sorte in merito alle «organizzazioni criminali di nuovo insediamento in contesti territoriali in precedenza immuni da fenomeni di tipo mafiosi» (v. Cap. II, par. 5.1.) ed alle «organizzazioni criminali straniere di carattere etnico» (v. Cap. II, par. 5.3.). Tuttavia, la Commissione ha rinunciato ad elaborare una proposta di modifica della disposizione in esame, «confidando in una futura evoluzione giurisprudenziale in grado di fornire soluzioni via via più soddisfacenti ai problemi applicativi di cui si è fatto cenno».

¹⁴ A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, *cit.*, p. 352.

Analoghe considerazioni vanno svolte per l'ultimo comma dell'art. 416*bis* c.p., per il quale, a fronte delle forti lacune rilevate e dei sospetti di incostituzionalità per difetto di tassatività e determinatezza,¹⁵ si è suggerito, condivisibilmente, di provvedere alla sua abrogazione, dato che, pur apprezzando gli intenti salvifici in chiave ermeneutica, rimane, comunque, una disposizione flessibile verso soluzioni interpretative indefinitamente espansive della responsabilità penale.

Per concludere, i temi sui quali il legislatore deve convogliare la propria attenzione sono tanti e delicati, ma, considerando che si tratta di elementi comuni a tutte le fattispecie associative e non solo a quelle in questo lavoro esaminate, piuttosto che procedere ad una mera risistemazione delle fattispecie di parte speciale o ad interventi settoriali, è in maggior misura opportuno che le prospettive *de jure condendo* muovano verso soluzioni e proposte generali,¹⁶ tali da restituire non solo una maggiore dignità e coerenza

¹⁵ V. Cap. II, par. 5.3.

¹⁶ Una pregevole proposta-soluzione di parte generale è stata avanzata da S.MOCCIA, *Prospettive non “emergenziali” di controllo dei fatti di criminalità organizzata*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, cit., p. 159 ss (V. Cap. II, par. 2.). L'illustre Autore, in realtà, presenta una soluzione articolata in due interventi: il primo intervento legislativo consiste nell'abrogazione di tutte le fattispecie incriminatrici associative, al fine di semplificare l'assetto normativo e valorizzare gli aspetti di razionalità ed efficienza, nonché di interrompere la proliferazione di reati associativi, sia nel tessuto codicistico, sia nella legislazione complementare (v. Cap. II, par. 1.); il secondo intervento consta nel simultaneo inserimento di una circostanza aggravante generale applicabile come «concorso qualificato dalla stabilità dell'organizzazione e del vincolo associativo», conciliando così la punizione delle condotte associative con i delitti-scopo commessi, senza trascurare, peraltro, la responsabilità dei “vertici” – cfr. S.MOCCIA, *Autoria mediata e apparati di potere organizzati*, cit., p. 388 ss – ricorrendo allo schema della “autorità mediata tramite apparati di potere organizzati”. Si sono espressi in senso favorevole alla proposta-soluzione di parte generale: A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 352; A.SESSA, *Associazione di*

CONCLUSIONI

al sistema penale, ma, soprattutto, da assicurare attraverso l'uniforme previsione normativa anche un'uniforme applicazione, restando saldamente ancorati alle istanze di politica criminale cristallizzate nella Costituzione, *sub specie*, tassatività, determinatezza e frammentarietà.

2. Per ciò che interessa il concorso eventuale nel reato associativo, in particolare, nelle ipotesi di associazione per delinquere e di tipo mafioso, le cause che hanno contribuito a rendere questo istituto così controverso sono, senza dubbio, da rinvenire nelle molteplici aporie caratterizzanti le fattispecie associative, a cui devono aggiungersi le lacune dommatiche delle norme regolatrici del concorso di persone *ex artt. 110 ss c.p.*

Sebbene l'ammissibilità di un concorso eventuale nelle fattispecie a concorso necessario sia un'operazione dommaticamente praticabile, di modo che il concorso "esterno" non possa ritenersi un reato di creazione giurisprudenziale,¹⁷ il tenore tautologico dell'art. 110 c.p. ed il *deficit* di tassatività e determinatezza dei reati associativi hanno reso necessari diversi interventi di ortopedia ermeneutica da parte della giurisprudenza, la quale, al fine di colmare, spesso forzatamente, le lacune delle norme in esame, ha superato le prerogative che l'ordinamento costituzionale riconosce alla funzione giurisdizionale. La vera violazione del *nullum crimen sine lege*, invero, non è stata sancire la formale configurabilità del concorso eventuale nel reato associativo, quanto l'ambizione dell'interprete di sostituirsi al legislatore per sopperire alle sue inerzie ed ai suoi ritardi, nonché di aver reso le contingenze processuali e la meritevolezza della pena nei casi di contiguità ai sodalizi criminali come "degni" sostituti alle istanze di politica criminale di stretta legalità. Può, dunque, ritenersi una falsa illusione l'aver pensato che il solo supporto ermeneutico della giurisprudenza – che ha visto pronunciarsi in

tipo mafioso e contiguità delittuosa: profili dommatici e di politica criminale, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*. cit., p. 217-218.

¹⁷ V. Cap. III, par.3.

quattro occasioni le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione in poco più di dieci anni – fosse sufficiente a porre fine alle numerose pregiudiziali dommatiche, sistematiche, teleologiche, ed interpretative sottostanti all’istituto del concorso eventuale. Il principio di legalità in materia penale *ex art. 25, comma II, Cost., sub specie* riserva di legge, tassatività e determinatezza, nella piena tradizione illuminista che descrive gli ordinamenti di *civil law*,¹⁸ esercita una funzione di garanzia della libertà personale, della parità di trattamento, nonché di certezza e stabilità delle pretese punitiva, le quali appaiono seriamente messe in pericolo laddove si avvicini la cultura del precedente giudiziario.

La flessibilità degli esiti interpretativi, legata al combinato disposto dell’art. 110 c.p. e delle fattispecie associative, i repentini mutamenti d’indirizzo, gli altalenanti spostamenti della soglia di punibilità, accompagnati dalle difficoltà connesse al riscontro probatorio, hanno reso il concorso eventuale un costrutto fluido, “un comodo tappabuchi”¹⁹, alcune volte decantato, altre detestato, persino giudicato superfluo, o, come ribadito in occasione di una recente vicenda giudiziaria, il concorso “esterno” «nato dall’art. 416*bis* c.p., ormai è un reato autonomo. Un reato autonomo creato dalla giurisprudenza. Che prima lo ha creato, usato e dilatato. E ora lo sta progressivamente restringendo fino a casi marginali. In cassazione oramai sono rare le condanne definitive per concorso esterno. Dall’entusiasmo allo scetticismo. Ormai non ci si crede più»²⁰.

Tuttavia, in circa trent’anni di dibattito intorno alle problematiche sottostanti all’istituto del concorso eventuale, non sono mancati suggerimenti

¹⁸ V. Cap. I, sez. II.

¹⁹ G.FIANDACA, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una espansione incontrollata del concorso criminoso*, cit., p. 127.

²⁰ F.M.IACOVIELLO, *Processo Dell’Utri: La requisitoria del consigliere Iacoviello*, cit., p. 17.

CONCLUSIONI

e proposte di modifica normativa, con l'intento, senz'altro lodevole, di porre risolutivamente fine ad una questione rimasta aperta da fin troppo tempo. A tal proposito, le opinioni in tema di prospettive *de jure condendo* sono impostate su due *leitmotive*, rispettivamente tra coloro che ritengono di sanare le lacune del concorso "esterno" attraverso l'introduzione di fattispecie *ad hoc*, specificamente dirette ad assorbire le forme di contiguità ai sodalizi criminali, e coloro che, invece, ritengono di procedere con una soluzione di parte generale attraverso un vasto intervento di modifica e rivisitazione legislativa.

Una prima proposta di specifica tipicizzazione degli atteggiamenti di contiguità consiste nell'introduzione di una clausola generale, incentrata sull'anticipazione della tutela penale propria dei reati di pura condotta e con pericolo astratto, «una sorta di fattispecie autonoma di agevolazione dolosa che incrimini chi contribuisca al mantenimento ed al rafforzamento delle associazioni criminali, anche nell'esercizio legittimo di attività economica-impresoriale, professionale e di rappresentanza politica».²¹ Tuttavia, questa

²¹ G.DE VERO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1327 ss, il quale giustifica la propria riflessione affermando: «Questa scelta rivendicherebbe non solo l'indiscutibile pregio di sottrarre al travaglio giurisprudenziale l'onore di pronunciarsi in via di principio sulla rilevanza penale delle condotte esterne all'associazione. Di più essa – per il tramite della tipicizzazione di tali condotte in termini di semplice agevolazione – emanciperebbe l'incriminazione di soggetti estranei all'organizzazione criminale dai formidabili problemi di accertamento *ex post* dell'effettività del contributo causale rispetto alle fortune del sodalizio, attualmente imposti dall'inserimento della problematica del *milieu* del concorso di persone». Si sono espressi favorevoli all'impiego di una clausola generale di agevolazione dolosa: V.MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, *cit.*, p. 1365-1366, seppure l'Autore ritiene di ammettere come criterio cumulativo la cosiddetta "strumentalizzazione da posizione", nonché la modulazione del trattamento sanzionatorio in ragione dell'effettivo rafforzamento dell'organizzazione; A.FALLONE, *Concorso esterno: tra tipicità sostanziale e tipicità del metodo probatorio della fattispecie penale*, *cit.*, p. 806.

soluzione, seppure ricalchi taluni precedenti normativi,²² ed abbia finanche registrato consensi in sede legislativa,²³ presenta notevoli complicazioni

²²L'opinione in esame presenta non pochi punti di collegamento con alcuni precedenti legislativi, in particolare, la fattispecie prevista all'art. 3, l. 20 febbraio 1958, n. 75 (*Abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui, i.e. "Legge Merlin"*), la quale soggiace al medesimo trattamento sanzionatorio «Chiunque espliciti un'attività in associazioni ed organizzazioni nazionali od estere dedite al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione od allo sfruttamento della prostituzione, ovvero in qualsiasi forma e con qualsiasi mezzo agevoli e favorisca l'azione o gli scopi delle predette associazioni o organizzazioni». Questa impostazione – in senso analogo si muove la previsione di cui all'art. 3, l. 13 ottobre 1975, n. 654, nel perseguire coloro che, senza essere partecipi, prestano «assistenza alle attività» delle organizzazioni finalizzate all'incitamento dell'odio razziale – ha la peculiarità di aver congiunto la condotta di agevolazione non al “macroevento” di conservazione e rafforzamento del sodalizio, bensì alle attività ed agli scopi della consorterìa criminosa. In senso favorevole all'impiego di questa opzione, come stereotipo di riferimento per una futura tipicizzazione legislativa del concorso “esterno”, A.CORVI, *Il concorso esterno del magistrato nell'associazione di tipo mafioso. Il commento, cit.*, p. 1122-1123.

²³ A tal proposito, possono essere annoverate due iniziative legislative: d.d.l. 3598/1997 (Sen. Li Calzi e altri), proponeva l'introduzione di un art. 416*quater* c.p., secondo cui «Chiunque, al di fuori della partecipazione ad una associazione di tipo mafioso, realizza in maniera non episodica condotte di sostegno ad una associazione di tipo mafioso o arreca un contributo di tale rilevanza da avvantaggiare l'associazione nel suo complesso [*omissis*]; d.d.l. 4749/1998 (Sen. Pisapia ed altri), proponeva l'introduzione di un art. 379*bis* c.p., secondo cui «Chiunque, al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 416*bis* c.p. favorisce consapevolmente con la sua condotta un'associazione di tipo mafioso o ne agevola in modo occasionale l'attività [*omissis*]». Analogo a quest'ultimo, il recente d.d.l. 300/2013 (Sen. Compagna ed altri), poi ritirato, il quale prospettava l'introduzione di un art. 379*ter* c.p. che puniva «Chiunque, fuori dei casi di partecipazione alle associazioni di cui all'articolo 416*bis*, agevola deliberatamente la sopravvivenza, il consolidamento o l'espansione di un'associazione di tipo mafioso, anche straniera». Dall'analogha impostazione, seppure mediante una soluzione di parte generale, d.d.l. 5514/2004 (On. Onnis e Cola), si prefiggeva d'introdurre un art. 110*bis* c.p., secondo cui «Concorre nei reati

CONCLUSIONI

interpretative ed applicative. In primo luogo, la scelta di sostituire la rilevanza causale della condotta incriminata con la presenza di un indeterminato nesso di agevolazione crea forti perplessità per ciò che concerne l'imputazione oggettiva del fatto, la quale sarebbe pericolosamente rimessa ad un accertamento di tipo valutativo del giudicante;²⁴ in secondo luogo, è soltanto apparente la semplificazione di ordine probatorio, perché, sebbene il nesso di agevolazione si mostri più flessibile rispetto all'impostazione condizionalistica del nesso di causalità, la fattispecie di agevolazione sarebbe pur sempre agganciata alla verifica di un macroevento, il mantenimento ed il rafforzamento del sodalizio, che, in termini di complessità dell'accertamento, non differirebbe dal giudizio controfattuale con l'inferenza di una massima di esperienza dotata di empirica plausibilità, così come richiesto dalle Sezioni Unite del 2005;²⁵ infine, codesta proposta si presenta per certi versi imprudente nell'estendere incondizionatamente la pretesa punitiva anche verso attività costituzionalmente tutelate e garantite, come la libertà economica e la rappresentatività politica, le quali sarebbero oggetto di uno sbilanciato sacrificio soltanto per generiche esigenze di meritevolezza e bisogno della pena.

Una seconda proposta, piuttosto recente, anch'essa collocabile nell'indirizzo di una specificazione incriminatrice delle forme di contiguità, si impone di tipicizzare unicamente il concorso "esterno" in associazione

associativi, ai sensi dell'art. 110, chi, essendo estraneo alla struttura organizzativa dell'associazione e senza comunque avere la volontà di farne parte, consapevolmente e volontariamente presta un contributo concreto, specifico ed essenziale per la conservazione o il rafforzamento della stessa associazione, al fine della realizzazione del programma criminoso di quest'ultima».

²⁴ V. Cap. III, par. 2.

²⁵ V. Cap. III, par. 4.3.

mafiosa.²⁶ Lo schema – scortato anche da un diffuso consenso in dottrina²⁷ – consiste nella rappresentazione di una fattispecie sussidiaria alla condotta di partecipazione e ad altre più gravi forme di reato, eretta su tre peculiarità dommatiche: la condotta è ristretta ai soli casi di “strumentalizzazione” della posizione, professione od attività esercitata dal soggetto attivo – sempre che

²⁶ C.VISCONTI, *Contiguità alla mafia, cit.*, p. 494; ID, *Sui modelli di incriminazione della contiguità alle organizzazioni criminali nel panorama europeo: appunti per un’auspicabile (ma improbabile?) riforma “possibile”*, in *Scenari di mafia, cit.*, p. 189 ss. L’Autore, infatti, si fa estensore di una proposta di modifica dell’art. 416bis c.p. nei presenti termini: «Risponde di partecipazione (*omissis*) chiunque risulti stabilmente inserito in una associazione di tipo mafioso per avervi fatto ingresso come membro secondo le regole che essa si è data o per aver ripetutamente operato nell’ambito delle attività della medesima condividendone gli scopi. Fuori dai casi di partecipazione e salvo che la condotta integri un reato più grave, è punito (*omissis*) chiunque, strumentalizzando il ruolo ricoperto in enti pubblici o privati oppure l’esercizio di una professione o di una attività economica, si adopera per avvantaggiare un’associazione di tipo mafioso. Nei casi previsti nel comma precedente, si applica la pena della reclusione non inferiore (*omissis*) quando alla condotta realizzata consegue il risultato vantaggioso per l’associazione. Nei casi previsti dal comma 2, non è punibile chi, in presenza di concrete minacce o del pericolo concreto di violenze da parte dell’associazione mafiosa, agisce all’esclusivo fine di salvare sé o un proprio congiunto da una grave noce alla persona ovvero di evitare un danno patrimoniale di così rilevante entità da compromettere l’esercizio della propria impresa o professione. Non sono applicabili le norme sul concorso di persone a condotte che non risultano punibili ai sensi dei commi precedenti».

²⁷ In questo senso si sono espressi: V.MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge, loc. cit.*, seppure l’Autore ritiene di inglobare questa impostazione, ed i rispettivi criteri, in una clausola generale di agevolazione dolosa (v. n.t. 21); G.INSOLERA, *Qualche risposta agli interrogativi sollevati dal concorso esterno nell’associazione mafiosa*, in *Scenari di mafia, cit.*, p. 127; G.L.VERRINA, *Approccio riduttivo e carattere aporetico delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sul concorso esterno nel reato associativo, cit.*, p. 534; A.MANNA, *Concorso esterno (e partecipazione) in associazione mafiosa: cronaca di una “nemesi” annunciata, cit.*, p. 485-486.

CONCLUSIONI

non sussista uno stato di costrizione o di vessazione in capo a quest'ultimo²⁸ – seppure va evidenziato che essa presenta i caratteri di un'azione agevolatrice, peraltro, a forma libera, dato che si proferisce di un generico “adoperarsi” a vantaggio dell'associazione mafiosa, la quale, però, a parere del proponente, avrebbe la funzione di pretendere almeno un principio di esecuzione della condotta, escludendo, quindi, la punibilità del mero accordo; l'evento, risolto nell'effettiva realizzazione del risultato vantaggioso, non compare come elemento della fattispecie oggettiva, bensì come circostanza aggravante, a dimostrazione di un tipo di tutela ugualmente incentrata sull'anticipazione della soglia di punibilità; infine, ed è esattamente questo il “centro” della proposta in esame, si esclude precisamente l'applicazione delle norme regolatrici del concorso di persone nel reato, assicurando alla fattispecie un ermetico campo di applicazione non ulteriormente estendibile.

Una terza proposta, pur se orientata ad un'incriminazione specifica delle forme di contiguità, rifugge lo schema della fattispecie di agevolazione, e

²⁸ V. Cap. III, par. 5. La proposta in esame non sembra voler dare molta importanza alle caratteristiche della fattispecie soggettiva, limitandosi soltanto ad escludere la punibilità nei casi in cui il soggetto attivo risulti vittima di una coazione morale, astrattamente riconducibile alle ipotesi dello stato di necessità *ex art. 54, comma III, c.p.* Ad ogni modo, questa proposta pare escludere che il dolo del soggetto attivo possa atteggiarsi nella forma di dolo diretto, così come inteso dalla prevalente giurisprudenza di legittimità (v. Cap. III, par. 4.2.2., 4.3., 4.4.1.), muovendo, invece, verso un tipo di coefficiente psicologico in cui convivono le aspirazioni egoistiche dell'*extraneus* e le ambizioni dell'interprete ad individuare una minima *suitas* soggettiva del fatto commesso. Invero, dal tenore delle argomentazioni in esame – Cfr. G.FIANDACA-C.VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto “polemogeno”*, *cit.*, p. 498 – emerge che per il dolo del soggetto attivo è sufficiente la consapevolezza e la volontà della “strumentalizzazione” della propria posizione, e la consapevolezza, ma non anche, e necessariamente, la volontà, dell'effetto vantaggioso per il sodalizio, degradato a circostanza aggravante, dando vita ad un tipo di coefficiente psicologico che non differirebbe troppo dal mero dolo di contribuzione descritto dalle Sezioni Unite del 1994 (v. Cap. III, par. 4.2.1.).

muove verso un prototipo di incriminazione differenziata²⁹ sul modello, sia pur riveduto, dell'art. 416^{ter} cp.³⁰ L'opinione, benché apprezzabile, ed

²⁹ G.A.DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso si persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, cit., 1994, p. 1303, secondo cui occorre «fare terra bruciata, per così dire, attorno a quelle forme di aggregazione criminale che rappresentano oggi il maggior pericolo per la sopravvivenza degli assetti economico-sociali e politico-istituzionali che formano il tessuto connettivo del vigente ordinamento liberal-democratico».

³⁰ Muovono in questo senso, due recenti iniziative legislative: d.d.l. 328/2013 (On. Sanna e altri) propone di modificare l'art. 416^{ter} c.p., con la previsione secondo cui «La pena stabilita dal primo comma dell'articolo 416^{bis} si applica anche a chi ottiene o si adopera per far ottenere la promessa di voti prevista dal terzo comma del medesimo articolo 416-*bis* in cambio della erogazione o della promessa di erogazione di denaro o di qualunque altra utilità, ovvero in cambio della disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze della associazione mafiosa di cui all'articolo 416-*bis* o di suoi associati»; d.d.l. 251/2013 (On. Vendola e altri) avanza la proposta di modifica dell'art. 416^{ter} c.p., secondo cui «La pena stabilita dal primo comma dell'articolo 416-*bis* si applica anche a chi ottiene la promessa di voti prevista dal terzo comma del medesimo articolo 416-*bis* in cambio della erogazione di denaro o di altra utilità». Le proposte di cui sopra (A.C. 328 e 251, congiuntamente ad A.C. 923/2013) sono state tradotte nel testo unificato A.C. 204/2013 (On. Burtone ed altri), approvato dalla Camera dei Deputati il 16 luglio 2013, recante la modifica dell'art. 416^{ter} c.p., e sostituito con: «Chiunque accetta consapevolmente il procacciamento di voti con le modalità previste dal terzo comma dell'articolo 416^{bis} in cambio dell'erogazione di denaro o di altra utilità è punito con la reclusione da quattro a dieci anni. La stessa pena si applica a chi procaccia voti con le modalità indicate al primo comma». Trasmesso al Senato della Repubblica, il testo, congiuntamente ad altre iniziative legislative (A.S. 2013 n. 200, 688, 887, 957), è stato unificato nel d.d.l. 948/2013 (On. Burtone ed altri), approvato con modifica il 28 gennaio 2014, ritrasmesso alla Camera dei Deputati per l'approvazione definitiva, e sostituito con: «Chiunque accetta la promessa di procurare voti mediante le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 416^{bis} in cambio dell'erogazione o della promessa di erogazione di denaro o di qualunque altra utilità ovvero in cambio della disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione è punito con la stessa pena stabilita nel primo comma dell'articolo 416^{bis}. La stessa pena si applica a chi promette

CONCLUSIONI

orientata alle superiori esigenze di tassatività e frammentarietà della norma penale, presenta, però, una contraddizione nel momento in cui, nonostante avesse premesso l'incapacità del modello concorsuale a regolare quelle situazioni che sfuggono ai tradizionali criteri di verifica del rapporto di causalità, ritiene possibile che a queste ipotesi tipizzate di contiguità sia, comunque, applicabile la disciplina del concorso di persone nel reato,³¹ con il conseguente sgretolamento di ogni capacità delimitativa dell'area del penalmente rilevante.

Occorre, a questo punto, soffermarsi brevemente sull'art. 416^{ter} c.p. Già nelle pagine precedenti³² sono state illustrate le peculiarità della norma in esame, per ciò che interessa la natura prevalentemente simbolica della propria funzione incriminatrice, dell'angusto spazio applicativo concernente l'oggetto materiale del reato, della distinguibilità rispetto al concorso eventuale, nonché, in particolare tramite l'avallo della prevalente giurisprudenza di legittimità, dell'anticipazione della soglia di punibilità retrocessa al mero accordo, prescindendo da un'iniziale esecuzione dello stesso, sia da parte del soggetto attivo, sia da parte del sodalizio con il concreto avvalersi del metodo mafioso. È, quindi, più che legittimo interrogarsi sull'utilità di una così

di procurare voti con le modalità di cui al primo comma». Cfr. C.VISCONTI, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso: andiamo avanti, ma con giudizio*, Testo rielaborato dell'audizione resa il 6 giugno 2013 presso la Commissione giustizia della Camera dei deputati sui ddl C-251 (Vendola e a.) e C-328 (Sanna e a.), in *Dir. pen. contem.*, 2013, p. 123 ss; *Relazione della Commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata*, cit., p. 3-5, E.SQUILLACI, *Punti fermi e aspetti problematici nella riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, in *Arch. Pen.*, (www.archiviopenale.it), 2013, p. 1 ss.

³¹ G.A.DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, loc. cit., n.t. 68.

³² V. Cap. III, par. 3.3.3., 4.2.1., 4.3.

lacunosa fattispecie incriminatrice, e sull'alternativa, ancora controversa, tra l'abrogazione ed una semplice rivisitazione legislativa della medesima.

Secondo un'autorevole dottrina, sarebbe maggiormente opportuno procedere all'abrogazione dell'istituto, ritenendo disutile qualunque modifica normativa per due ragioni di fondo: in primo luogo, perché la fattispecie, connotata dalla massima anticipazione della tutela penale, risulta, comunque, carente sotto il profilo dell'offensività, considerando che *de lege lata* è sufficiente il mero accordo ad integrare gli estremi del reato; in secondo luogo, perché, anche se in una prospettiva *de jure condendo* si volesse sanare il *deficit* di offensività richiedendo un'iniziale esecuzione dell'accordo tramite l'impiego di concreti atti intimidatori, il fatto sarebbe assorbito dal più grave concorso eventuale in associazione mafiosa, nel caso in cui scaturisse un rafforzamento del sodalizio, o, in mancanza dell'effetto rafforzativo, il fatto sarebbe, ad ogni modo, punibile a titolo di concorso nel delitto di concussione elettorale previsto dalla legislazione complementare.³³

Senonché, l'opinione prevalente³⁴ muove verso una conservazione dell'art. 416*ter* c.p., ma con spunti di innovazione normativa, ora limitandosi ad una semplice estensione dell'oggetto materiale reato, utile comunque ad estendere la portata applicativa del precetto, ora prospettando un consolidamento della soglia di punibilità, ugualmente legata, però, alla mera sussistenza di un accordo.³⁵

³³ A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 363-364.

³⁴ C.VISCONTI, *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, cit., p. 130 ss.

³⁵ E.SQUILLACI, *Punti fermi e aspetti problematici nella riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, cit., p. 4 ss. In questo senso si è recentemente espressa la Commissione ministeriale incaricata dell'elaborazione di proposte normative in tema di criminalità organizzata (*i.e.* Commissione Fiandaca) – cfr. *Relazione della Commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata*, cit., p. 4-5 –, la quale si è fatta portatrice di una proposta di modifica dell'art. 416*ter* c.p. nei seguenti termini: «Chiunque, in cambio

CONCLUSIONI

In questa direzione sembra orientarsi anche il legislatore con il recentissimo d.d.l. 948/2013³⁶, recante la modifica dell'art. 416^{ter} c.p., approvato dal Senato della Repubblica il 28 gennaio 2014, ritrasmesso alla Camera Dei Deputati per l'approvazione definitiva, e oggetto di un acceso dibattito parlamentare, non solo per i polemici interventi in aula, ma anche per le palesi differenze tra i due testi approvati dalle rispettive camere.³⁷ Il d.d.l. 948, laddove entrasse in vigore così come approvato dal Senato, comporterebbe una vasta modificazione della norma in esame, a cominciare dal soggetto attivo, dato che dal testo discende la punibilità anche di chi promette di estorcere voti con metodo mafioso,³⁸ passando per l'estensione

dell'offerta di denaro o di altra utilità, ottiene la promessa di voti da parte di un'associazione di tipo mafioso che si adopera per procurarli con le modalità di cui al terzo comma dell'art. 416 bis, è punito con la reclusione (*omissis*)». Per quanto concerne il trattamento sanzionatorio la Commissione non ha stabilito i limiti edittali del precetto secondario, ma ha ritenuto, comunque, di suggerire una pena inferiore rispetto a quella prevista all'art. 416^{bis}, comma I, c.p. L'estensione dell'oggetto materiale del reato ad "altre utilità" e il ridimensionamento della pena edittale per comprovati motivi di ragionevolezza sono stati proposti anche dalla Commissione per l'elaborazione di proposte in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità (*i.e.* Commissione Garofoli) – cfr. *Per una moderna politica antimafia. Analisi del fenomeno e proposte d'intervento e di riforma*, cit., p. 120 –, salvo che per la condotta incriminata, laddove la Commissione, analogamente ad A.C. 204/2013 (*infra*, n.t. 30), propone di inserire la "promessa di procacciamento di voti".

³⁶ *Infra*, n.t. 30.

³⁷ Atti Parlamentari, Senato della Repubblica, XVII Legislatura, seduta pubblica del 28 gennaio 2014, in *www.senato.it*.

³⁸ Analoga previsione era contemplata in A.C. 204/2013 (*infra*, n.t. 30). In senso critico, la Commissione ministeriale incaricata dell'elaborazione di proposte normative in tema di criminalità organizzata (*i.e.* Commissione Fiandaca) – cfr. *Relazione della Commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata*, cit., p. 3-4 –. Invero, secondo la Commissione ministeriale siffatta previsione avrebbe una funzione unicamente repressiva, oltreché potrebbe essere causa di un concorso (apparente)

dell'oggetto materiale del reato, nonché del novero delle condotte di chi accetta la promessa di voti.

In base al tenore letterale, il testo normativo può essere distinto in due parti. Nella prima parte – «Chiunque accetta la promessa di procurare voti mediante le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 416*bis* in cambio dell'erogazione o della promessa di erogazione di denaro o di qualunque altra utilità» – il legislatore si è limitato a modificare soltanto l'oggetto materiale del reato con il generico ed impreciso rinvio ad altre «utilità», al fine di colmare una delle più note lacune della fattispecie in esame, confermando in sostanza il testo approvato dalla Camera dei Deputati il 16 luglio 2013, ad eccezione del trattamento sanzionatorio, che resta, invece, quello previsto all'art. 416*bis*, comma I, c.p. In effetti, anche questa semplice modifica non sembra brillare per acume dommatico, giacché produce come infelice conseguenza la riconduzione dell'art. 416*ter* c.p. nell'insieme delle fattispecie incriminatrici incentrate sullo scambio di promesse, proprio dei delitti di concussione e corruzione, e con le stesse pregiudiziali interpretative, quali l'inattitudine offensiva del mero accordo, nonché l'oggetto del mercimonio riferito ora anche a «qualunque altra utilità», da intendersi come qualsiasi vantaggio apprezzabile, e non solo in termini economico-patrimoniali. Inoltre, pende sulla fattispecie in esame la pregiudiziale di aver così creato una norma penale sovrapposta a quelle tutt'oggi previste nella legislazione complementare in tema di reati elettorali.³⁹

di norme penali con le fattispecie incriminatrici in materia elettorale; inoltre, considerando che il soggetto in esame sia, comunemente, un partecipante dell'associazione mafiosa – la quale, tra le proprie finalità, già conta il «procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali» –, un'ulteriore incriminazione per “procacciamento di voti” comporterebbe una duplicazione della responsabilità penale in violazione del principio *ne bis in idem* sostanziale.

³⁹ V. Cap. III, par. 3.3.3.

CONCLUSIONI

D'altro canto, è la seconda parte del testo – con la quale si è compiuto il formale distacco dal testo approvato dalla Camera dei Deputati – a presentare maggiori complicazioni interpretative, specialmente perché il legislatore, con questa, non ha, come nella prima parte, esteso il novero degli oggetti materiali del reato, ma ha creato, invece, una fattispecie del tutto diversa ed autonoma. Invero, con la seduta del 28 gennaio 2014 si è stabilito che la controprestazione del soggetto che accetta la promessa di voti estorti con metodo mafioso possa anche consistere nel prestare la propria «disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione». Premesso che la formula impiegata dal legislatore appaia per certi versi grossolana ed imprecisa – anzi sembra ricalcare un “vocabolario di legislazione giurisprudenziale” – è indubbio che con essa si è esternata l'intenzione di tipicizzare l'istituto del concorso eventuale nel reato di associazione di tipo mafioso. A tal proposito, mentre la prima condotta (l'erogazione o la promessa di erogazione di denaro o di qualunque altra utilità) è orientata a fungere da semplice controprestazione alla promessa di voti, senza che da questa possa discendere un necessario effetto rafforzativo del sodalizio mafioso, la seconda condotta incriminata, invece, sembra mostrarsi, piuttosto che come l'opera di chi si voglia “disobbligare” per il sostegno elettorale ricevuto, come un'attività ulteriore e funzionalmente diretta al consolidamento del sodalizio, che, dal soddisfacimento dei propri «interessi» ed «esigenze», non può non spuntare altresì rafforzato.

Tuttavia, a contrassegnare l'infelice esito legislativo è senz'altro la costruzione dommatica della fattispecie. Già le Sezioni Unite del 2005⁴⁰ – seppure la successiva giurisprudenza di merito e di legittimità abbia messo sostanzialmente in crisi i postulati ivi espressi attraverso scomposte prese di posizione⁴¹ – avevano puntualmente escluso, ai fini della qualificazione del

⁴⁰ V. Cap. III, par. 4.3.

⁴¹ V. Cap. III, par. 4.4.

fatto a titolo di concorso eventuale, la rilevanza penale della cosiddetta “vicinanza” o mera “disponibilità” dell'*extraneus* rispetto agli interessi del sodalizio criminale; oltretutto, la stessa rilevanza del mero accordo o della promessa ad agire in favore della consorceria criminosa fu circoscritta ai casi in cui fosse comprovato, a seguito di un giudizio *ex post*, l'efficienza causale del solo *pactum* ad incidere sulle capacità operative dell'associazione, dopo aver per di più bandito ogni riferimento verso tipi di evento dal tenore “psicologizzante”, quali il senso “di sicurezza” o “d'impunità” dei sodali. Eppure, il legislatore sembra non aver voluto prendere in considerazione le conquiste ermeneutiche della migliore giurisprudenza; al contrario, ha preferito convalidare l'anticipazione della soglia di punibilità, nonostante su di essa gravino forti riserve rispetto ai principi di determinatezza, materialità ed offensività.

Da una breve disamina del d.d.l. 948/2013, per la diversità della condotte descritte, e del disvalore ad esse sottostante, non può che scaturire, con riguardo alla seconda delle condotte previste, la costruzione di un'autonoma fattispecie incriminatrice. Rimane, però, sospesa una questione di fondo; invero, dal momento che la proposta in esame fa riferimento soltanto ad uno dei casi noti di concorso eventuale nel reato associativo – il cosiddetto “accordo politico-mafioso” – è incerta, invece, la sorte degli altri casi o circostanze in rapporto ai quali, in passato, è stata ravvisata una responsabilità penale a titolo di concorso “esterno”. D'altronde, pur ammettendo che il legislatore avesse voluto tipicizzare il concorso eventuale nel reato associativo in una fattispecie *ad hoc*, quale qualificazione giuridica spetterebbe alle ipotesi di “l'aggiustamento dei processi”, di “mediazione” e “contiguità” a vario titolo con le cosche mafiose? A questo punto, gli esiti ermeneutici sono due: o il legislatore, descrivendo soltanto l'ipotesi di accordo politico-mafioso, ha deliberatamente ignorato i restanti casi conosciuti di concorso “esterno”, ed allora, in virtù dei principi di tassatività e divieto d'interpretazione analogica, quest'ultimi dovranno essere considerati non più

CONCLUSIONI

punibili; oppure, le ipotesi di concorso eventuale non coperte dall'iniziativa del legislatore continueranno a restare nell'oscura previsione del combinato disposto dell'art. 110 c.p. e delle fattispecie incriminatrici associative. Del resto, è uno dei pochi casi in cui non possa parlarsi d'imbarazzo della scelta, posto che entrambi risultano assai poco soddisfacenti.

Ad ogni buon conto, le soluzioni di parte speciale, oltre alle criticità già rilevate in ordine alle proposte precedentemente prese in esame, presentano un esito risolutivo soltanto apparente delle principali problematiche afferenti al concorso eventuale;⁴² l'attitudine alla proliferazione di fattispecie incriminatrici delle diverse forme di contiguità non comporta una corrispondente adesione alle istanze politico-criminali di un diritto penale laico incentrato sui principi di tipicità ed offensività.⁴³ Occorre aggiungere che la delimitazione delle prospettive *de jure condendo* in tema di concorso eventuale ai soli casi di contiguità alla mafia, trascurando la sua rilevanza di istituto a portata generale, costituisce una discriminazione ingiustificata rispetto alle altre fattispecie associative, e, in senso comune, plurisoggettive, verso le quali, invece, varrebbe la disciplina offerta dagli artt. 110 ss c.p. Inoltre, non possono di certo ritenersi soddisfatti i requisiti di tassatività, determinatezza e precisione della norma penale, nel momento in cui i segni linguistici utilizzati, non altrimenti definiti, ricalcano i medesimi ed incerti termini impiegati dalla giurisprudenza,⁴⁴ senza aver, per di più, distinto la condotta concorsuale da

⁴² A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 358 ss.

⁴³ V. Cap. I, sez. III, par. 8., 10.

⁴⁴ In questo senso si orientò anche la Commissione ministeriale per la riforma del codice penale (*i.e.* Commissione Grosso) – Cfr. *Relazione della Commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con d.m. 1 ottobre 1998*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 600 ss – la quale, proponendosi lo scopo di realizzare «una tipizzazione in grado di ridurre la discrezionalità giudiziale e al contempo di valorizzare i risultati della più recente elaborazione giurisprudenziale», ritenne di qualificare, per giustapposizione al partecipe, il concorrente

quella associativa, e chiarito con altrettanta risolutezza la questione dell'efficacia causale dell'attività di concorso "esterno" punibile; il risultato di una simile operazione non sarebbe altro che trasferire in nuove fattispecie le pregiudiziali interpretative già evidenziate nel corso del dibattito sulla configurabilità del concorso "esterno". La stessa tecnica normativa assunta è assai discutibile, giacché risulta fondata sulla massima anticipazione della tutela penale, per mezzo di fattispecie la cui tipicità è vagamente basata sulla mera condotta del soggetto attivo, dalla capacità lesiva ridotta all'astratta esposizione ad una fonte di pericolo, rispetto ad un bene giuridico che, in assenza di una diversa impostazione, continua ad essere l'ordine pubblico. Così, il ricorso ad un'autonoma e differenziata tipicizzazione delle forme di contiguità esprime la prospettiva di incriminare condotte svincolate da una verificabile offesa al bene giuridico da tutelare, rispetto a fatti che non riuscirebbero a raggiungere la soglia minima di punibilità prevista *de lege lata* per il concorso eventuale. È, quindi, più che condivisibile il rilievo secondo cui «la tipicità non può assolutamente surrogare l'offensività della condotta, ed una tutela anticipata, proprio in quanto tale, dev'essere quanto più sussidiaria e frammentaria possibile».⁴⁵

Una volta comprese le considerazioni sopra esposte e riportate, si possono anche comprendere le ragioni che hanno indotto taluni Autori ad optare, piuttosto che ad una schematizzazione delle forme di contiguità e, in particolare, del concorso eventuale, invece, per una soluzione di parte generale.⁴⁶ Invero, prendendo atto che le principali pregiudiziali dommatiche e

"esterno" come colui che «fuori dai casi di partecipazione all'associazione, [...] fornisce un rilevante contributo consapevole e volontario al conseguimento dei fini della associazione o alla sua conservazione e stabilità».

⁴⁵ A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 361.

⁴⁶ A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 366-377. A tal proposito, l'Autore individua una combinazione integrata in due distinti interventi di riforma: *in primis*,

CONCLUSIONI

teleologiche del concorso eventuale sono dovute alle criticità sottostanti alle fattispecie associative ed alle norme regolatrici del concorso di persone nel reato, una soluzione di parte speciale, al netto delle criticità già esaminate, risulta essere palesemente inadeguata, nonché causa di ulteriori sviamenti ermeneutici; inoltre, sarebbe contraddittorio ritenere le fattispecie associative bisognose di riforma legislativa, senza, altresì, riconoscere che la stessa urgenza pende anche in capo alla disciplina *ex art.* 110 ss c.p. Dunque, la soluzione del problemi afferenti al concorso “esterno”, pur consapevoli delle difficoltà connesse alla mole di lavoro da compiere, introduce ineluttabilmente una radicale riforma delle fattispecie e degli istituti giuridico-penali coinvolti, partendo, prima di tutto, dalla disciplina del concorso di persone nel reato.

Senza dubbio, l’aspetto più controverso della disciplina della compartecipazione criminosa è dato dal modello concorsuale unitario voluto dal compilatore fascista; le cause dell’abbandono dello schema differenziato, oltre che per la complessità a descrivere i diversi atti di concorso, sono perlopiù riconducibili ad un’esigenza di tipo repressivo, nonché intimidatoria, volta ad assicurare, tramite l’equiparazione della rilevanza del contributo concorsuale, l’eguale incriminazione per ogni condotta che abbia, a diverso titolo, influito, anche minimamente, sul fatto incriminato. Sennonché, il frutto di una siffatta scelta si è tradotta in termini applicativi, prima ancora che dommatici, in un’indiscriminata espansione della responsabilità penale, senza che fosse stabilito l’*an*, il *quantum*, ed il *quomodo* con cui si “concorre” nel medesimo reato. La stessa elaborazione dommatica della “fattispecie

la riformulazione delle fattispecie associative (*infra* 1., v. n.t. 16); *in secundis*, la riforma della disciplina del concorso di persone nel reato orientata a soddisfare le esigenze costituzionali di legalità, *sub specie* determinatezza. Così – continua l’Autore – la rielaborazione *de jure condendo* delle fattispecie associative nell’istituto di parte generale di un «concorso qualificato dalla stabilità dell’organizzazione e del vincolo associativo» consentirebbe di punire quei contributi atipici, rispetto ai casi di concorso qualificato, mediante la riformata disciplina della compartecipazione criminosa.

plurisoggettiva eventuale”⁴⁷, benché, riesca, meglio di altre, a descrivere *de lege lata* la disciplina concorsuale, si mostra, invece, assai lontana dalle istanze di politica criminale, *sub specie*, frammentarietà, determinatezza, materialità ed offensività, nel momento in cui, per mezzo del ricorso ad una fattispecie plurisoggettiva “autonoma” – sorta dal combinato disposto dell’art. 110 c.p. e la singola norma incriminatrice di parte speciale, e, di fatto, comportandosi come un «enorme ed onnivoro contenitore di condotte fra loro diverse»⁴⁸ – ogni apporto al fatto collettivo diventa un atto esecutivo rilevante, senza che risulti praticabile una preventiva cernita, ed una conseguente differenziazione del trattamento sanzionatorio, per ciò che interessa la sufficiente materialità del contributo, la propria efficienza causale, nonché la stessa capacità lesiva rispetto all’oggetto giuridico della tutela penale offerto dalla fattispecie di parte speciale.

Ad ogni modo, nonostante l’iniziale riluttanza a convogliare le prospettive *de jure condendo* verso una differenziazione del contributo concorsuale punibile,⁴⁹ l’orientamento prevalente è fermo nel ritenere come

⁴⁷ V. Cap. III, par. 2.

⁴⁸ A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 387.

⁴⁹ Per ciò che concerne i precedenti progetti di riforma del codice penale, v. A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 395 ss; G.INSOLERA, *Causalità e reati plurisoggettivi*, cit., p. 570 ss. Nel primo progetto di codice penale (*i.e.* Progetto Pagliaro) – *Schema di delega legislativa per l’emanazione di un nuovo codice penale*, in *Documenti Giustizia*, 1992, p. 305 ss – all’art. 26, dopo aver sancito che concorre nel reato colui che «nella fase ideativa, preparatoria od esecutiva, dà un contributo necessario, o quanto meno agevolatore, alla realizzazione dell’evento offensivo», stabilisce che «si concorre per agevolazione solo nei casi in cui la condotta ha reso più probabile, più pronta o più grave la realizzazione dell’evento offensivo», senza porre nessun’altra classificazione del contributo concorsuale punibile, anzi, lasciando intendere come sufficiente la sola idoneità *ex ante* a produrre l’evento. Rinuncia ad una differenziazione dell’atto concorsuale anche il cosiddetto “Progetto Riz” – *Disegno di legge n. 2038*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 927 ss –

CONCLUSIONI

più che necessaria una schematizzazione del modello concorsuale, iniziando proprio dalla differenziazione dei tipi di concorso nel medesimo reato, nonché dai criteri di rilevanza del contributo atipico, a cui ancorare il fondamento della responsabilità penale.⁵⁰ Invero, sono esattamente le ragioni di tipo

il cui unico aspetto innovativo consiste nell'aver previsto all'art. 97 del progetto l'attenuante facoltativa, in modo speculare all'art. 114 c.p. ma con la diminuzione fino a due terzi, per il contributo di «limitata importanza nella fase ideativa, preparatoria o esecutiva del reato». In un successivo progetto (*i.e.* Progetto Grosso) – *I lavori della Commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con d.m. 1 ottobre 1998, ivi, 2001, p. 574 ss* – nonostante fosse fortemente avvertita l'esigenza di una tipicizzazione tramite modello differenziato al fine di vincolare il giudice «a rilevare effettivamente, a verificare con attenzione e motivare adeguatamente, la presenza del tipo di apporto causale alla realizzazione del reato», si preferì, invece, non precisare ulteriormente le singole condotte concorsuali, ritenendo bastevoli «tipi di concorso di persone sufficientemente elastici, tali da non rischiare di circoscrivere arbitrariamente l'area della punibilità creando vuoti di tutela»; infatti, all'art. 43, comma I, del progetto, ricorrendo a categorie di atti concorsuali non altrimenti qualificati, si stabilì che «concorre nel medesimo reato chiunque partecipa alla sua esecuzione, ovvero determina o istiga altro concorrente, o ne agevola l'esecuzione fornendo aiuto o assistenza», purché, tramite un'aggiunta successiva, «causalmente rilevanti per la sua realizzazione».

⁵⁰ A questa conclusione è giunta la più recente Commissione ministeriale istituita per la riforma del codice penale (*i.e.* Commissione Pisapia) – *Schema di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1570 ss – la quale, premessa «la priorità che si è posta la Commissione nel disciplinare il concorso di persone nel reato è stata quella di assicurare la definizione del contributo punibile, nel rispetto dei principi di determinatezza, tassatività e chiarezza della legge penale, anche al fine di ridurre il tasso di genericità dell'attuale formulazione dell'art. 110 c.p.», all'art. 20, lett. a, del progetto ha stabilito che «concorre nel reato chi partecipando alla sua deliberazione, preparazione o esecuzione ovvero determinando o istigando altro concorrente, o prestando un aiuto obiettivamente diretto alla realizzazione medesima, apporti un contributo causale alla realizzazione del fatto». In un precedente progetto di riforma del codice penale – cfr. *Il progetto della Commissione Nordio*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 250 ss – i cui passi sono stati riportati finanche dalle Sezioni Unite del

teleologico a pretendere l'individuazione dei contributi concorsuali punibili nelle modalità in cui risultino soddisfatte le funzioni costituzionali della pena, *sub specie* finalità di orientamento e di risocializzazione; eppure, affinché siffatto risultato si realizzi, è necessario che la responsabilità penale concorsuale risulti strettamente legata alle istanze di tipicità ed offensività.⁵¹ Lo stesso concorso eventuale nel reato associativo, nonostante le precauzioni offerte dalla più prudente giurisprudenza, risulta, comunque, legato alla realizzazione di un macroevento, come il consolidamento del sodalizio, il quale preclude, *a fortiori* in presenza della clausola generale *ex art. 110 c.p.*, una determinabile identificazione del contributo penalmente rilevante.⁵²

Pertanto, in una prospettiva di riforma della disciplina del concorso di persone nel reato dovranno essere seguiti taluni *leitmotive*: in primo luogo, i singoli atti concorsuali, tipizzati secondo modello differenziato, dovranno presentare un grado perlomeno sufficiente di materialità, annoverando anche ipotesi di concorso morale, purché la punibilità non sia arretrata a condotte prodromiche rivelatesi, poi, ininfluenti alla realizzazione del fatto, o semplicemente fondate su una presunta pericolosità soggettiva; la selezione degli atti concorsuali penalmente rilevanti, affinché siano assolte le istanze di

2005, avendo confermato all'art. 47 la configurabilità del concorso eventuale ai reati di associazione criminale, nella relazione all'art. 43, comma I, del progetto, *sub specie* concorso di persone nel reato, si stabilisce che «l'elemento fondamentale dell'efficacia causale rispetto alla realizzazione del reato è che ogni condotta atipica [sia] causalmente rilevante per la sua esecuzione», e, con riguardo agli atti di agevolazione, insiste sull'importanza del requisito dell'efficacia causale, in modo da rendere «l'accertamento del contributo nettamente più concreto perché impone al giudice di verificare se realmente il singolo concorrente abbia materialmente portato al fatto un *quid pluris* che abbia effettivamente influenzato il fatto storico».

⁵¹ Sull'argomento si rinvia alle magistrali osservazioni espresse da A.CAVALIÈRE, *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 367 ss.

⁵² T.PADOVANI, *Note sul c.d. concorso esterno*, cit., p. 11-12.

CONCLUSIONI

sussidiarietà e frammentarietà, deve basarsi esclusivamente sull'efficienza causale del contributo rispetto al fatto incriminato, nonché sul disvalore espresso nei termini di capacità offensiva del bene giuridico tutelato; in una prospettiva *de jure condendo*, analoghe attenzioni merita la fattispecie soggettiva, posto che l'imputazione del fatto non può emergere unicamente sulla base di requisiti oggettivi, ma, in osservanza dell'art. 27, comma I, Cost., sia congiunta ad un'eguale riferibilità psicologica del fatto commesso;⁵³ da ciò scaturisce, obbligatoriamente, che la disciplina del concorso di persone accompagni la differenziazione degli apporti concorsuali rilevanti con la diversificazione del trattamento sanzionatorio, in base allo spessore per causalità ed offensività del contributo prestato, non più rimesso alla valutazione discrezionale, se non anche arbitraria, del giudice di cui all'art. 133 c.p., ma per espressa statuizione legislativa.

3. Le osservazioni svolte intorno ai delitti di associazione per delinquere e di tipo mafioso, prima, e all'istituto del concorso eventuale nel reato associativo, poi, mostrano, a parere di chi scrive, l'intollerabile protrazione di siffatto stato di cose. L'esperienza che la giurisprudenza e la dottrina italiana hanno maturato in questi ultimi decenni dovrebbe quantomeno indurre il legislatore ad un stato di coscienza che va ben oltre la semplice presa d'atto delle tematiche riferite nelle pagine precedenti. Invero, non è tanto l'avidità di un rapido risultato che spinge ad insistere verso una profonda modifica della disciplina del concorso di persone nel reato, passando anche per una riforma delle fattispecie associative, quanto, invece, il bisogno di un mutamento delle prospettive di fondo, su cui impostare l'azione legislativa. Lo stadio d'avvio sta esattamente nell'attenta lettura delle disposizioni costituzionali, nelle quali sono cristallizzati i fondamenti giuridici su cui si erge uno stato sociale di diritto, a cui occorre dare attuazione con soluzioni ad essi funzionalmente orientate, secondo i parametri di razionalità ed efficienza, avendo cura di

⁵³ V. Cap. I, sez. IV, par. 11., 11.1.

ricordare quanto, al riguardo, proferì il primo penalista italiano: «Falsa idea di utilità è quella che sacrifica mille vantaggi reali per un inconveniente o immaginario o di poca conseguenza, che toglierebbe agli uomini il fuoco perché incendia e l'acqua perché annega, che non ripara ai mal che col distruggere. Finalmente è falsa idea d'utilità quella che, sacrificando la cosa al nome, divide il ben pubblico dal bene di tutt'i particolari».⁵⁴

Tuttavia, la realtà si manifesta diversamente, anzi, la disamina delle più recenti soluzioni giurisprudenziali e delle correnti iniziative legislative – le ultime tuttora in corso presso gli organi legislativi competenti – sembra confermare quanto appena riportato. La sensazione che si ha ogni qualvolta sopraggiunge una pronuncia giudiziale per concorso “esterno” od una nuova iniziativa legislativa che, a diverso titolo, si discosti dai principi in materia penale, riaprendo nuovamente il dibattito sulla propria configurabilità e sulle prospettive *de jure condendo*, per poi assopirsi di nuovo fino alla successiva sentenza o al prossimo disegno di legge, è la stessa che si avverte per uno scoglio sommerso dalle acque, vitale per i marinai che si avvicinano alla costa, ma visibile soltanto quando c'è bassa marea, prima di eclissarsi ancora una volta.

⁵⁴ C.BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 89.

Bibliografia

- AA.VV., *Camorra e criminalità organizzata*, Napoli, 1988.
- AA.VV., *Concorso esterno in associazione di tipo mafioso, Convegno in memoria di Gilda Loforti, Cefalù, 14-15 maggio 2010*, a cura di R. Cerami, Milano, 2011.
- AA.VV., *Criminalità economica e pubblica opinione*, a cura di G. Di Gennaro e C. Pedrazzi, Milano, 1992.
- AA.VV., *La mafia le mafie, Tra nuovi e vecchi paradigmi*, a cura di G. Fiandaca e S. Costantino, Roma-Bari, 1994.
- ADAMI Vincenzo, *Il concorso eventuale nei reati plurisoggettivi e, in particolare, nei delitti associativi*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2291 ss.
- ALBEGGIANI Ferdinando, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva di partecipazione criminosa*, in *Ind. Pen.*, 1977, p. 403 ss.
- ALEO Salvatore, *Intervento*, in *Concorso esterno in associazione di tipo mafioso, cit.*, 2011, p. 15 ss, 137 ss.
- *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure associative delittuose*, Milano, 1999.
- APOLLONIO Andrea, *Il “nemico” e il “partigiano”*, in *Dir pen. contem.*, (www.penalecontemporaneo.it), 2014, p. 1 ss.
- ARGIRÒ Flavio, *La responsabilità dei capi-clan per i reati-fine commessi dagli associati: tra regole di esperienza e criteri di imputazione oggettiva*, nota a Assise Santa Maria Capua Vetere, 15 settembre 2005, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1189 ss.
- *Note dommatiche e politico-criminali sulla configurabilità del concorso esterno nel reato di associazione di stampo mafioso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 768 ss.
- ARLACCHI Pino, *Gli uomini del disonore. La mafia siciliana nella vita del grande pentito Antonino Calderone*, Milano, 1990.
- *La mafia imprenditrice*, Bologna, 1983.

- *La mafia imprenditrice. Dalla Calabria al centro dell'inferno*, Milano, 2007.
- BALSAMO Antonio-RECCHIONE Sandra, *Mafie al nord. L'interpretazione dell'art. 416 bis c.p. e l'efficacia degli strumenti di contrasto*, in *Dir. pen. contem.*, (www.penalecontemporaneo.it), 2013, p. 1 ss.
- BANFIELD Edward, in *The Moral Basis of a Backward Society*, Glencoe (III), 1958; trad. it., *Le basi morali di una società arretrata*, a cura di D. De Masi, Bologna, 1976.
- BARATTA Alessandro, *La violenza e la forza. Alcune riflessioni su mafia, corruzione e il concetto di politica*, in *Dei delitti delle pene*, 1993, p. 115 ss.
- BARGI Alfredo, *Concorso esterno e strumenti di contrasto alla criminalità organizzata*, in *Arch. Pen.*, 2012, p. 489 ss.
- BARTOLI Roberto, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008.
- BECCARIA Cesare, *Dei delitti e delle pene*, (1764) ed. 1766, a cura di F. Venturi, Milano, 1981.
- BELL Alexander, *La Corte d'appello di Palermo, in sede di rinvio, conferma la condanna di Dell'Utri per concorso esterno in associazione mafiosa*, in *Dir. pen. contem.*, (www.penalecontemporaneo.it), 2013, p. 1 ss.
- *Qualche breve nota critica sulla sentenza Dell'Utri*, nota a Cass. Pen., Sez. V, 9 marzo 2012, Dell'Utri, in *Dir. pen. contem.*, (www.penalecontemporaneo.it), 2013, p. 1 ss.
- BERTAROTTA Francesco, *Concorso eventuale di persone e reati associativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1273 ss.
- BETTIOL Giuseppe, *Brevi considerazioni sul concorso di più persone nel reato*, in CNR–CNPDS, *La riforma della parte generale del Codice Penale. Concorso di persone nel reato*, Roma, 1983, p. 4 ss.
- BINDING Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, Leipzig, 1922.
- *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, B.T., Bd. 1, II ed., Leipzig, 1902.
- BIRNBAUM Johann Michael Franz, *Über das Erfordernis einer Rechtsgutsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*, in *Archiv des Criminalrechts*, 1834, p. 149 ss.
- BITONTI Antonio, *Doppio Binario*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Torino 2005, p. 391 ss.
- BLOK Anton, *La mafia di un villaggio siciliano, 1860–1960. Imprenditori, contadini, violenti*, Torino, 2000.
- BONINI Sergio, *Lotta alla criminalità organizzata e terroristica, garanzia dell'individuo, garanzia della collettività: riflessioni schematiche*, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 2216 ss.

- BORRELLI Giuseppe, *Contiguità mafiosa e delitti di favoreggiamento dopo la sentenza Carnevale*, nota a Cass. Pen. Sez. V, 3 settembre 2004, Iovino, n. 29887, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2252 ss.
- *Massime d'esperienza e stereotipi socio-culturali nei processi di mafia: la rilevanza penale della "contiguità mafiosa"*, nota a Cass. Pen., Sez. II, 11 ottobre 2005, D'Orio, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1074 ss.
- BOSCARELLI Marco, *Associazione per delinquere*, in *Enc. Dir.*, vol. III, Milano, 1958, p. 865 ss.
- BRICOLA Franco, *Teoria generale del reato*, in *Nss D. I.*, vol. XIX, Torino, 1974, p. 7 ss.
- CALVI Fabrizio, *L'Europa dei padrini. La mafia all'assalto dell'Europa*, Milano, 1994.
- CANZIO Giovanni, *L'«oltre ogni ragionevole dubbio» come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 303 ss.
- *Responsabilità dei partecipi nei singoli reati-fine: l'evoluzione giurisprudenziale negli anni 1970-1995*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3163 ss.
- CAPITELLI Roberto, *Brevi osservazioni intorno alla nozione di "associazione di tipo mafioso" e all'interpretazioni dell'art. 416 bis, ultimo comma, cp*, nota a Cass. Pen., Sez. I, 17 settembre 2010, Cozzini, in *Cass. pen.*, 2011 p. 1734 ss.
- CARADONNA Lunella, *Il concorso esterno in associazione mafiosa e la fattispecie incriminatrice di carattere sussidiario prevista dall'art. 378 c.p.: configurabilità e differenze*, nota a App. Caltanissetta 7 maggio 2009, in *Giur. mer.*, 2010, p. 174 ss.
- CARNELUTTI Francesco, *Pena e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, p. 161 ss.
- CARRARA Francesco, *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale*, Firenze, 1898.
- CASELLI Gian Carlo-INGROIA Antonio, *Il rigore della prova e il "metodo Falcone"*, in *Questione giustizia*, 2001, p. 703 ss.
- *Normativa premiale e strumenti di protezione per i collaboratori di giustizia: tra inerzia legislativa e soluzioni d'emergenza*, in AA.VV., *Processo penale e criminalità organizzata*, a cura di V. Grevi, Roma-Bari, 1993, p. 195 e ss.
- CAVALIERE Antonio, *Associazione di tipo mafioso*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale, Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, vol. V, Napoli, 2007, p. 381 ss.
- *Associazione per delinquere*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale, Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, cit., p. 221 ss.
- *Effettività e criminalità organizzata*, in AA.VV. *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1999, p. 291 ss.

- *I reati associativi tra teoria, prassi e prospettive di riforma*, in AA.VV., *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, a cura di G. Fiandaca e C. Visconti, Torino, 2010, p. 146 ss.
 - *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi dell'associazione per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003.
 - *Il concorso eventuale nelle associazioni per delinquere e di tipo mafioso: dal diritto "vivente" a quello conforme alla legalità costituzionale*, in AA.VV. *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente. Atti del Convegno tenuto a Brescia il 19 e 20 marzo 2004*, a cura di L. Picotti, G. Fornasari, F. Viganò, A. Melchionda, Padova, 2005, p. 116 ss.
 - *Lo scambio elettorale politico-mafioso*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale, Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, cit., p. 642 ss.
- CAVALLARO Felice, *Concorso esterno: 7190 accusati, solo 542 sentenze*, in *Corriere della Sera*, 29 novembre 2007, p. 25.
- CERULO Angelo, *Il trionfo dei reati associativi e l'astuzia della ragione*, in *Ind. Pen.*, 2004, p. 1007 ss.
- CICONTE Enzo, *Processo alla 'Ndrangheta*, Bari, 1996.
- CETONZE Alessandro, *Il concorso esterno in associazione mafiosa e la delimitazione delle aree di contiguità economica nell'esperienza giurisprudenziale*, in *Concorso esterno in associazione mafiosa*, cit. p. 39 ss.
- CIANFERONI Luca, *La condotta di partecipazione in associazione criminale*, nota a Cass. Pen., Sez. VI, 13 aprile 2012, Spitaleri, in *Arch. Pen.*, (www.archiviopenale.it), 2012, p. 1 ss.
- CINCOTTA Antonello, *Estorsione e concorso esterno - Il dilemma dell'imprenditore vittima-compartecipe tra stato di necessità e necessità di status*, in *Gius. pen.*, 2010, II, p. 118 ss.
- CISTERNA Alberto, *Con la ricognizione sulla disciplina antimafia si apre la partita del codice "salva dubbi"*, in *Guid. dir.*, fasc. 39, 2010, p. 45 ss.
- *Le misure di contrasto alla criminalità organizzata nel "pacchetto sicurezza"*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1073 ss.
 - *Mafia: uniformità di regole per l'esecuzione*, in *Guid. dir.*, fasc. 34, 2009, p. 61 ss.
- CHINNICI Daniela-LIVRERI Daniele, *La Corte di Cassazione tra aspirazioni garantiste e perduranti insensibilità verso il giusto processo d'appello*, nota a Cass. Pen., Sez. VI, 28 febbraio 2012, C.A., in *Arch. Pen.*, (www.archiviopenale.it), 2013, p. 1 ss.
- COMMISSIONE PARLAMENTARE ANTIMAFIA, *Relazione conclusiva*, relatore L. Carraro, Roma, 1976.

Bibliografia

- *Relazione sui rapporti tra mafia e politica*, relatore, L. Violante, Roma, 1993.
- CONTENTO Giuseppe, *Il concorso di persone nei reati associativi e plurisoggettivi*, in CNR-CNPDS, *La riforma della parte generale del codice penale*, ora in *Scritti 1964-2000*, a cura di G. Spagnolo, Bari, 2002, p. 109 ss.
- CORSO Guido, *Ordine pubblico*, in *Enc. Dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 1057 ss.
- CORVI Angela, *Il concorso esterno del magistrato nell'associazione di tipo mafioso. Il commento*, nota a Cass. Pen., Sez. V, 15 maggio 2006, Prinzivalli, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1117 ss.
- *Paradigmi astratti e materiale probatorio nella recente giurisprudenza in tema di associazione mafiosa: il "caso Andreotti"*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio*, cit., p. 85 ss.
- *Partecipazione e concorso esterno: un'indagine sul diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 242 ss.
- *Regole di esperienza e prova del concorso dei vertici dell'associazione mafiosa nei delitti commessi dagli altri associati*, nota a Cass. Pen., Sez. VI, 16 febbraio 2006, Aglieri, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 782 ss.
- COSSIGA Francesco, *Discorso sulla giustizia*, Macerata, 2003.
- CURIONE Silvia, *Gli accertamenti patrimoniali: urgenza di un mutamento delle prospettive oltre i confini del codice antimafia*, in *Arch. Pen.*, 2012, p. 827 ss.
- D'ALESSANDRO Francesco, *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Criminalia*, 2012, p. 331 ss.
- D'ASCOLA Nicola, *Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale*, in *Arch. Pen.*, 2012, p. 797 ss.
- DALLA CHIESA Nando, *Mafia: questione del potere e istituzioni*, in AA.VV., *Mafia e istituzioni*, Magistratura Democratica, Reggio Calabria, 1991, p. 114 ss.
- DEAMBROGIO Chloé, *Famiglia di sangue e mafia: un'analisi socio-criminologica*, in *Arch. Pen.*, 2012, p. 973 ss.
- DE FRANCESCO Giovannangelo, *Concorso di persone, reati associativi, concorso nell'associazione: profili sistematici e linee di politica legislativa*, in *Scenari di Mafia*, cit, p. 128 ss.
- *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1994, p. 1266 ss.
- *Gli artt. 416, 416bis, 416ter, 417, 418, cp*, in AA.VV., *Mafia e criminalità organizzata*, coordinato da P. Corso, G. Insolera, L. Stortoni, Torino, 1995, p. 5 ss.
- *Il concorso di persone nel reato*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001, p. 328 ss.

- *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, nota a Cass. Pen., Sez. V, 9 marzo 2012, Dell'Utri, in *Cass. Pen.*, 2012, p. 2552 ss.
- DE FRANCISCI Ignazio, *Il concorso esterno nella declinazione giudiziaria dei processi a Cosa nostra*, in Seminario di studio, ANM, *Il concorso esterno tra giurisdizione e politiche criminali*, Marsala, 12 maggio 2012.
- DE LEO Francesco, *Aspettando un legislatore che non si chiami Godot. Il concorso esterno dopo la sentenza Mannino*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1994 ss.
- DE LIGUORI Luigi, *Art. 416bis c.p.: brevi note in margine al dettato normativo*, nota a Cass. Pen. Sez. I, 30 gennaio 1985, Scarabaggio, in *Cass. pen.*, 1986, p. 1522.
- *Concorso eventuale e reati associativi*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 36 ss
- *La struttura normativa dell'associazione di tipo mafioso*, nota a Cass. Pen., Sez. I, 14 gennaio 1987, Fiandaca, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1609 ss.
- DE MAGLIE Cristina, *Teoria e prassi dei rapporti tra reati associativi e concorso di persone nei reati-fine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 924 ss.
- DE VERO Giancarlo, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 385 ss.
- *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1327 ss.
- *La circostanza aggravante del metodo e del fine di agevolazione mafiosi: profili sostanziali e processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 53 ss.
- *Tutela dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politica-criminale*, Milano, 1988.
- *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993 ss , p. 93 ss.
- DELITALA Giacomo, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 965 ss.
- DELL'ANDRO Renato, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956.
- Disegno di legge n. 2038*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 927 ss.
- DONINI Massimo, *Il dolo eventuale: fatto illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *Dir. pen. contem.*, (www.penalecontemporaneo.it), 2014, p. 1 ss.
- *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 175 ss.
- DRAGHI Mario, *Relazione del Governatore della Banca d'Italia*, in Seminario di studio, *Le mafie a Milano e nel nord: aspetti sociali ed economici*, Università degli Studi di Milano, 11 marzo 2011.
- FALCONE Giovanni-PADOVANI Marcelle, *Cose di Cosa Nostra*, Milano, 1991.

- FALLONE Antonino, *Concorso esterno: tra tipicità sostanziale e tipicità del metodo probatorio della fattispecie penale*, in *Giur. mer.*, 2012, p. 774 ss.
- *Differenze ed identità nel concorso esterno e nel reato associativo ai fini della determinazione delle figure del partecipe e del concorrente esterno, anche con particolare riferimento al caso controverso in cui il singolo con la propria condotta sia vittima o complice del sodalizio malavitoso*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 857 ss.
- FAVA Federico, *Partecipazione necessaria e concorso eventuale nell'associazione di tipo mafioso: tre decisioni della Cassazione dal 1994 al 2002*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio*, cit., p. 21 ss.
- FAVA Giuseppe, *Mafia. Da Giuliano a Dalla Chiesa*, Catania, 1984.
- FERRAJOLI Luigi, *Diritto e ragione*, Torino, 1989.
- FEUERBACH Paul Johann Anselm von, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 2 vol. Erfurt-Chemnitz, 1799/1800, r.a. Aalen, 1973.
- FIANDACA Giovanni, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una espansione incontrollata del concorso criminoso*, in *Foro it.*, 1996, V, p. 127 ss.
- *Commento all'art. 1 l. 13.9.82, n. 646*, in *Leg. pen.*, 1983, p. 259 ss.
 - *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. Pen.*, 1991, p. 5 ss.
 - *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 353 ss.
 - *I reati associativi nella recente evoluzione legislativa*, in AA.VV., *Il Coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo*, a cura di G. Melillo, A. Spataro, P.L. Vigna, Milano, 2004. p. 1 ss.
 - *Il "concorso esterno" agli onori della cronaca*, in *Foro it.*, 1997, V, p. 1 ss.
 - *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, in *Dir. pen. contem.*, 2013, p. 251 ss.
 - *Il concorso "esterno" tra sociologia e diritto penale*, in *Scenari di mafia*, cit., p. 203 ss, e in *Foro it.*, 2010, V, p. 176 ss.
 - *Il concorso esterno: un istituto (ancora) senza pace*, in *Leg. pen.*, 2012, p. 695 ss.
 - *Intervento*, in *Concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, cit., p. 106 ss, 131 ss.
 - *La contiguità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale*, nota a Trib. Catania, 28 marzo 1991, Amato, in *Foro it.*, 1991, II, p. 472 ss.
 - *La legalità penale negli equilibri del sistema politico costituzionale*, in AA.VV., *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro*, Padova, 2001, p. 45 ss.
 - *La tormentosa vicenda giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Leg. pen.*, 2003, p. 691 ss.

- *La trattativa Stato-mafia tra processo politico e processo penale*, in *Criminalia*, 2012, p. 67 ss.
 - *Questioni ancora aperte in tema di concorso esterno*, nota a Cass. Pen., Sez. V, 9 marzo 2012, Dell’Utri, in *Foro it.*, 2002, II, p. 565 ss.
 - *Riflessi penalistici del rapporto mafia-politica*, in *Foro it.*, 1993, V, p. 137 ss.
- FIANDACA Giovanni-ALBEGIANI Ferdinando, *Struttura della mafia e riflessi penal-processuali*, nota a Assise Palermo, 16 dicembre 1987, Abbate ed altri, in *Foro it.*, 1989, II, p. 83 ss.
- FIANDACA Giovanni-MUSCO Enzo, *Diritto penale, Parte generale*, IV ed., Bologna, 2009.
- *Diritto penale, Parte speciale*, V ed., Bologna, 2012.
- FIANDACA Giovanni-VISCONTI Costantino, *Il concorso esterno come persistente istituto “polemogeno”*, in *Arch. Pen.*, 2012, p. 487 ss.
- *Il patto di scambio politico mafioso al vaglio delle Sezioni Unite*, nota a Cass. Pen., Sez. Un., 15 luglio 2005, Mannino, in *Foro it.*, 2006, II, p. 90 ss.
- FINI Maria, *La difficile configurabilità del concorso eventuale nell’associazione mafiosa dopo la sentenza delle sezioni unite del 30 ottobre 2002 (nota a Cass. sez. un. 30 ottobre 2002, Carnevale)*, in *Ind. Pen.*, 2004, p. 649 ss.
- FIORE Carlo, *Il reato di associazione mafiosa e le ragioni della legalità*, in AA.VV., *Camorra e criminalità organizzata in Campania*, a cura di F. Barbagallo, Napoli, 1988, p. 80 ss.
- FIORE Carlo-FIORE Stefano, *Diritto penale, Parte generale*, III ed., Napoli, 2008.
- FLICK Giovanni Maria, *L’associazione a delinquere di tipo mafioso. Interrogativi e riflessioni sui problemi proposti dall’art. 416 bis cp*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 849 ss.
- *Mafia e imprese. Vent’anni dopo Capaci, Via D’Amelio, Mani Pulite. Dai progressi nella lotta al crimine organizzato, ai passi indietro nel contrasto alla criminalità economica e alla corruzione*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 505 ss.
- GALLO Ettore, *Concorso di persone nel reato e reati associativi*, in AA.VV., *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, a cura di M. De Acutis e G. Palombarini, Padova, 1984, p. 107 ss.
- GALLO Marcello, *Lineamenti di una teoria del concorso di persone nel reato*, Milano, 1957.
- *Una rosa è una rosa è una rosa è una rosa*, in *Crit. Dir.*, 2002, p. 20 ss.
- GAROFALO Raffaele, *Studio sul delitto e sulla teoria della repressione*, 2 ed., Napoli, 1891.
- GIORDANO Paolo, *Un passo avanti nell’azione di contrasto alla mafia che avrà certo bisogno di significative integrazioni*, in *Guid. dir.*, fasc. 28, 2011, p. 10 ss.
- GIULIANI-BALESTRINO Ubaldo, *I limiti della compartecipazione criminosa*, Milano, 1988.

Bibliografia

- GRASSO Giovanni, *La disciplina normativa della compartecipazione criminosa e principio di tassatività della fattispecie*, in AA.VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 1991, p. 131 ss.
- GRATTERI Nicola-NICASO Antonio, *Fratelli di sangue*, Cosenza, 2009.
- GRISPIGNI Filippo, *Il reato plurisoggettivo*, in *Ann. Dir. proc. pen.*, 1941, p. 416 ss.
- GROLMAN Karl Ludwig von, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, 1 ed. Giessen 1798, r.a. Glashütten im Taunus, 1970, 3 ed., Giessen 1818.
- GROSSO Carlo Federico, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una configurazione possibile*, in *Foro it.*, 1996, V, p. 121 ss.
- *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa e irrilevanza penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1190, e in *La mafia le mafie, cit.*, p. 192 ss.
 - *Le fattispecie associative: problemi dommatici e di politica criminale*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. cit.*, p. 133 ss.
- I lavori della Commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con d.m. 1 ottobre 1998*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 574 ss.
- IACOVIELLO Francesco Mauro, *Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è più previsto dalla giurisprudenza come reato*, nota a Cass. Pen., Sez. VI, 21 settembre 2000, Villecco, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2073 ss.
- *Il concorso esterno in associazione mafiosa*, in *Criminalia*, 2008, p. 262 ss.
 - *L'organizzazione criminogena prevista dall'art. 416 cp*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 574 ss.
 - *Processo Dell'Utri: La requisitoria del consigliere Iacoviello. Schema di requisitoria integrato con le note d'udienza del Sostituto Procuratore Generale Cons. Francesco Iacoviello (Cass. Pen., Sez. V, ud. 9 marzo 2012, imp. Dell'Utri)*, in *Dir. pen. contem.*, (www.penalecontemporaneo.it), 2013, p. 1 ss.
- Il progetto della Commissione Nordio*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 250 ss.
- INGROIA Antonio, *Associazione di tipo mafioso*, in *Enc. Dir.*, Agg. I, Milano, 1997, p. 135 ss.
- *La prassi giudiziaria fra modello causale e modello organizzatorio*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio, cit.*, p. 205 ss.
- INSOLERA Gaetano, *Ancora sul problema del concorso esterno nei delitti associativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 632 ss.
- *Causalità e reati plurisoggettivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 563 ss.
 - *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1988, p. 437 ss.
 - *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Torino, 2000, p. 67 ss.
 - *Considerazioni sulla nuova legge antimafia*, in *Pol. dir.*, 1982, p. 681 ss.
 - *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, 1996.

- *Il concorso esterno in associazione mafiosa*, in *Criminalia*, 2008, p. 281 ss.
 - *Il concorso “esterno” nei delitti associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica*, nota a Cass. Pen., Sez. Un., 5 ottobre 1994, Demitry, in *Foro it.*, 1995, II, p. 422 ss.
 - *La nozione normativa di “criminalità organizzata” e di “mafiosità”: il delitto associativo, le fattispecie aggravanti e quelle di rilevanza processuale*, in *Ind. Pen.*, 2001, p. 19 ss.
 - *Ordine pubblico e ordine democratico: le stagioni dell'emergenza*, in *Crit. Dir.*, 2003, p. 19 ss.
 - *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano, 1986.
 - *Qualche risposta agli interrogativi sollevati dal concorso esterno nell'associazione mafiosa*, in *Scenari di mafia, cit.*, p. 123 ss.
 - *Sulle diverse forme organizzate di criminalità*, in *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice a cura del CRS*, Milano, 1987, p. 147 ss.
- JHERING Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, I, Leipzig, 1884.
- KANT Immanuel, *La metafisica dei costumi*, trad. it. G. Vidari, Bari, 1970.
- KRAUSE Karl Christian Friedrich, *Abriss des Systems der Philosophie des Rechts oder des Naturrechts*, Gottingen, 1828.
- LATAGLIATA Angelo Raffaele, *I principi del concorso di persone nel reato*, ed. II, Napoli, 1964.
- LIGUORI Umberto, *La possibilità di configurare la c.d. partecipazione esterna in associazione a delinquere di stampo mafioso, tra incertezze dogmatiche e oscillazioni giurisprudenziali: spunti per una riforma*, in *Ind. Pen.*, 2004, p. 163 ss.
- LISZT Franz von, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, XV ed., Berlin, 1905.
- *Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts* (1893), in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol II, Berlin, 1905.
- LONGOBARDO Carlo, *Assistenza agli associati*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale, Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, cit., p. 661 ss.
- *Sui rapporti tra causalità ed imputazione obiettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 669 ss.
- LUMIA Giuseppe, *Intervento*, in *Concorso esterno in associazione di tipo mafioso, cit.*, p. 151 ss
- LUPO Salvatore, *Storia della mafia*, Roma, 2004.
- MADDALENA Marcello, *Il “concorso esterno in associazione mafiosa”: un istituto da (ri)sistemare*, in *Leg. pen.*, 2012, p. 723 ss.
- MAIELLO Vincenzo, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1352 ss.
- *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra crisi del principio di legalità e diritto penale del fatto*, in AA.VV., *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, a cura di V. Patalano, Torino, 2003, p. 269 ss.

Bibliografia

- *Luci ed ombre nella cultura giudiziaria del concorso esterno*, *Dir. pen. contem.*, 2013, p. 265 ss.
 - *Principi di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio*, *cit.*, p. 159 ss.
 - *Una «judge-made-law» italiana: l'affermata punibilità ex art. 110 e 416bis, del candidato alle elezioni che promette favori alla mafia in cambio di voti*, nota a Cass. Pen., Sez. I, 17 aprile 2002, Frasca, in *Foro it.*, 2003, II, p. 682 ss.
- MANNA Adelmo, *Concorso esterno (e partecipazione) in associazione mafiosa: cronaca di una “nemesi” annunciata*, in *Arch. Pen.*, 2012, p. 467 ss.
- *L'ammissibilità di un cd. concorso «esterno» nei reati associativi, tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, nota a Trib. Catania, 8 marzo 1994, Di Grazia, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1195.
- MANTOVANI Ferrando, *Diritto Penale, parte generale*, VII ed., Padova, 2011.
- MARINUCCI Giorgio-DOLCINI Emilio, *Corso di diritto penale*, III ed., Milano, 2001.
- MAYER Max Ernst, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, 1903.
- MELILLO Giovanni, *Sulla responsabilità dei singoli componenti della “cupola” di “Cosa Nostra” per i delitti decisi dall'organismo di vertice*, nota a Cass. Pen., Sez. V, 6 giugno 2001, Riina, in *Cass. pen.*, 2002, p. 975 ss.
- MENDITTO Francesco, *Le luci e le (molte) ombre del c.d. codice antimafia*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 792 ss.
- *Le prime modifiche ad c.d. Codice Antimafia: d.lgs. n.218/1012 e l. n. 228/2012*, in *Dir. pen. contem.*, (www.penalecontemporane.it), 2013, p. 1 ss.
- MILITELLO Vincenzo, *Partecipazione all'organizzazione criminale e standards internazionale d'incriminazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 186 ss.
- MOCCIA Sergio, *Autoria mediata e apparati di potere organizzati*, in *Arch. Pen.*, 1984, p. 388 ss.
- *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.
 - *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, 1997.
 - *Prospettive non “emergenziali” di controllo dei fatti di criminalità organizzata. Aspetti dommatici e di politica criminale*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. cit.*, p. 149 ss.
 - *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello stato di diritto*, in *Criminalia*, 2012, p. 597 ss.
- MONTESQUIEU, *De l'Esprit del Lois* (1748), ed. 1894, trad. it. S. Cotta, Torino, 1973.

- MOROSINI Piergiorgio, *Il “concorso esterno” oltre le aule di giustizia*, *Dir. pen. contem.*, p. 261 ss.
- *La creatività del giudice nei processi di criminalità organizzata*, in *Scenari di mafia, cit.*, p. 533 ss.
 - *La difficile tipizzazione giurisprudenziale del “concorso esterno” in associazione*, nota a Cass. Pen., Sez. Un., 15 luglio 2005, Mannino, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 585 ss.
- MULÈ Maria Paola, *Scambio elettorale politico-mafioso e rilevanza della mera promessa reciproca*, nota a Cass. Pen., Sez. I, 21 agosto 2012, Battaglia, in *Arch. Pen.* 2012, p. 1161 ss.
- MURARO Roberta, *Il nodo del “concorso esterno” nell’associazione di tipo mafioso: un’introduzione*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio, cit.*, p. 11 ss.
- MUSCATIELLO Vincenzo Bruno, *Il concorso esterno nelle fattispecie associative*, Padova, 1995.
- *Per una caratterizzazione semantica del concorso esterno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 184 ss.
- NEPPI MODONA Guido, *Criminalità organizzata e reati associativi*, in *Beni e tecniche della tutela penale, cit.*, p. 107 ss.
- *Il difficile confine tra responsabilità politica individuale e responsabilità penale*, in *La Mafia le Mafie, cit.*, p. 177 ss.
 - *Il reato impossibile*, Milano, 1965.
- NOBILI Massimo, *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali, cit.*, p. 223 ss.
- PACETTI Claudia, *Associazione a delinquere proseguita come associazione di tipo mafioso: Regime Normativo*, nota a Cass. Pen., Sez., I, 29 settembre 2010, Lo Sicco, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3415 ss.
- PACI Gaetano, *Osservazioni sull’ammissibilità del concorso eventuale nel reato di associazione a delinquere di tipo mafioso*, nota a Cass. Pen., Sez. I, 1 settembre 1994, Graci, in *Cass. pen.*, 1995, p. 542 ss.
- PADOVANI Tullio, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, libro II, cp.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 11 ss.
- *Diritto penale*, X ed., Milano, 2012.
 - *Il concorso esterno: alla ricerca del “bandolo” di un’intricata questione*, in *Leg. pen.*, 2012, p. 729 ss.
 - *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. Pen.*, 1999, 527 ss.
 - *Note sul c.d. concorso esterno*, in *Arch. Pen.*, (www.archiviopenale.it), 2012, p. 1 ss.
- PAGANO Francesco Mario, *Principij del codice penale e logica de' probabili*, Napoli, 1819.
- PALAZZO Francesco Carlo, *Corso di diritto penale, parte generale*, III ed., Torino, 2008.

Bibliografia

- PALMA Isidoro, *La legislazione antimafia dopo la legge 15 luglio 2009 n. 9*, in *Riv. pen.*, 2010, p. 109 ss.
- PANETTA Aurelio-BALSAMO Antonio, *Sul patto elettorale politico-mafioso, vent'anni dopo. Poche certezze, molti dubbi*, nota a Cass. Pen., Sez., VI, 22 Novembre 2011, n. 43107, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3756 ss.
- PATALANO Vincenzo, *L'associazione per delinquere*, Napoli, 1971.
- PAVARINI Massimo, *Per aprire un dibattito sulla criminalità organizzata e legislazione della emergenza*, in *Dei delitti delle pene*, vol. 3, 1992, p. 31 ss.
- Per una moderna politica antimafia. Analisi del fenomeno e proposte d'intervento e di riforma. Rapporto della Commissione per l'elaborazione di proposte in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità*, in *Dir. pen. contem.*, (www.penalecontemporaneo.it), 2014, p. 1 ss.
- PETROCELLI Biagio, *Norma penale e regolamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959.
- PICOTTI Lorenzo, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli elementi finalistici delle fattispecie penali*, Milano, 1993.
- PIGNATELLI Amos, *Appunti in margine al processo «7 aprile»: natura giuridica e verifica dibattimentale dei reati associativi*, in *Questione giustizia*, 1982, p. 628 ss.
- PLANTAMURA Vito, *I reati associativi e rispetto dei principi fondamentali in materia penale*, in *Ind. Pen.*, 2007, p. 389 ss.
- PONTI Gianluigi-MERZAGORA BETSOS Isabella, *Compendio di criminologia*, V ed., Milano, 2008.
- PULITANÒ Domenico, *Diritto Penale*, V ed., Torino, 2013.
- *La requisitoria di Iacoviello: problemi da prendere sul serio*, in *Dir. pen. contem.*, 2013, p. 257 ss.
- RADBRUCH Gustav, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, in *Festgabe für R. Frank*, Tübingen, 1930.
- Relazione al progetto del codice penale*, in *Codice penale italiano illustrato a cura della Rivista penale*, Torino, 1904.
- Relazione del Guardasigilli*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1929.
- Relazione della Commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata (d.m. 10 giugno 2013)*, in *Dir. pen. contem.*, (www.penalecontemporaneo.it), 2014, p. 1 ss.
- Relazione della Commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con d.m. 1 ottobre 1998*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 600 ss.
- Relazione ministeriale al progetto del codice penale vigente*, vol. II, Roma, 1929.

- RISICATO Lucia, *Il gioco delle parti. Crisi e trasfigurazione del concorso esterno, tra disincanto e ragionevoli dubbi*, in *Leg. pen.*, 2012, p. 707 ss.
- *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007.
- ROCCO Arturo., *Il problema del metodo nella scienza del diritto penale*, in *Opere giuridiche*, Roma, 1933.
- RODOTÀ Stefano, *Privacy e libertà*, Roma-Bari, 2005.
- ROMANO Bartolomeo, *Intervento*, in *Concorso esterno in associazione di tipo mafioso, cit.*, p. 91 ss.
- ROMANO Santi, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917.
- ROXIN Claus, *Fragwürdige Tendenzen in der Strarechtsreform*, in *Radius*, 1966.
- *Politica criminale e sistema di diritto penale* (1970, II ed. 1973), trad. it. S. Moccia, Napoli, 1986.
- RUSSO Roberta, *Le misure patrimoniali antimafia applicabili agli enti*, in *Arch. Pen.*, 2012, p. 861 ss.
- SAGLIA Stefano, *Osservazioni in tema di concorso eventuale nel reato di associazione di tipo mafioso*, in *Giust. pen.*, 1992, p. 306 ss.
- SANTACROCE Giorgio, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2013*, Roma, 24 gennaio 2014.
- SANTAMBROGIO Mario, *Il concorso di persone in delitto di tipo mafioso associativo*, in *Giur. mer.*, 2005, p. 2272 ss.
- SAVONA Ernesto Ugo, *Criminalità organizzata*, in *Enciclopedia del Novecento*, Treccani, Roma, 1998.
- SCAGLIONE Antonio, *Il processo penale per i delitti di criminalità organizzata*, in *Giust. pen.*, III, 2009, p. 131 ss.
- *Il regime processuale e penitenziario differenziato per i fatti di terrorismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 575 ss.
- Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale*, in *Documenti Giustizia*, 1992, p. 305 ss.
- Schema di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1570 ss.
- SCIBONA Ruggero, *Il concorso esterno*, in *Riv. pen.*, 2011, p. 271 ss.
- SEMINARA Sergio, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987.
- SESSA Antonino, *Associazione di tipo mafioso e contiguità delittuosa: profili dottrinali e di politica criminale*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. cit.*, p. 175 ss.

Bibliografia

- *Tutela penale dell'ordine pubblico e teleologismo dei valori costituzionali: ambiti e prospettive di un riformismo razionale*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale, Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, cit., p. 1 ss.
- SICILIANO Filippo, *Il concorso eventuale nel reato associativo dopo la sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 5 ottobre 1994*, in *Giust. pen.*, 1995, p. 522 ss
- SILVESTRI Gaetano, *Punti fermi in tema di concorso esterno in associazione di stampo mafioso*, nota a Cass. Pen., Sez. V, 9 marzo 2012, Dell'Utri, in *Foro it.*, 2012, II, p. 360 ss.
- SIRACUSANO Francesco, *Il concorso di persone e le fattispecie associative*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1870 ss.
- *Il d.lgs. n. 159 del 2011 e il divieto di propaganda elettorale*, in *Arch. Pen.*, 2012, p. 633 ss.
- SCHMITT Carl, *Teologia politica*, in *Le categorie del politico*, trad. it., Bologna, 1972.
- SPAGNOLO Giuseppe, *Ai confini tra associazione per delinquere e di tipo mafioso*, nota a Trib. Bari, 24 ottobre 1987, Romano, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1731 ss.
- *Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1161 ss.
- *Dai reati meramente associativi ai reati a struttura mista*, in *Beni e tecniche della tutela penale cit.*, p. 156 ss.
- *L'associazione di tipo mafioso*, V ed., Padova, 1997.
- SQUILLACI Ettore, *Dichiarazione accusatorie de relato e riscontri di natura "logica"*, nota a Cass. Pen. Sez. VI, 3 ottobre 2012, Audino, in *Arch. Pen.*, (www.archiviopenale.it), 2013, p. 1 ss.
- *L'aggravante della c.d. agevolazione mafiosa nel prisma del principio costituzionale di offensività*, nota a Cass. Pen., Sez. I, 30 marzo 2011, P., in *Arch. Pen.*, 2011, p. 583 ss.
- *Le indagini: atipicità e mancanza di garanzie*, in *Arch. Pen.*, 2012, p. 811 ss.
- *Punti fermi e aspetti problematici nella riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso*, in *Arch. Pen.*, (www.archiviopenale.it), 2013, p. 1 ss.
- STELLA Federico, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 767 ss.
- STORTONI Luigi, *Criminalità organizzata e legislazione di emergenza*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, p. 39 ss.
- SUTHERLAND Edwin, *White collar crime*, I ed., New Haven, 1949.
- TONA Giovanbattista, *I reati associativi e di contiguità*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale. Parte Speciale*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, vol. III, Torino, 2008, p. 1063 ss.
- TONINI Paolo, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2012.

- TULUMELLO Giovanni, *Il giudice e lo storico: la responsabilità dell'associato per i reati scopo fra dimensione penale-sostanziale e regole del ragionamento probatorio*, nota a Assise Palermo, 11 aprile 2001, Riina, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2508 ss.
- TURONE Giuliano, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 1995.
- VALSECCHI Alfio, *Partecipazione e concorso eventuale nelle associazioni per delinquere diverse dall'associazione mafiosa*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio*, cit., p. 103 ss.
- VASSALLI Giuliano, *Note in margine alla riforma del concorso di persone nel reato*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Milano, vol. II, 2006, p. 1939 ss.
- VERRINA Gabriele Lino, *Approccio riduttivo e carattere aporetico delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sul concorso esterno nel reato associativo*, in *Arch. Pen.*, 2012, p. 501 ss.
- VIOLANTE Luciano, *Mafia e società italiana. Rapporto '97*, Roma-Bari, 1997.
- VISCONTI Costantino, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003.
- *Contro le mafie non solo confisca ma anche "bonifiche" giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese. WORKING PAPER*, in *Dir. pen. contem.*, (www.penalecontemponeo.it), 2012, p. 1 ss.
 - *Difesa di mafia e rischio penale*, in *Foro it.*, 1997, II, p. 611 ss.
 - *I reati associativi tra diritto vivente e ruolo della dottrina*, in *Reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio*, cit., p. 143 ss.
 - *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze politico criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1303 ss.
 - *Il tormentato cammino del concorso «esterno» nel reato associativo*, nota a Cass. Pen., Sez. I, 18 maggio 1994, Clementi, in *Foro it.*, 1994, II, p. 574 ss.
 - *Imprenditori e camorra: l'"ineluttabile coartazione" come criterio discrezionale tra complici e vittime?*, nota a Cass. Pen., Sez. I, 5 gennaio 1999, Cabib, in *Foro it.*, 1999, II, p. 631 ss.
 - *Intervento*, in *Concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, cit., p. 85 ss.
 - *L'abusato detto niente di nuovo sotto il sole rinvia forse i maggiori riscontri in ambito giuridico*, nota a Cass. Palermo, 17 giugno 1875, Ciaccio e altri, Cass. Palermo, 1 luglio 1875, Russo, in *Ind. Pen.*, 2000, p. 421 ss.
 - *La punibilità della contiguità alla mafia tra tradizione (molta) e innovazione (poca)*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1854 ss.
 - *Proposte per recidere il nodo mafia-impresе*, in *Dir. pen. contem.*, (www.penalecontemporaneo.it), 2013, p. 1 ss.

Bibliografia

- *Sui modelli di incriminazione della contiguità alle organizzazioni criminali nel panorama europeo: appunti per un’auspicabile (ma improbabile?) riforma “possibile”, in Scenari di Mafia, cit. p. 189 ss.*
 - *Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso: andiamo avanti, ma con giudizio, Testo rielaborato dell’audizione resa il 6 giugno 2013 presso la Commissione giustizia della Camera dei deputati sui ddl C-251 (Vendola e a.) e C-328 (Sanna e a.), in Dir. pen. contem., 2013, p.123 ss.*
- VIGANÒ Francesco, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese, Relazione all’incontro dibattito svoltosi presso la Corte di Cassazione il 28 novembre 2012, in Dir. pen. contem., 2013, p. 380 ss.*
- *Retroattività della legge penale più favorevole, Voce per “Il libro dell’anno Treccani 2014”, in Dir. pen. contem., (www.penalecontemporaneo.it), 2013, p. 1 ss.*
 - *Riflessioni conclusive in tema di “diritto penale giurisprudenziale”, “partecipazione” e “concorso esterno”, in I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio., cit., p. 279 ss.*
- VOLTAIRE, *Delle leggi, in Dizionario filosofico, vol. II, 1764, trad. it. a cura di J. Benda, Milano, 1950, p. 293 ss.*
- WELZEL Hans, *Das deutsche Strafrecht, X ed., Berlin, 1967.*
- *Studien zum System del Strafrechts, 1939, ora in Abhandlungen zum Strafrecht un zur Rechtsphilosophie, Berlin, 1975.*
- ZAFFARONI Eugenio Raul, *La criminalità organizzata:una categorizzazione fallita, in Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. cit., p. 63 ss.*
- ZIMMERL Leopold, *Täterschaft, Teilnahme, Mitwirkung, in ZStW, 1935, p. 575 ss.*

