



Università di Foggia
Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

Tesi di Laurea in Diritto Penale

Concorso esterno in associazione mafiosa: una “*judge made law* all’italiana” al vaglio della Corte EDU

Prof. Adelmo Manna

Laureando **Francesco Pio Lasalvia**

Anno Accademico 2015/2016

*“...ironiche sono quelle scienze che,
come il diritto, definiscono e classificano l’agire umano
secondo una rigorosa consequenzialità razionale,
ben sapendo che la coerenza di quel procedimento,
con la quale l’intelligenza rende uno dei più grandi servizi alla vita,
non esaurisce certo la spiegazione della vita e dell’agire,
ma ne arriva alle soglie...”*

C. Magris

INDICE SOMMARIO

<i>Introduzione</i>	1
---------------------------	---

CAPITOLO I

Il tormentato cammino nell'ordinamento italiano: un caso esemplare di diritto penale giurisprudenziale

1. Cenni sul metodo della ricerca: lo studio della giurisprudenza.....	5
2. Le prime sentenze: il sostegno al brigantaggio e alle associazioni eversive.....	11
3. La contiguità mafiosa: primi contrasti giurisprudenziali sincronici.....	19
3.1 La posizione negazionista.....	24
3.2 La posizione favorevole.....	29
4. Il primo intervento delle Sezioni Unite: il <i>dictum Demitry</i>	33
4.1 La tipizzazione giurisprudenziale. Rinvio.....	35
4.2. I caratteri e la progressiva erosione.....	39
5. Il secondo inevitabile intervento: le SS.UU. Carnevale.....	47
5.1 Una grave ambiguità: idoneità o effettività causale del contributo?.....	53
5.1.1 Il caso Andreotti: sufficiente la mera disponibilità o vicinanza del politico?.....	60
5.2 Brevi considerazioni al <i>dictum Carnevale</i>	63
6. Le Sezioni Unite <i>Mannino II</i> : un breve sguardo alla decisione.....	65
6.1 La causalità del contributo dell' <i>extraneus</i> . La giurisprudenza successiva..	70
6.2 Il grido della magistratura: la requisitoria del p.g. Iacoviello nel processo <i>Dell'Utri</i>	75
7. L'anarchia interpretativa e la mancanza di una cultura del precedente. Conclusioni provvisorie.....	79

CAPITOLO II

Il concorso esterno in associazione mafiosa: dalla giurisprudenza alla legge tra incertezze e precarietà dell'istituto. La mancata legittimazione nazionale.

1. Contiguità mafiosa e responsabilità penale: il fenomeno e le (mancate) risposte dell'ordinamento.....	83
2. La supplenza alla legge: il ruolo e gli sforzi vani della dottrina.....	91
2.1 Il dibattito intorno alla configurabilità.....	92
2.2 Il dibattito intorno alla delimitazione della fattispecie.....	107
3. La fisiologica incertezza giurisprudenziale.....	122
4. “La parola passi alla legge”: le opzioni di politica del diritto e le proposte in campo.....	130
4.1 Uno sguardo al di là dei confini nazionali.....	146
4.2 Le recenti proposte di legge in discussione al Senato della Repubblica...	150
5. La mancata legittimazione interna del concorso esterno tra perdurante anarchia interpretativa e diffidenze politiche.....	155

CAPITOLO III

Il “concorso esterno” al vaglio della Corte Europea dei Diritti Umani: la violazione dell'art. 7 CEDU nel caso Contrada

1. Strasburgo condanna l'Italia. La sentenza Corte EDU 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, n.3.....	158
2. La nozione di legalità convenzionale, il linguaggio della Corte e alcuni precedenti sulla “prevedibilità europea”.....	165
3. La prevedibilità di <i>Contrada</i> . Dal diritto al caso concreto.....	175
4. Uno sguardo alle conseguenze pratiche: gli effetti di <i>Contrada</i>	185
4.1 Gli effetti su Contrada e sui “fratelli minori”.....	186
4.2 Gli effetti sull'ordinamento italiano.....	208
5. <i>Contrada</i> , lo specchio di una legalità sofferente.....	219

<i>Conclusioni</i>	226
<i>Bibliografia</i>	239
<i>Giurisprudenza</i>	260
<i>Documenti</i>	264

Introduzione

Il presente lavoro si colloca nel solco del lungo e tormentato dibattito in materia di concorso esterno in associazione mafiosa, in dottrina più generalmente riconducibile al problema della configurabilità del concorso eventuale nei reati associativi. Da un'analisi storica e, ad alcuni tratti, sociologica, che conferma l'esistenza della "contiguità mafiosa", "testimonianza di un'esigenza grave"¹, si procede alla valutazione di numerosi orientamenti di dottrina e giurisprudenza, forse spesso sovrapponibili e contraddittori nel tempo, sulla configurabilità del "concorso esterno". Oggi sembra - il verbo utilizzato è più che necessario - che la questione sia risolta in senso affermativo, a giudicare dai recenti contributi degli studiosi e dalla giurisprudenza maggioritaria in materia, pur permanendo irrisolti numerosi dubbi, anche di legittimità costituzionale, sollevati da una dottrina nel tempo divenuta minoritaria, complici anche pressanti ragioni di difesa sociale.

A ciò si aggiungano, a conferma dell'incessante travaglio dell'istituto, ben quattro Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, indicative del disagio persistente circa i confini e le forme che dovrebbe assumere la condotta di chi contribuisce, pur non facendone parte, alla conservazione e al rafforzamento dell'associazione mafiosa. Pronunce comunque non impassibili di smentite, quest'ultime forse eccessivamente frequenti da parte di sezioni semplici e di giudici di merito, tali da far riflettere sull'attuale funzione nomofilattica delle giurisdizioni superiori e sulla necessità di eventuali correttivi di matrice anglosassone come rimedio all'imprevedibilità della decisione giudiziaria, come già suggerito da Alberto Cadoppi in un'interessante ricerca in materia². Come se ciò non bastasse a rendere il quadro caotico e travagliato, oppure, per utilizzare una felice espressione di Vincenzo Maiello, come se non bastasse "la mancata legittimazione interna" del "concorso esterno"³, peraltro assurto anche agli onori della cronaca con l'ulteriore aggravio che deriva da un'esposizione dell'istituto al

¹ A. MANNA, *L'ammissibilità di un c.d. concorso "esterno" nei reati associativi, tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, in RIDPP, 1994, p. 1199.

² A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ed., Torino, 2014, p. 161 ss.

³ V. MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Diritto penale e processo*, 2015, p. 1027.

dibattito tra i non addetti ai lavori, come a più riprese sottolinea Giovanni Fiandaca in diversi suoi scritti⁴, si è aggiunta un'ulteriore tegola sulle sorti dell'istituto: la “mancata legittimazione esterna”, potrebbe definirsi, per riprendere ancora l'espressione utilizzata da Maiello.

La Corte EDU, con sentenza 14 aprile 2015 Contrada c. Italia n. 3, si pronuncia in materia di concorso esterno in associazione mafiosa. Strasburgo condanna l'Italia. Secondo i giudici “europei”, Bruno Contrada non doveva essere condannato per concorso esterno in associazione mafiosa perché, all'epoca dei fatti (1979 – 1988), il concorso esterno possedeva certamente una base legale mai i suoi contorni erano talmente generici e indefiniti, così come drammaticamente contrastante la sua giurisprudenza, da rendere imprevedibile una condanna per quel reato, resa prevedibile soltanto a partire dal 1994, quando le Sezioni Unite forniscono “per la prima volta un'elaborazione della materia controversa, esponendo gli orientamenti che negano e quelli che riconoscono l'esistenza del reato in questione e, nell'intento di porre fine ai conflitti giurisprudenziali in materia, ha finalmente ammesso in maniera esplicita l'esistenza del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso” rendendo, così, chiarezza in materia e confermando l'esistenza, la configurabilità e la punibilità del “concorso esterno”. Non v'è, però, da illudersi. Così come allora non calarono i riflettori in seguito all'intervento “risolutore” – se così si può dire - delle Sezioni Unite Demitry, così oggi non v'è da sperare che calino in seguito a *Contrada*. Sembra piuttosto plausibile il contrario, anzi, appare certo che i riflettori accesi da decenni di dibattiti e scontri, troppo spesso eccessivamente ideologici, non accenneranno a calarsi né, *a fortiori*, si spegneranno, quantomeno nel breve periodo. Numerose sono le conseguenze dell'intervento della Corte EDU sulla giustizia penale italiana. La confusione regnante nel nostro ordinamento sulla materia in oggetto, il silenzio assordante del legislatore, la supplenza giudiziaria sconfinata, il labirinto delle fonti giuridiche⁵ approdano a Strasburgo.

Tutti i problemi dell'ordinamento italiano, per molto tempo nascosti, vengono alla luce, Strasburgo getta un sasso nello stagno svelando “l'ipocrisia del nostro tempo

⁴ G. FIANDACA, *Il concorso esterno agli onori della cronaca*, in *Foro It.*, 1997, V, p. 1 ss.

⁵ V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012.

penalistico”, additando a tutti che “il re è nudo”⁶. Cos’è il diritto vivente, qual è il vero ruolo dei giudici, qual è la legalità adatta ai tempi moderni. Questioni tanto complicate quanto interessanti alle quali il giurista è chiamato a fornire una risposta. Oggi il sistema del diritto italiano è al vaglio della Corte EDU, sul banco degli imputati. Tutto questo rende attuale, oggi più che mai, un’esigenza improcrastinabile: la tipizzazione legislativa del concorso esterno, da tempi remoti oggetto di sollecitazioni di una dottrina unanime, ma mai realizzata, seppure numerose proposte di legge, trascurate, giacciono impolverate nei cassetti di Palazzo Montecitorio e Palazzo Madama.

Ma, al di là della volontà politica, qualche dubbio permane in merito alla capacità del legislatore attuale di pervenire a una delimitazione corretta del concorso esterno in associazione mafiosa. Non è sufficiente una tipizzazione qualsiasi, ma scelte legislative conformi ai principi di un diritto penale del fatto, poiché, non v’è da trascurare, che la supplenza giudiziaria trova spesso ragione nell’incapacità di scelte parlamentari corrette e determinate, nella disattenzione di un Parlamento che ai giorni nostri non ha piena legittimazione e fiducia da parte dei cittadini.

Contrada apre un mare magnum di dubbi di non poco momento per il giurista.

Da interrogativi sull’incidenza delle fonti convenzionali sul nostro ordinamento agli effetti delle sentenze della Corte EDU per il sig. *Contrada*, per i “fratelli minori” del ricorrente napoletano e in generale per l’ordinamento italiano e sui suoi giudici, inducendo l’interprete a chiedersi cosa resta oggi del principio di legalità penale, come si presenta al “confronto europeo” la riserva di legge e le ragioni di legittimità democratica delle scelte penalistiche.

Si apre un bivio fondamentale per il diritto penale tra il ritorno alla legalità illuministica, forse utopica e mai davvero esistita, e la rassegnata presa d’atto di vivere in quella che Giovanni Fiandaca definisce come “l’epoca dei giudici”⁷ in cui il diritto non si presenta come un monologo del legislatore, ma piuttosto come un dialogo tra più soggetti, come risultato di un complesso argomentare collettivo.

⁶ L’espressione si rinviene nel già citato V.MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, cit., p. 1024.

⁷ G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 79 ss.

Come si può osservare da questo breve *incipit*, i problemi sono molti e controversi: il “tormentato cammino del concorso esterno”, felice espressione di Costantino Visconti⁸, non solo non vede ancora un termine, ma ha davanti a sé una strada ancora lunga da percorrere, non priva di ostacoli, curve e pericoli di sbandamenti. Resta soltanto da aggiungere che l’inquietudine del giurista non deriva dalla lunghezza di strada ancora da percorrere ma dall’oscurità dei traguardi cui approdare. Il caso Contrada rischia di accendere i riflettori sul labirinto delle fonti e con esso, sull’inquietante problema che affligge da secoli ogni giurista positivo: il mito della certezza del diritto e della prevedibilità delle decisioni giudiziarie.

⁸ C. VISCONTI, *Il tormentato cammino del concorso esterno nel reato associativo*, in *Foro It.*, 1994, II, p. 561 ss.

CAPITOLO I

Il tormentato cammino nell'ordinamento italiano: un caso esemplare di diritto penale giurisprudenziale

SOMMARIO: 1. Cenni sul metodo della ricerca: lo studio della giurisprudenza. - 2. Le prime sentenze: il sostegno al brigantaggio e alle associazioni eversive. - 3. La contiguità mafiosa: primi contrasti giurisprudenziali sincronici. - 3.1 La posizione favorevole. - 3.2 La posizione negazionista. - 4. Il primo intervento delle Sezioni Unite: il *dictum Demitry*. - 4.1 La tipizzazione giurisprudenziale. Rinvio. - 4.2 I caratteri e la progressiva erosione. - 5. Il secondo inevitabile intervento: le SS.UU. *Carnevale*. - 5.1 Una grave ambiguità: idoneità o effettività causale del contributo? - 5.1.1. Il caso *Andreotti*: sufficiente la mera disponibilità o vicinanza del politico? - 5.2 Brevi considerazioni al *dictum Carnevale*. - 6. Le Sezioni Unite *Mannino II*: un breve sguardo alla decisione. - 6.1 La causalità del contributo dell'*extraneus*: caratteri e criticità. La giurisprudenza successiva. - 6.2 Il grido della magistratura: la requisitoria del p.g. Iacoviello nel processo *Dell'Utri*. - 7. L'anarchia interpretativa e la mancanza di una cultura del precedente. Conclusioni provvisorie.

1. Cenni sul metodo della ricerca: lo studio della giurisprudenza

“Bisogna sporcarsi le mani con la *law in action*” suggerisce Alberto Cadoppi¹: espressioni di tal fatta ricorrono ormai con una certa insistenza negli ambienti accademici, all'interno dei contributi scientifici e, non in ultimo, nelle aule universitarie. Conoscere l'applicazione pratica del diritto, il modo in cui i giudici interpretano la legge, la struttura argomentativa delle sentenze, la torsione degli

¹ A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 24 ss.; G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale e il ruolo della Cassazione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, I, Milano, 2006, p. 239 ss.; sul punto anche F. VIGANÒ, *Riflessioni conclusive in tema di “diritto penale giurisprudenziale”, “partecipazione” e “concorso esterno”*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, a cura di L. Picotti, G. Fornasari, F. Viganò, A. Melchionda, Padova, 2005, p. 279 ss. Un esempio di analisi del rapporto tra dogmatica e diritto vivente si trova in V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2014.

istituti di diritto sostanziale in ambito processuale², come la legge scritta è modellata dalla realtà, diventa un'esigenza che si fa strada tra gli studiosi del diritto penale, forse il campo giuridico che più di ogni altro risente dell'influenza della *law in action*, il campo in cui non esiste diritto senza processo, senza l'attività dei tribunali³. C'è un motivo fondamentale per il quale il diritto penale di oggi non può esistere senza calarlo nella realtà dei tribunali. Da un lato c'è il diritto civile che regola i rapporti interpersonali, i diritti e gli obblighi intercorrenti tra i cittadini, senza ricorrere al processo, il quale non è essenziale se non nel momento patologico del rapporto interpersonale, nei casi di c.d. crisi di cooperazione⁴. In poche parole, il ricorrere a un giudice rappresenta un meccanismo sostitutivo di ottenimento di un diritto in caso di controversia tra due titolari di diritti e obblighi. Dall'altro, il diritto penale non può avere un'applicazione fuori dal processo, esso vive nella realtà dei tribunali e nelle interpretazioni che i giudici ne promuovono. Se il processo è sede naturale del diritto penale, risulta evidente che il giurista non può astrarsi dalla prassi applicativa dei tribunali. Chiunque voglia analizzare un istituto di parte generale oppure una fattispecie incriminatrice non può esimersi da uno studio della casistica giurisprudenziale. Al contrario colui il quale si astiene da un'analisi applicativa ottiene un risultato monco, inevitabilmente mancante di una parte

² A. MANNA, *Corso di diritto penale*, Padova, 2015, p. 559 ss. cui si rinvia per un esempio di analisi degli istituti riconducibili alla punibilità in relazione al processo. Secondo l'Autore, il diritto sostanziale e il diritto processuale non sono isole separate ma due facce della stessa medaglia e come tali devono essere elaborate una in funzione dell'altra; su come la prova incida sul disegno degli istituti penalistici, C. VISCONTI, *Il concorso esterno in associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze di politica criminale*, in *RIDPP*, 1995, p. 1328. Sul punto si veda Corte Cost. 8 giugno 1981, n. 96, in *RIDPP*, 1981, p. 1147 ss. in cui il giudice delle leggi dichiara l'illegittimità costituzionale della fattispecie di plagio, di cui all'art. 603 del codice penale, come esempio di violazione del principio di determinatezza in un'accezione "processuale", come "verificabilità empirica della norma". Le fattispecie incriminatrici devono essere costruite in modo da descrivere qualcosa che sia verificabile empiricamente nella realtà e riscontrabile in ambito giudiziario.

³ Una posizione in tal senso si rinviene in F. CARNELUTTI, *Pena e processo*, in *Riv. di diritto processuale*, 1952, p. 161 ss. secondo il quale "mentre il diritto civile può vivere, anzi, se le cose andassero bene dovrebbe vivere senza processo, il diritto penale vive, perché destinato a vivere soltanto nel processo"; su medesima posizione, 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. 159 ss. il quale descrive questa modalità deontica del diritto penale come una "giustiziabilità processuale necessaria".

⁴ Espressione utilizzata in G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, III ed., Bari, 2014, p.4.

ineliminabile della vita effettiva di ogni singola parte del diritto penale. A tal proposito J. Esser, padre e teorico della precomprensione del giudice, sosteneva come il vero codice è rappresentato dal commentario giurisprudenziale del codice stesso⁵, già consapevole di quanto la realtà avesse il potere di mutare la teoria e di adattarla alle sue esigenze quotidiane. Ancor più adatte sembrano le parole di un altro studioso, Mossini, sulla centralità del ruolo della giurisprudenza nel diritto odierno, immaginando come un futuro storico del diritto dovrebbe descrivere l'odierno sistema: "...[lo storico] ove si limitasse alla ricerca o allo studio dei testi normativi, scriverebbe una storia, ma questa storia non ci direbbe assolutamente nulla, o ci direbbe cose non vere, della nostra legislazione [...]. Storico vero sarebbe invece chi prendesse a ricostruire, a partire dai testi, le decisioni effettive dei tribunali, degli organi di giustizia: queste dovrebbero costituire il suo vero e unico testo, la sua solida fonte"⁶.

Se è indiscutibile che il diritto penale trova la sua applicazione ontologica nel processo, ancora non sarebbe chiaro perché studiare criticamente la giurisprudenza: il diritto penale moderno, da Cesare Beccaria in poi, si fonda sull'idea cardine del principio di legalità, della riserva assoluta di legge, del giudice "*bouche de la loi*". Sembra inutile allora analizzare in modo critico decisioni giudiziarie che applicano il testo della legge e da essa non si discostano minimamente. Così non è (e forse non è mai stato). Oggi la dottrina penalistica, e non solo, non crede più alla possibilità di un'applicazione integrale delle teorie illuministe e tutti⁷, con maggiore o minore convinzione, sono dell'idea che il

⁵ J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, II ed., Tübingen, 1974, p. 151. La citazione è tratta da M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, p. 120. Sul punto A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., il quale afferma che la vera norma non è quella scritta nel codice o in altra legge, ma quella emergente dall'interpretazione della predetta norma scritta da parte dei giudici.

⁶ L. MOSSINI, *Il codice dei codici*, in *Studi Parmensi*, vol. XLI, 1993, p. 227; citazioni di tal fatta non mancano in dottrina, anzi sono numerosi coloro i quali, convinti della funzione ineliminabile di creazione della norma da parte dei giudici, sostengono che la norma "reale" sia il risultato del testo esposto al caso concreto. Si veda, fra gli altri, V. MAIELLO, *Una judge made law italiana: l'affermata punibilità ex artt. 110 – 416 bis c.p. del candidato alle elezioni che promette favori alla mafia in cambio di voti*, in *Foro It.*, 2003, p. 682 ss. il quale sostiene che "l'enunciato normativo non può non essere esposto alla vitalità e al flusso evolutivo delle cose".

⁷ Giova riportare un utile riferimento estratto dalle conclusioni cui giunge il Congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati di Gardone tenutosi nel 1965. Sulla spinta della corrente maggioritaria, Magistratura Democratica, si affermava, a proposito del ruolo creativo, che "il giudice deve sempre ricordarsi che in maggiore o minore misura egli è produttore di diritto, e che tutta la coscienza umana, e dunque anche il suo indirizzo politico si proietta inevitabilmente sulle

giudice sia qualcosa di più di un mero esecutore della legge⁸. Il giudice crea il diritto e contribuisce a dettare i confini delle fattispecie incriminatrici. Non è questa la sede ideale per analizzare i numerosi esempi di interpretazione creativa (e di analogia *in malam partem*) o di vero e proprio “diritto penale giurisprudenziale”⁹, motivo per il quale si fa soltanto riferimento a casi paradigmatici come il “mistero del dolo eventuale”, della causalità penalisticamente rilevante, il problema del “fine vita” e lo scambio elettorale politico – mafioso.¹⁰ Se un professore volesse spiegare ai suoi allievi l’istituto penalistico del dolo oppure della causalità non potrebbe limitarsi all’analisi dei soli artt. 40 – 43 del codice penale: racconterebbe una storia a metà. Perché oggi, se non forse da sempre, la teoria del giudice sottoposto alla legge è pura utopia e rende indispensabile la c.d. “meta – giurisprudenza” (così Giovanni Fiandaca, in un suo scritto, suggerisce di denominare l’analisi critica della giurisprudenza): le motivazioni sono varie e strettamente collegate tra loro. Dal processo di decodificazione in atto al ruolo attivo dei giudici e al protagonismo giudiziario passando per un rinnovato interesse per i sistemi di common law e l’attrattività

sue decisioni. Il congresso si dichiara decisamente contrario alla concezione che pretende di ridurre l’interpretazione ad un’attività puramente formale indifferente al contenuto e all’incidenza concreta della norma nella vita del Paese”. Citazioni tratte da G. MARANINI, *Funzione giurisdizionale e indirizzo politico nella Costituzione*, in *Atti e commenti. XII Congresso nazionale*, Brescia – Gardone, 25 – 28 settembre 1965, Roma, 1966, p. 11-12.

⁸ Sul punto giova riportare le parole di F. VIGANÒ, *Riflessioni conclusive in tema di “diritto penale giurisprudenziale”*, cit., secondo il quale “il ruolo in parte creativo svolto dalla giurisprudenza, anche in materia penale, è un dato strutturale, e perciò ineliminabile”, p. 280.

⁹ Per esempi ulteriori di interpretazione creativa si rinvia al già citato G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, p. 246 ss.; G. AMARELLI, *Il giudice ed il rispetto della legge penale in sede interpretativa. Obsolescenza apparente e attualità permanente del pensiero di Beccaria*, in *Osservatorio Costituzionale*, AIC, 2015.

¹⁰ Un classico esempio di giurisprudenza creativa si rinviene in A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 105 - 106, a proposito della mascherata analogia *in malam partem* nel famoso caso “Radio Vaticana”. Qui, come sottolinea l’Autore, il giudice penale compie una vera e propria analogia *in malam partem* in quanto estende la fattispecie di getto pericoloso di cose, di cui all’art. 674 cod. pen., alle onde elettromagnetiche, nonostante i verbi utilizzati dal legislatore nella disposizione, versare e gettare, sembrano fare chiaro riferimento rispettivamente soltanto a oggetti fisici e liquidi. Si tratta di un esempio di orientamento della Suprema Corte di Cassazione con cui si maschera come interpretazione estensiva ciò che è, invece, palesemente definibile come analogia *in malam partem*, la quale dovrebbe essere assolutamente vietata nel diritto penale. La gravità di questi atteggiamenti assunti dai giudici di legittimità è aggravata dall’impossibilità per il cittadino – imputato di ricorrere alla Corte Costituzionale, essendo consentito soltanto al giudice sollevare, mediante apposita ordinanza di rimessione, la questione di legittimità costituzionale, diversamente da quanto previsto in Spagna, ove esiste il c.d. *recurso de amparo*, ossia il ricorso diretto del cittadino all’organo di controllo costituzionale.

che da decenni essi esercitano sui giuristi continentali¹¹. Si tratta di problematiche ampiamente conosciute da chi, in qualsiasi modo, si occupa di diritto e per questo motivo si evita un'ampia digressione su di essi. Nondimeno qualche ulteriore accenno può essere utile per inquadrare il tema centrale di questo lavoro: il concorso esterno in associazione mafiosa, un caso esemplare di diritto penale giurisprudenziale, il cui “tormentato cammino” è il frutto di ognuno dei motivi sopra elencati. Dall'anzianità del codice Rocco, entrato in vigore nel periodo fascista, un testo che, seppur lodevole nella sua longevità, è specchio di un mondo agricolo, di una società non industrializzata come quella odierna, la c.d. società del rischio, un codice che nel 1930 immaginava un crimine diverso dalle forme che, con il passare dei tempi e dei costumi, si sono diffuse e rese man mano più insidiose. Un codice vecchio che subisce inevitabilmente il fenomeno della decodificazione: colgono nel segno coloro i quali descrivono il rapporto tra codice e sottosistemi penali come un rapporto tipico tra centro storico e periferie delle grandi città.¹² I primi deperiscono, le seconde prosperano. Di qui al ruolo attivo del giudice e alla sua supplenza il passo è breve: egli ha svolto un ruolo

¹¹ A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, ult. ed., Torino, 2008, p. 34 ss. Si elencano i fattori di avvicinamento tra le due grandi famiglie giuridiche, di fatto, secondo una ricostruzione storica, più vicine di quanto non sia stato erroneamente affermato dalla storiografia più risalente. Se tra i fattori di maggiore rilievo a suo tempo sollevati, la diversa posizione delle fonti giuridiche, v'è da rilevare come da un lato la legge e la codificazione non siano più un fenomeno tipico degli ordinamenti di *civil law*, ma si stia ampiamente diffondendo negli States e in Gran Bretagna, dall'altro il ruolo della giurisprudenza come formante creativo del diritto accompagnato ad un sistema di vincolatività del precedente può essere rintracciato con forme diverse da Paese a Paese anche nell'Europa continentale, ove le Corti superiori assumono un ruolo conformativo del diritto e le corti inferiori tendono a rispettare i precedenti di quelle superiori. Alla medesima conclusione approda G. CANZIO, *Intervento del Primo Presidente per la cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2016*, Roma – 28 gennaio 2016, p. 8, con le seguenti parole: “il fenomeno della formazione del precedente riveste, perciò, un importante rilievo per la certezza del diritto nei moderni sistemi giuridici, essendosi, tra l'altro, attenuata la tradizionale divaricazione della regola dello “*stare decisis*” negli ordinamenti di *common law* rispetto a quelli di *civil law*”.

¹² F. PALAZZO, *Requiem per il codice penale?*, in *Cass. Penale*, 2011, fasc. 11, p. 4064 ss; G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, cit. p. 244. Sulle proposte di ricodificazione fallite e sulle prospettive del diritto penale si rinvia ancora a A. MANNA, *Corso di diritto penale*, p. 875 ss., il quale si sofferma diffusamente sui motivi che reggono l'impossibilità di giungere ad un'opera di ricodificazione del codice penale. L'Autore, riprendendo la felice metafora del centro storico e dei quartieri periferici, ritiene che l'attuale contesto storico – politico non sia adatto ai tempi lunghi della codificazione e ci si debba accontentare di creare nuovi quartieri in modo disordinato, con numerosi problemi di raccordo tra principi generali della materia e nuovi sottosistemi da essi svincolati. Al disincanto per una nuova codificazione, si affianca come unica prospettiva possibile, l'idea di un “modello policentrico”, composto da piccoli codici o sottosistemi per materia, razionalmente collegati al centro, come già avvenuto in Francia e in alcuni ambiti, anche in Italia.

ammirevole nell'aggiornamento del diritto penale alle esigenze della modernità, nell'adattamento di istituti vecchi a problemi nuovi, questo è il frutto del c.d. diritto vivente, il diritto che partendo da un testo di base si realizza sulla scorta delle esigenze che sorgono con il mutamento dei bisogni. La società corre, la legge non tiene il passo, il diritto deve in qualche modo aggiornarsi. In sintesi: un codice vecchio, un giudice necessariamente attivo che assume consapevolezza della sua capacità e si fa protagonista, a torto o ragione, di battaglie con un chiaro sapore ideologico. Un potere non nullo, diverso da come lo considerava Montesquieu nel 1748 nel suo celebre scritto "*Le esprit de la loi*", un potere creativo, con – formativo del diritto. Questo è quanto accaduto nella lunga e tormentata vicenda del concorso esterno: un istituto creato, modellato, ridefinito dalla giurisprudenza di legittimità, in supplenza di un legislatore disattento e non al passo con i tempi.

Ecco perché "è necessario sporcarsi le mani con la *law in action*" e calarsi nella realtà dei tribunali. Non esiste diritto senza interpretazione, come scrive Emilio Betti, tra i più celebri giuristi e teorici dell'ermeneutica contemporanea, nei suoi scritti sulla teoria dell'interpretazione giudiziale¹³. Indispensabile diventa dunque analizzare il tormentato processo di gestazione del concorso esterno in associazione mafiosa, da una visuale diversa: dal lato che consente di scorgere i problemi applicativi, i dubbi interpretativi, i punti di forza e di debolezza di una tipizzazione giurisprudenziale che difficilmente tende a consolidarsi tra contrasti giurisprudenziali troppo frequenti, anarchia interpretativa e mancanza di una cultura del precedente. Dai primi contrasti giurisprudenziali tra le sezioni semplici della Corte di Cassazione, alla prima tipizzazione giurisprudenziale *Demitry*, fondamentale punto di (non) arrivo anche per i giudici di Strasburgo, passando per altri numerosi ostacoli sulla via di una certezza o quantomeno di una prevedibilità del diritto che, a danno dei cittadini, stenta ancora a raggiungerli.

¹³ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955.

2. Le prime sentenze: il sostegno al brigantaggio e alle associazioni eversive

“Nulla di nuovo sotto il sole” verrebbe da esclamare nel momento in cui lo studioso riesca a trovare alcune sentenze che già cento anni fa si pronunciavano a favore della configurabilità del concorso esterno nei reati associativi. Certo, il problema cui la Corte di Cassazione di Palermo fa riferimento in due precedenti ormai noti¹⁴, risalenti al 1875 (quando l’Italia unita contava ancora ben cinque Corti di Cassazione con un chiaro problema di nomofilachia) è diverso rispetto alle attuali forme di criminalità e contiguità mafiosa, ma la sostanza non cambia. Il fenomeno della complicità alle bande armate, al brigantaggio, che creava disordine per le strade e le campagne del Mezzogiorno d’Italia, al banditismo di strada, alle associazioni eversive di destra e di sinistra o alle prime forme di associazioni mafiose siciliane è stato da sempre sentito come particolarmente preoccupante e per tal motivo da perseguire e punire¹⁵. Anche a costo di forzare le fattispecie legali e di crearne di nuove, oppure di estendere istituti generali, come riportano le già citate sentenze del massimo organo di legittimità palermitano, con riferimento all’istituto della complicità, di cui all’art. 103 del codice penale allora vigente¹⁶. Come punire la condotta di chi, non affiliato a organizzazioni criminali, vi apporti un contributo in forma assai variegata: dalla somministrazione di cibi o di vesti, di alloggio, rifugio o assistenza fino alle forme di complicità più insidiose definite da Giovanni Falcone come “le manifestazioni di connivenza e di collusione da parte di persone inserite nelle pubbliche istituzioni [che] possono eventualmente realizzare condotte di *fiancheggiamento* del potere mafioso, tanto

¹⁴ Cass. Palermo, Sez. Pen., 17 giugno 1875, *Ciacchio* e Cass. Palermo, Sez. Pen., 1 luglio 1875, *Russo*, in *Indice penale*, 2000, p. 421 – 429, con nota di C. VISCONTI, *L’abusato detto “niente di nuovo sotto il sole” rinviene forse i maggiori riscontri in ambito giuridico*, nella quale lo studioso tende a rimarcare come sia necessario spogliarsi da ogni forma di condizionamento politico e sociale nell’affrontare la complessa questione del concorso esterno per lasciare operare soltanto le categorie penalistiche generali, come accaduto nei casi giudiziari sopra riportati.

¹⁵ Per un excursus storico del problema della contiguità alle associazioni criminali, si veda C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003. Ulteriori spunti si rinvengono in F. ARGIRÒ, *Note dommatiche e politico – criminali sulla configurabilità del concorso esterno nel reato di associazione di stampo mafioso*, in *RIDPP*, 2003, p. 774 ss.

¹⁶ L’art. 103 n. 3 del codice penale sardo offriva un appiglio normativo per estendere la punibilità dei complici nel reato associativo al di fuori dei casi di c.d. complicità presunta elencati nell’art. 429 (si veda nota n. 19). In esso si prevede l’estensione della punibilità a “coloro che, senza l’immediato concorso nell’esecuzione del reato, avranno scientemente aiutato o assistito l’autore o gli autori del reato nei fatti che lo avranno preparato o facilitato, o in quei fatti che lo avranno consumato”.

più pericolose quanto più subdole e striscianti”¹⁷. Si può agevolmente affermare allora che cambiano i problemi di difesa sociale, mutano i fenomeni criminali, ma le esigenze di politica criminale rimangono invariate e prevedono soluzioni simili alla complicità criminale, pur mutando i legislatori e i codici presi in esame. Dal codice penale napoleonico del 1810 al codice penale sardo del 1859, passando per il Regno delle Due Sicilie, il problema da annientare è il banditismo di strada che nel Mezzogiorno d’Italia assume le sembianze del noto fenomeno storico – politico del “brigantaggio”. Fioriscono fattispecie incriminatrici di reati associativi che estendono la punibilità anche a “chiunque fornisce agli associati munizioni, armi, strumenti di reato o di asilo, luoghi di ritirata o di riunione” oppure al fine di punire coloro i quali avessero “scientemente e volontariamente ricettato le comitive armate o gli individui che le compongono”. Simile incriminazione fu prevista nel codice penale Zanardelli del 1889, nei casi di somministrazione di rifugio, assistenza e vettovaglie. Si tratta, si è recentemente scritto, di “ipotesi embrionali di concorso esterno”¹⁸. Ma interessanti sono le due sentenze pronunciate dalla Corte di Cassazione di Palermo, datate 1875, sulle quali è opportuno soffermarsi. Esse assumono una valenza particolarmente rilevante per chi analizza l’evoluzione giurisprudenziale dell’istituto in questione per diversi motivi di riflessione. Si tratta di due sentenze, il cui contenuto è assai simile, che risolvono in senso positivo il problema della configurabilità del concorso esterno in associazioni di “malfattori”, di cui all’art. 426 del codice penale allora vigente¹⁹, con alcune motivazioni sorprendenti perché anticipano e risolvono obiezioni ancora in discussione tra gli studiosi che, più recentemente, si sono occupati del problema. I casi risolti dalla Cassazione palermitana riguardano

¹⁷ Già così il dott. Giovanni Falcone descrive le condotte di fiancheggiamento alle associazioni di stampo mafioso nel corso del maxi processo palermitano. Si veda in proposito, Corte Assise Palermo, 16 dicembre 1987, *Abbate*, in *Foro It.*, 1989, p. 77 ss.

¹⁸ A. MANNA, *Concorso esterno (e partecipazione) in associazione mafiosa: cronaca di una “nemesi” annunciata*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 469.

¹⁹ La normativa prevista dagli artt. 426 ss. del codice penale sardo prevedeva come reato contro la tranquillità pubblica “l’associazione di malfattori, in numero non minore di cinque, all’oggetto di delinquere contro le persone o la proprietà” per la sola esistenza di essa e prevedeva la punibilità di “autori, direttori o capi di tali bande pel sol fatto dell’associazione” e oltre “ad ogni altra persona facente parte dell’associazione”, anche di chi, qui si veda l’estensione della punibilità a casi di c.d. complicità necessaria, “avrà scientemente e volontariamente somministrato a dette bande, o a parte di esse, armi, munizioni, strumenti atti al reato, alloggio, ricovero o luoghi di riunione”.

più soggetti imputati di aver fornito a bande di malfattori vettovaglie e vesti nel primo caso, cibi e altre utilità di prima necessità nel secondo. Interessanti sono alcune considerazioni di diritto formulate dall'organo di legittimità, le quali riportano a obiezioni esposte anche nelle più recenti sentenze su casi di concorso esterno in associazione di stampo mafioso. Gli imputati in oggetto non possono essere rinviati a giudizio perché l'art. 429 del codice allora vigente prevede ipotesi tassative di complicità e fra queste non rientra il caso oggetto del ricorso: questa è la tesi della camera di consiglio e della Sezione di accusa del tribunale di Sciacca, ripresa anche dai giudici della Sezione di accusa del tribunale di Palermo che ripete "non può ricorrersi al sistema della complicità invocato dal Pubblico Ministero, quando la legge prevede il caso e ne fa un reato sui generis". Come a dire, prendendo spunto da coordinate attuali, che non esistono altre ipotesi punibili di complicità in associazione a delinquere o di stampo mafioso perché la legge prevede espressamente ipotesi tipizzate negli articoli 416 ter – scambio elettorale politico – mafioso – 418 – assistenza agli associati – del codice penale vigente. Se il legislatore prevede un caso specifico di complicità, significa che altre eventuali condotte non sono punibili, con un implicito richiamo ai canoni della frammentarietà, *extrema ratio* e di principi, come il divieto di analogia *in malam partem*, che caratterizzano il diritto penale moderno. Le affermazioni in diritto elaborate dalla Corte di Cassazione di Palermo risolvono un'obiezione alla configurabilità del concorso esterno, poi ripropostasi in diverse sentenze agli inizi degli anni '90, e lo fa in modo sorprendente, già cento anni prima. Il giudice di legittimità palermitano, infatti, sostiene come, giusto quanto sostenuto dal pubblico ministero sulla non applicabilità dell'art. 429 che prevede ipotesi tassative di complicità "presunta", ciò non esclude l'applicabilità dei principi generali in materia di complicità ai sensi degli artt. 103 – 104 codice allora vigente. Giusto che la legge prevede il caso e ne fa un reato sui generis, "ma, valga il vero, la legge non prevede (quel) caso; che anzi appunto perché nol prevede, la Sezione si ebbe la migliore ragione dell'inapplicabilità dell'art. 429 [...] ciò non prova la esclusione delle regole generali sulla materia, contenute nel n.3 dell'art. 103 cod. pen., allorchè di associazione di malfattori si tratti" e poi in un passo successivo, con maggiore chiarezza espositiva, "non è lecito inferirne di

aver per tanto la legge lasciato impuniti tutt'altri fatti costituenti complicità in associazione di malfattori, sì che le regole generali contenute nel n.3 dell'articolo 103 e nell'articolo 104 del codice penale per tal reato non più sono leggi scritte"²⁰. In sostanza la Corte afferma che, nonostante disposizioni specifiche che elencano ipotesi tassative di complicità, si configura il concorso esterno con il richiamo all'istituto generale della complicità perché applicabile indiscriminatamente a tutti i reati previsti dalla legge, pena "l'illogica impunità di fatti di sommo rilievo", nonché un'arbitraria abrogazione tacita dell'istituto generale della complicità per quel reato. In ultimo, la Cassazione di Palermo risolve un'altra tipica obiezione al concorso esterno nei reati associativi: si tratta dell'argomento, ripreso più volte in dottrina e in giurisprudenza, della sovrapponibilità del concorrente al partecipante. Qui la Corte non si sofferma attentamente, anzi, sembra scansare con facilità l'argomento: la Sezione di accusa sostiene che in quel caso non ricorreva la complicità né presunta, ai sensi dell'art. 429 del codice penale allora vigente, né derivante dalla complicità come istituto generale perché questa ricorre in presenza di un patto "in cui si legarono colui che somministrò l'aiuto ed i componenti l'associazione; se quello assunse l'impiego di fornire i viveri abbisognevole alle bande, o di esplorare i movimenti della pubblica forza, o di portare ambasciate o corrispondenze [...] in questi casi pel vincolo che lo unisce agli altri componenti, fa parte dell'associazione, vi esercita un ufficio. Egli è componente l'associazione, non un complice...". Se l'esterno partecipa tramite un patto all'accordo che lega i componenti dell'associazione, è per ciò stesso, partecipe e non complice. La Corte in risposta, scarta l'argomento, sia perché il caso in oggetto non prevede alcun patto, sia perché "ciò prova senza dubbio l'assurdo [...], [conduce] ad un'illogica impunità di fatti di sommo rilievo già dalla stessa Sezione di accusa rilevati". Il concorso esterno è configurabile, su di esso "la Corte di cassazione ha già più di una volta ritenuto e ragionato l'affermativa". Insomma già a fine '800, il problema della contiguità esiste ed è già riportato non solo in sentenze²¹, ma anche in relazioni di commissioni parlamentari e di

²⁰ Una medesima argomentazione si rinviene in Cass. Pen., Sez. Un., 12 luglio 2005, *Mannino*, in *Guida al Diritto*, 2005, 39, p. 84 – 85.

²¹ Corte Assise Reggio Calabria, 4 febbraio 1932 (inedita, rinvenuta nell'Archivio di Stato di Reggio Calabria); sentenza in alcuni tratti censurata da Cass. pen., 30 giugno 1934, *Romeo*, in *Scuola Positiva*, 1935, p. 193 ss. Si tratta del caso dei sindaci di Calanna e Villa S. Giuseppe,

inchieste di polizia locale con affermazioni come la seguente, a proposito di un politico siciliano, un po' troppo accondiscendente verso alcuni "elettori speciali": "è cosa acquisita che Palizzolo sia il mecenate della mafia nell'agro palermitano", particolarmente predisposto a favori di ogni genere in cambio di sostegno elettorale²². Un tipico esempio di collusione tra mafia e politica.

Dal 1875, anni di emergenza per il brigantaggio si devono attendere gli anni '70 – 80, i cc.dd. anni di piombo, un'altra emergenza, per rivedere riaffacciarsi la problematica della configurabilità del concorso esterno, questa volta applicato ad associazioni eversive dell'ordine sociale e politico. Il problema era rimasto nascosto per diversi decenni in seguito all'entrata in vigore del Codice Rocco: un codice repressivo, autoritario che accoglie diverse istanze di difesa sociale, frutto della componente impressa dalla scuola positiva, il quale per il tramite del combinato disposto degli artt. 110 – 416 – 418 sembra risolvere, estendendo le maglie della punibilità, il problema delle associazioni a delinquere e di coloro i quali le assistono dall'esterno. Da un'emergenza all'altra: inizia uno dei periodi più bui della storia italiana tra bombe, attentati all'ordine politico, stragi di piazza, rivolte e tumulti popolari, brigate rosse, diversi tentativi di golpe militare. Si riaffaccia il problema dei mezzi e degli strumenti più idonei per reprimere le forme più insidiose di criminalità organizzata e con esso il problema di come punire chi, pur non facendone parte, apporta contributi dall'esterno ad associazioni altamente pericolose per l'ordine pubblico. Un problema ciclico che assume colori diversi in base al fenomeno da reprimere.

Novembre 1968, Corte di Cassazione, imputato Muther²³: la questione da risolvere riguarda la qualificazione giuridica di chi, non affiliato, apporta un contributo dall'esterno a gruppi irredentisti altoatesini, impegnati in attività criminosi variamente riconducibili ai delitti di attentato di cui al Capo I e II del

condannati per complicità in reato associativo "per aver operato con il medesimo intento pratico, un piede nella caserma e l'altro nella mafia, un po' per la giustizia e un po' per gli associati e l'associazione, per mantenersi al potere e comandare". La vicenda è tratta da C. VISCONTI, *Sui modelli di incriminazione della contiguità alle organizzazioni criminali nel panorama europeo: appunti per un'auspicabile (ma improbabile) riforma "possibile"*, in *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e prospettive normative*, Torino, 2010, p. 189 ss.

²² S. LUPO, *Storia della mafia. Dalle origini ai giorni nostri*, Roma, 1996, p. 111 ss.

²³ Cass. pen., 27 novembre 1968, *Muther*, in *Arch. pen.*, 1970, p. 8 ss., riguardante il concorso esterno nel reato di cospirazione mediante associazione applicato ai fiancheggiatori di organizzazioni irredentiste altoatesine.

Titolo I – Dei delitti contro la personalità dello Stato. Qui i giudici di legittimità appaiono convinti della configurabilità del concorso esterno nel reato associativo. Le parole utilizzate dai giudici di legittimità non lasciano spazio a dubbi e sembrano dare per accertata la distinzione dei due ruoli. Da un lato vi è “l’accolito del sodalizio, colui che, conoscendone l’esistenza e gli scopi, vi *aderisce* e ne diviene, con carattere di stabilità, membro e parte attiva, rimanendo sempre al corrente dell’intera organizzazione, dei particolari e concreti progetti, del numero di consoci, delle azioni effettivamente attuate o da attuarsi, sottoponendosi alla disciplina delle gerarchie ed al succedersi dei ruoli; il partecipante *vuole tutto il fenomeno associativo nella sua intierezza*”. Dall’altro la figura del concorrente, “agevolmente individuabile nell’attività di chi, pur non essendo membro del sodalizio, cioè non aderendo ad esso nella piena accettazione della organizzazione, dei mezzi e dei fini, *contribuisce* all’associazione mercè un apprezzabile fattivo apporto personale, agevolandone l’affermarsi e facilitandone l’operare, conoscendone l’esistenza e le finalità, ed avendo coscienza del nesso causale del suo contributo”. Già nel 1968, si affronta e si risolve una fra le maggiori obiezioni: la sovrapponibilità delle condotte del partecipante e del concorrente all’associazione criminale. Il criterio utilizzato, poi definito in dottrina, “organizzatorio”, è incentrato sull’appartenenza e sul ruolo rivestito dal soggetto all’interno del gruppo. Il partecipe non solo riveste un ruolo statico, ma esso si manifesta in un impegno costante e stabile a favore del sodalizio e questa precisazione consente di recuperare offensività alla condotta, quasi a dire che partecipe è colui che riveste un ruolo dinamico nell’associazione e ciò si evince dall’esecuzione di atti, concreti e stabili nel tempo, di militanza associativa. Il concorrente, d’altra parte, non ricopre un ruolo nell’associazione, ma apporta un contributo personale causalmente rilevante per il suo giovamento, senza la c.d. “*affectio societatis*”, ma con consapevolezza dei fini associativi e della rilevanza causale del proprio apporto. Ciò che sorprende, però, di questo caso giurisprudenziale sono le espressioni sbrigative con cui la corte risolve il problema quando ripete “che a fianco di questa figura [partecipe, colui che vuole tutto il fenomeno associativo] possa collocarsi l’altra del concorrente non è né sottile distinzione concettuale né ardua individuazione concreta: l’art. 307 del

codice penale, in relazione specifica all'art. 305 (come pure, del resto, l'art. 418 cod. pen. in relazione all'art. 416 cod. pen.) prevede esplicitamente la possibilità del concorso nel reato de quo, inserendola in una specie di *gerarchia quantitativa* che, avendo al suo vertice la ipotesi pura dell'art. 305 del codice penale, si snoda attraverso le ipotesi minori del concorso, del favoreggiamento, dell'assistenza". Ecco come risolve l'argomento testuale – letterale delle disposizioni in oggetto quando esse riportano l'espressione "fuori dai casi di concorso". Come interessante è anche l'immagine che disegnano i giudici, i quali costruiscono una piramide di gravità di condotte, secondo una "specie di gerarchia quantitativa", che trova il suo vertice nella partecipazione, per scendere verso condotte che implicano minore aderenza al sodalizio, tra cui il concorso esterno. Una perplessità va comunque evidenziata, come un'acuta dottrina fa rilevare: se le diverse condotte rispetto all'associazione possono essere ordinate secondo una gerarchia quantitativa, vien da domandarsi se e quanto sia corretto equiparare il trattamento sanzionatorio di chi partecipa e di chi concorre dall'esterno.²⁴ Ma questo scopre alcuni nervi scoperti di un istituto quale il concorso di persone, pregno di dubbi di legittimità costituzionale, tale che sembra cogliere nel segno Giuseppe Bettiol secondo il quale "tutto il titolo del concorso di persone nel reato è passibile di eccezione di incostituzionalità per mancanza di precisione parziale e totale, direi di tassatività"²⁵.

Non finisce qui: la Corte di Cassazione interviene nuovamente in materia.

²⁴ Su questo genere di obiezione, A. MANNA, *L'ammissibilità di un c.d. concorso "esterno"*, cit., p. 1189 ss. Ivi l'Autore si spinge oltre, in quanto sostiene che non solo si parificano irragionevolmente, da un punto di vista sanzionatorio, la posizione dell'associato e del concorrente esterno, ma in palese violazione del principio costituzionale di uguaglianza, il concorrente esterno è, di fatto, punito più gravemente dell'associato, stante l'applicabilità della circostanza aggravante di cui all'art. 112 n.1 c.p. e a nulla vale richiamare l'eventuale applicabilità degli artt. 114 – 133 c.p. Sulla medesima posizione, F. SIRACUSANO, *Il concorso esterno e le fattispecie associative*, in *Cass. Pen.*, 1993, p. 1876.

²⁵ G. BETTIOL, *Brevi considerazioni sul concorso di più persone nel reato*, in *Ricerca C.N.R. – C.N.P.D.S. sulla riforma della parte generale del codice penale*, 1983. Sulla critica al titolo del concorso di persone nel reato, ampi riferimenti in manualistica: A. MANNA, *Corso di diritto penale*, Padova, 2015; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, 2014; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2004; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003; per una critica al concorso di persone con riguardo al diritto penale della criminalità organizzata, G. DE FRANCESCO, *Paradigmi generali e concrete scelte repressive nella risposta penale alle forme di cooperazione in attività mafiosa*, in *Cass. Pen.*, 1996, 3487 ss.

Ottobre 1983, Corte di Cassazione, imputato Arancio²⁶: un leading case che apre alla configurabilità del concorso esterno in banda armata, ai sensi del combinato disposto artt. 110 – 306, il quale rappresenta un altro passo in avanti della giurisprudenza verso la tipizzazione di una fattispecie di origine giurisprudenziale, come afferma chiaramente oggi la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo nell’*affaire Contrada*²⁷, il concorso esterno in associazione mafiosa. Una conferma della configurabilità del concorso esterno nei reati associativi giunge da questa decisione in cui si afferma sinteticamente che “commette il delitto di concorso in banda armata e non già quello di favoreggiamento, il difensore che svolga il ruolo di tramite tra i terroristi detenuti e quelli liberi, al fine di comunicare notizie utili all’esistenza della banda in quanto tale” e non quindi il reato di cui all’art. 307 del codice penale vigente, rubricato “assistenza ai partecipanti di cospirazione o banda armata”. Si tratta del caso ricorrente del soggetto – difensore che fa da tramite tra detenuti e soggetti in libertà, un’attività di supporto che implica una rilevanza causale ai fini della conservazione del sodalizio criminale. Si tratta di un’ipotesi di concorso esterno ampiamente discussa in dottrina, riconducibile alla problematica estensione della punibilità nei casi di attività richieste dalla legge in attuazione di diritti costituzionalmente garantiti. Questo breve excursus storico può essere concluso con due ordini di considerazioni già volgendo uno sguardo alle vicende che, in seguito, fino alla decisione della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo nel caso Contrada, renderanno il concorso esterno in associazione mafiosa un istituto controverso, sfuggente, liquido, affetto come sostiene Tullio Padovani, da un disagio persistente²⁸. Da una parte, alla luce dei precedenti storici sulla configurabilità del concorso esterno nei reati associativi, al di là della compatibilità tra legalità continentale e legalità convenzionale e ammesso che il fatto si sia realizzato, è

²⁶ Cass. Pen., 25 ottobre 1983, *Arancio*, in *Giur. It.*, 1985, p. 189 ss. riguardante il caso di concorso esterno nel reato di banda armata contestato ad un avvocato difensore, il quale avrebbe svolto un’attività d’intermediazione tra terroristi liberi e detenuti. Il caso presenta evidenti analogie con quello giudicato a breve distanza dal Tribunale di Amburgo e citato da F. ARGIRÒ, in *Note dommatiche*, cit., p. 777. Ivi la questione riguarda un avvocato che aveva assunto il ruolo di facilitatore delle comunicazioni tra esponenti di una banda criminale attraverso la predisposizione di un *info – system* riservato ad i soli clienti del proprio studio.

²⁷ Corte eur. dir. uomo, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia n. 3*, in *Diritto penale e processo*, 2015, p. 1012 ss. Per maggiori dettagli sulla sentenza si rinvia al Capitolo III.

²⁸ T. PADOVANI, *Note sul c.d. concorso esterno*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 487 ss.

possibile avallare l'ipotesi che per Bruno Contrada, funzionario di polizia, poi capo di gabinetto dell'alto commissariato per la lotta alla mafia e vicedirettore dei servizi segreti civili (SISDE), non fosse prevedibile un tale esito giudiziario? Cambia il reato associativo, ma il costrutto giuridico è identico. Da altra parte, è opportuno chiedersi se il concorso già delineato nelle suddette pronunce, sia da considerarsi una corretta applicazione delle norme sul concorso di persone nel reato, con tutti i dubbi di legittimità costituzionale che investono l'intero istituto codicistico oppure se i giudici di legittimità non abbiano già surrettiziamente iniziato a tipizzare una nuova fattispecie incriminatrice.

3. La contiguità mafiosa: primi contrasti giurisprudenziali sincronici

Se le prime pronunce in materia di concorso esterno nei reati associativi sono rinvenibili già in anni precedenti con riguardo al terrorismo politico, come dimostrato nel paragrafo precedente, l'esperienza giudiziaria successiva fornisce un numero di pronunce elevatissimo sul tema in oggetto²⁹, con il sovrapporsi di orientamenti contrastanti e il susseguirsi di svolte giurisprudenziali, al punto tale da indurre gli studiosi a interrogarsi sulla tenuta della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione e sulla vincolatività della legge penale per i giudici³⁰. Il

²⁹ Sulla configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa, si vedano, tra le più rilevanti: Trib. Catania, 28 marzo 1991, *Amato*, in *Foro It.*, 1991, II, p. 472 ss.; Cass. Pen., 19 gennaio 1987, *Cillari*, in *Riv. pen.*, 1988, p. 392 ss.; Cass. Pen., 4 febbraio 1988, *Barbella*, in *Riv. Pen.*, 1989, p. 612 ss.; Cass. Pen., 31 agosto 1993, *Di Corrado*, in *Cass. Pen.*, 1994, p. 1496 ss.; Cass. Pen., 3 giugno 1994, *Della Corte*, in *Riv. Pen.*, 1994, p. 1114 ss.; Cass. Pen., 23 agosto 1994, *Amato*, in *Cass. Pen.*, 1994, p. 2678 ss.; Cass. Pen., 1 settembre 1994, *Graci*, in *Cass. Pen.*, 1995, p. 539 ss.; Cass. Pen., Sez. Un., 5 ottobre 1994, *Demetry*, in *Foro It.*, 1995, II, p. 422 ss.; Cass. Pen., Sez. Un., 27 settembre 1995, *Mannino*, in *Mass. Uff.*, n. 202904; Cass. Pen., 21 settembre 2000, *Villecco*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2064 ss.; Cass. Pen., Sez. Un., 30 ottobre 2001, *Carnevale*, in *Foro It.*, 2003, II, p. 453 ss.; Cass. Pen., Sez. un., 12 luglio 2005, *Mannino*, cit.; Cass. Pen., 15 maggio 2006, *Prinzivalli*, in *Diritto penale e processo*, 2006, p. 1112 ss.; Cass. Pen., 6 febbraio 2007, *Tursi Prato*, inedita; Cass. Pen., 9 marzo 2012, *Dell'Utri*, in *Mass. Uff.*, n. 2523239. La giurisprudenza in materia è sterminata, motivo per cui si riportano esclusivamente soltanto le più rilevanti pronunce del giudice di legittimità e non si accenna nemmeno all'elencazione delle pronunce di merito. La pretesa applicativa del concorso esterno nell'associazione di stampo mafioso solleva un vespaio di critiche e polemiche che non sembrano siano giustificate soltanto da motivi tecnico – giuridici sulla compatibilità tra il concorso eventuale di persone nel reato e i reati associativi, ma nascondono un contrasto acceso sul fronte della contiguità politica e dei colletti bianchi e, più generalmente, una difficoltà a ricondurre tali soggetti allo schema della criminalità organizzata.

³⁰ A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 71 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione ad oggi*, in *Storia d'Italia. Legge, diritto, giustizia*, Torino, 1998, p. 786. Secondo lo studioso, “i contrasti giurisprudenziali hanno trovato nella Corte di Cassazione –

fenomeno stavolta in discussione, agli onori della cronaca sin dagli inizi degli anni '80, periodo passato alla storia per gli omicidi eccellenti realizzati da "Cosa Nostra"³¹, è la recrudescenza delle organizzazioni di stampo mafioso³². Il legislatore tenta di correre al riparo con l'introduzione di diversi strumenti normativi, atti a reprimere il fenomeno: dall'introduzione del reato di associazione di tipo mafioso, introdotto nel 1982 con la c.d. legge Rognoni – La Torre, alle successive normative d'emergenza come l'aggravante di cui all'art. 7 d.l. 13 maggio 1991 n. 152 che stabilisce un aumento di pena - da un terzo alla metà - per tutti i delitti non punibili con l'ergastolo commessi "avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416 bis c.p." ovvero "al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo" o la nuova fattispecie incriminatrice, rubricata

pur destinataria del ruolo descritto dall'art. 65 Ord. giud. – il luogo della legittimazione, piuttosto che della loro risoluzione".

³¹ G. FIANDACA, S. LUPO, *La mafia non ha vinto*, Bari, 2015, p. 17 ss., cit. Secondo quanto scrive lo storico, in questo periodo Cosa Nostra perseguiva tre obiettivi, di cui due sono di stretta attinenza con gli strumenti normativi di cui si dotò in seguito la giustizia penale. Da un lato, la "mafia" perseguiva l'effetto di paralizzare le forze di repressione: in questo contesto debbono essere letti gli omicidi di Boris Giuliano, commissario della squadra mobile di Palermo (1979), dei giudici Cesare Terranova, Gaetano Costa, Rocco Chinnici (1979-1983) e in ultimo, pochi giorni prima dell'approvazione della legge Rognoni – La Torre sul nuovo art. 416 bis c.p., l'uccisione a Palermo del Generale dell'Arma dei Carabinieri, Carlo Alberto Dalla Chiesa. Dall'altro, la mafia si proponeva di affermarsi come soggetto politico quantomeno su scala regionale e in quest'ottica, prosegue Lupo, devono essere letti gli omicidi di alcuni uomini politici siciliani come il presidente della Regione Sicilia, Piersanti Mattarella. Diversa matrice, invece va rilevata negli omicidi, altrettanto eccellenti, dei due uomini della Democrazia Cristiana in Sicilia, on. Salvo Lima e on. Ignazio Salvo, colpevoli di non aver mantenuto le promesse fatte a Cosa nostra, con particolare riferimento alla mancata modifica in Cassazione delle sentenze di condanna a carico di numerosi esponenti dell'associazione.

³² Sull'evoluzione storica del fenomeno mafioso e sul contesto storico – politico in cui si inserisce si rinvia per una trattazione completa al già citato S. LUPO, *Storia della mafia*, cit.; per una lettura del rapporto tra mafia e Stato si rinvia al sopra citato G. FIANDACA, S. LUPO, *La mafia non ha vinto*, cit. Qui gli autori offrono una lettura interessante del rapporto mafia – istituzioni, il quale non si incentra sul conflitto, ma sulla trattativa e sull'atteggiamento, storicamente costante di Cosa nostra, a insinuarsi nel tessuto statale e sociale, come un parassita, al fine di ottenere vantaggi di ogni genere. Seguendo tale lettura, il periodo stragista, sotto la reggenza Riina, sarebbe un momento di eccezionale rottura nel rapporto Stato – mafia, giacché la stessa non sarebbe da considerare come un qualcosa contro lo Stato, ma dentro lo Stato; G. FIANDACA, *La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma*, in *Foro It.*, 1995, V, 21 ss.; G. FIANDACA, *Riflessi penalistici del rapporto mafia – politica*, in *Foro It.*, 1993, V, 137 ss. Ivi si conferma espressamente la lettura che qui si accoglie: "se c'è una caratteristica fondamentale, che contribuisce a distinguere la criminalità mafiosa da altre forme di delinquenza, questa è proprio costituita dallo stesso legame di essa con il potere politico". Il rapporto mafia – politica è un legame consolidato entro cui la condotta di concorso esterno trova un realistico campo di applicazione, come si evidenzia anche in C. F. GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*, in *RIDPP*, p. 1190. Sull'evoluzione finalistica della criminalità organizzata e sui nuovi modelli necessari a fronteggiarla, A. CENTONZE, G. TINEBRA, *Il concorso eventuale nell'associazione di tipo mafioso e la delimitazione delle aree di contiguità nell'esperienza giurisprudenziale*, in *Il diritto penale della criminalità organizzata*, a cura di B. Romano e G. Tinebra, Milano, 2013, p. 161 ss.

“scambio elettorale politico – mafioso” introdotta con il d.l. 8 giugno 1992 n. 306³³ legata all’inserimento nel co.3 dell’art. 416 bis c.p. della finalità politico – elettorale dell’associazione di tipo mafioso³⁴. Una normativa emergenziale che, sommata alle disposizioni già vigenti, i giudici ritengono ancora insufficiente a fronteggiare l’insidia del fenomeno: si estendono le maglie del concorso esterno in associazione mafiosa tramite l’istituto più esposto a esigenze di politica criminale, il concorso di persone nel reato, al fine di punire le condotte delle “facce pulite” della mafia, di coloro i quali possono essere considerati “rispettabili”, nell’accezione non distorta del termine, ossia di quei soggetti che, non inseriti nell’organizzazione, come esponenti di istituzioni o come espressione di un certo mondo professionale, apportano un contributo significativo ai sodalizi criminali³⁵. Non si tratta di un’estensione di un istituto errata nei presupposti sociologici, nel senso che il fenomeno della c.d. contiguità mafiosa è esistente, come si desume dagli scritti di storici del fenomeno mafioso³⁶, ma anche dalle

³³ La tecnica di formulazione della fattispecie è stata a lungo contestata dalla dottrina, si veda, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, ult. ed., Bologna, 2012, p. 498 ss. Recentemente il legislatore ha provveduto ridefinire la fattispecie con legge 17 aprile 2014, n.62, e a sostituirla con la seguente nuova formulazione: “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 promessa o dell’erogazione di denaro o di qualunque altra utilità, ovvero in cambio della disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell’associazione mafiosa di cui all’articolo 416-bis o di suoi associati”

³⁴ M. RONCO, *L’art. 416 bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, in *Il diritto penale della criminalità organizzata*, cit., p. 84. L’apertura di spazi investigativi alla magistratura requirente, in materia di contiguità politica, oltre ad aspri conflitti politici, ha determinato il sorgere di ardui problemi giuridici nei casi di concorso di uomini politici nel delitto di associazione di stampo mafioso. Altri sostengono che la formulazione del co. 3 dell’art. 416 bis con il riferimento a finalità di controllo egemonico del settore economico e politico sembra contenere in sé il necessario rapporto tra associazioni mafiose e esterni, appartenenti ai settori ivi indicati. Sullo stesso argomento anche G. FIANDACA, *Riflessi penalistici del rapporto mafia – politica*, cit., p. 137 ss.

³⁵ La presa di coscienza sull’evoluzione della strategia delle associazioni mafiose è diffusa anche in ambienti extragiuridici. Significative sono alcune dichiarazioni di Don Luigi Ciotti, Presidente di Libera – Nomi e numeri contro le mafie, il quale, in occasione della XVII Giornata della memoria e dell’impegno in ricordo delle vittime delle mafie svoltasi a Genova, afferma che “la zona grigia è il vero problema. La forza della mafia non sta nella mafia, è fuori” e in occasione della Giornata mondiale contro la corruzione al Parlamento europeo di Bruxelles ripete “la politica senza mafia può esistere, ma non può esistere una mafia senza politica”.

³⁶ G. FIANDACA, S. LUPO, *La mafia non ha vinto*, p. 7 ss. Nella prima parte del testo, lo storico Lupo sostiene, da un’analisi sulle forme e i caratteri che storicamente l’organizzazione mafiosa ha assunto in Sicilia, che Cosa Nostra non è di per sé incline alla lotta allo Stato, ma sia un’organizzazione che si insinua nelle maglie dello Stato, che stringe rapporti e intesse relazioni con il potere politico ed economico al fine di trarne vantaggi. Di qui si desume l’esigenza che il potere mafioso ha di legarsi ad esponenti rispettabili, nel senso non “mafioso” del termine, per inserirsi nel mondo politico, giudiziario, imprenditoriale; M. R. PATERNA, *200 anni di mafia*, Palermo, 2000, p. 133. Secondo l’Autore, il potere mafioso si serve di soggetti estranei al

dichiarazioni dei pentiti che frequentemente affermavano la disponibilità di politici, imprenditori, avvocati, giudici verso le associazioni criminali³⁷. Ma la situazione, seppur in sostanza accertata da un punto di vista sociologico³⁸, è da considerarsi assai problematica da un punto di vista giuridico. Una lettura attenta della giurisprudenza di allora rende evidente il persistere di numerosi orientamenti divergenti e di una sorta di imprevedibilità dell'esito giudiziario. La "giungla amazzonica" della giurisprudenza italiana³⁹ sul tema non riguarda soltanto la divergenza di orientamenti giurisprudenziali in merito alla configurabilità del concorso esterno ma, anche tra chi risolve positivamente il quesito, riguarda altresì le modalità di configurazione, i criteri oggettivi e soggettivi di delimitazione della fattispecie, l'ammissibilità esclusiva del concorso morale o anche di quello materiale, i criteri distintivi tra la partecipazione e il concorso esterno. Sul punto pare opportuno riportare dato interessante, immagine del caos esistente nell'ordinamento italiano, rinvenuto in una recente monografia sul valore

sodalizio, dotati di particolari competenze o più semplicemente perché insospettabili, in ottica contrattualistica (*do ut des*), non per necessità, ma per convenienza. Afferma più chiaramente che "l'interazione tra elementi mafiosi e fiancheggiatori della cosiddetta faccia pulita (professionisti, amministratori e imprenditori, certamente non impiegati in azioni militari ma in opera di fiancheggiamento e di copertura in attività solo apparentemente lecite) è stato un processo lento, graduale e ininterrotto, assolutamente indispensabile e necessario: ai mafiosi per meglio confondersi con il substrato della società benpensante; ai borghesi, per garantirsi la sopravvivenza di certe strutture di potere socio – economico".

³⁷ Sulla esistenza di professionisti e magistrati che, pur non essendo entrati in Cosa Nostra, operano comunque ai margini della stessa e la favoriscono concretamente, le dichiarazioni dei pentiti sono concordi. Come riporta C. F. GROSSO, *La contiguità alla mafia*, cit., p. 1186, esemplari sono le dichiarazioni di Messina alla Commissione antimafia, Verbale n. 15, Seduta del 4 dicembre 1992, p. 525 ("ci sono persone che non sono mai volute entrare, e che vivono ai margini di Cosa nostra. Sanno che esiste, rispettano gli uomini, si accordano. Sono imprenditori, politici e via dicendo"; "ci sono magistrati molto vicini a Cosa nostra"); la audizione di Mutolo davanti alla stessa Commissione, Verbale n. 25, Seduta 9 febbraio 1993, p. 1237 ss. (rispondendo alle domande del Presidente della Commissione se vi fossero molti professionisti dentro o comunque vicini alla mafia, precisa che "molti dentro Cosa nostra no; molti vicini a Cosa nostra sì", e aggiunge, "di qualsiasi professione: medici, avvocati, imprenditori...", "commercialisti, molto vicini sì, sono persone di fiducia").

³⁸ Il fenomeno è denunciato frequentemente su quotidiani di tiratura nazionale, come recentemente in un articolo di A. MALAGUTI, *Omicidi, estorsione e bombe: in Puglia la mafia più cattiva*, in *La Stampa*, 31 gennaio 2016, in merito al dilagare della criminalità organizzata foggiana. Scrive l'autore, sulla contiguità mafiosa, "la mafia ha un dentro e un fuori. È questo che la caratterizza. Il dentro è la violenza eletta a sistema, il fuori è l'appoggio di pezzi di società che ti fanno il vuoto attorno".

³⁹ Cass. Pen., 18 maggio 1994, *Clementi*, in *Foro It.*, 1994, II, p. 567 ss. Si riporta testualmente la presa d'atto dei giudici in merito al contrasto sincronico esistente in materia: "Oscillante ed incerta risulta, allo stato, la giurisprudenza di questa corte".

del precedente giurisprudenziale⁴⁰: nel quadriennio 1991 - 1994, i contrasti giurisprudenziali esistenti a livello di Cassazione contavano numeri a tre cifre, senza considerare i contrasti esistenti a livello di giudici di merito, con buona pace delle esigenze di legalità e di prevedibilità dell'esito giudiziario, ossia di tutti i principi di civiltà giuridica di ogni Paese liberale⁴¹.

Tra questi contrasti s'inserisce il caso oggetto del presente lavoro, il concorso esterno in associazione mafiosa, tra i maggiori esempi di contrasto sincronico che investe - e forse, continua a investire - le corti italiane. Per brevità espositiva non si riporteranno tutte le sentenze pronunciate dalla Suprema Corte di Cassazione prima dell'ottobre 1994, data della prima decisione a Sezioni Unite, ma soltanto le sentenze che più di altre, riportano i punti più dolenti del dibattito giurisprudenziale. Un dibattito che riprende argomenti già noti in dottrina, che di seguito sono analizzati nel contesto applicativo del diritto, vagliati, a volte elaborati e accettati, altre volte contrastati e rigettati dai giudici, seguendo un dialogo tra i due dei tre formanti giuridici più attivi nel tormentato cammino del concorso esterno, ossia, da un lato, la dottrina che elabora e fornisce spunti di riflessione e, dall'altro, una giurisprudenza che accoglie e mette in pratica le proposte teoriche del giurista. Il grande assente è il legislatore, il cui silenzio assordante può considerarsi come fonte e peccato originale del problema.

Ecco perché la "meta - giurisprudenza"⁴² come analisi critica delle sentenze e un giurista come studioso non più e soltanto al servizio del legislatore, ma anche idoneo a suggerire innovazioni ai giudici, con una presa di coscienza della loro ineliminabile funzione con - formativa del diritto.

⁴⁰ Il riferimento è ancora a A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, p. 70. L'Autore si sofferma sulla definizione dei tipi di contrasti che investono la giurisprudenza italiana. In particolare utile alla ricerca sullo stato della legalità nel diritto penale è la definizione di *contrasto sincronico e diacronico*. Il primo indica il caso in cui due o più divergenti orientamenti giurisprudenziali si alternino nelle decisioni dei tribunali in un medesimo contesto temporale senza che nessuno di essi si sia mai consolidato. Il secondo invece indica l'ipotesi in cui un orientamento si sia consolidato nel tempo e in seguito sia smentito da un orientamento divergente. Se il secondo è fisiologico e per versi auspicabile per l'evoluzione del diritto, il primo è indice di uno stato patologico nel rapporto tra i formanti giuridici.

⁴¹ A dire il vero, sembra che non sia la Cassazione a stabilire il precedente, piuttosto trattasi di una creazione pressoché esclusivamente di chi lo usa, soprattutto perché l'utente può quasi sempre trovare, nella giurisprudenza della Corte, quello che gli serve per qualsiasi scopo, servendosi di banche dati *online* sempre più utilizzate negli studi legali.

⁴² Il termine è utilizzato in G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 239, per indicare un nuovo modo di analizzare il formante giurisprudenziale, derivante dalla presa d'atto che i giudici svolgono un ruolo rilevante nella creazione del diritto tramite il c.d. diritto vivente.

3.1 La posizione negazionista

Il problema della configurabilità del concorso esterno nei reati associativi non costituisce una novità per la giurisprudenza giacché i giudici ricorrono alla genericità dell'istituto del concorso di persone per incriminare condotte di "contiguità" a qualsiasi fenomeno associativo idoneo a mettere in pericolo l'ordine pubblico, condotte altrimenti difficilmente inquadrabili con precisione in altre fattispecie di parte speciale⁴³. Nonostante la dottrina si fosse solo raramente interessata della problematica fino a quel momento⁴⁴, se si escludono le note a sentenza in materia di contiguità o fiancheggiamento a gruppi eversivi a sfondo politico, per la giurisprudenza si trattava soltanto di utilizzare uno strumento già noto per la repressione di un fenomeno che aveva iniziato a destare grave allarme sociale⁴⁵. Il travaglio, comunque, iniziava già verso la fine degli anni '80, momento dal quale iniziano ad alternarsi sentenze che ammettono e altre che negano la configurabilità del c.d. concorso esterno. Si trattava dell'inizio di un "tormentato cammino"⁴⁶ dell'istituto reso ancora più confuso dalla forte esposizione mediatica dovuta da un lato al fatto che spesso le imputazioni per concorso esterno riguardavano politici o comunque personaggi noti all'opinione pubblica e dall'altro al contesto sociale di allarme e repulsione verso la recrudescenza del fenomeno mafioso⁴⁷. Il contrasto sincronico sull'ammissibilità del concorso esterno nasce in questo contesto storico: si discute e, almeno in un

⁴³ C. F. GROSSO, *La contiguità alla mafia*, cit., p. 1190, il quale dubita che il fenomeno possa essere correttamente inquadrato in fattispecie normative, essendo straordinariamente varia e variegata l'attività di fiancheggiamento alle associazioni mafiose.

⁴⁴ Così L. DE LIGUORI, *L'associazione mafiosa: pregiudiziali sociologiche e problemi interpretativi*, in *Cass. Pen.*, 1987, p. 53 ss.; C. VISCONTI, *Il concorso esterno in associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze di politica criminale*, cit., p. 1306.

⁴⁵ R. CANTONE, *Discorso di inaugurazione del corso di Diritto Penale*, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli "Parthenope", 16 gennaio 2012. Il magistrato napoletano si interroga su come mai la giurisprudenza avesse applicato il concorso esterno nei reati associativi nel caso Muther e Arancio senza che venissero sollevate numerose critiche e dubbi interpretativi e di legittimità costituzionale. "Non si alzò una sola voce contro il concorso esterno" siccome si riferivano ad ambienti di terrorismo politico, nonostante si facesse, allo stesso modo, "strame della tassatività". Il tema diventa rilevante solo quando si affianca alla nuova norma dell'associazione mafiosa, con un fiorire di interventi della giurisprudenza e della dottrina; la medesima osservazione si rinviene in G. INSOLERA, *Ancora sul problema del concorso esterno nei delitti associativi*, in *RIDPP*, 2008, p. 632 ss.

⁴⁶ L'espressione riportata è un chiaro riferimento all'impostazione data da C. VISCONTI, *Il tormentato cammino del concorso esterno nel reato associativo*, cit., p. 561 ss.

⁴⁷ G. FIANDACA, *Il concorso esterno agli onori della cronaca*, cit., p. 1 ss., ma sono assai diffusi in dottrina i richiami all'eccessiva esposizione mediatica dell'istituto, fattore che non avrebbe facilitato un'analisi tecnica, scevra da pregiudizi ideologici, della questione giuridica.

primo momento, si nega la possibilità di estendere la punibilità a condotte che non sono propriamente riconducibili alla partecipazione all'associazione di stampo mafioso, ma, come riportato dalla Corte di Assise di Palermo nell'ambito del c.d. maxi processo, rappresentano "uno dei campi in cui più subdola ed inquietante è l'infiltrazione della componente mafiosa nel tessuto sociale"⁴⁸ e che Giovanni Falcone definisce come le "più subdole e striscianti". Il fenomeno esiste e, come sostiene Adelmo Manna, esso "è testimonianza di un'esigenza grave"⁴⁹ ma difficilmente configurabile *de iure condito*. A sostegno della tesi negazionista si possono citare numerosi *decisa* dei tribunali di merito e della Cassazione⁵⁰, ma è opportuno inquadrare l'orientamento contrario all'ammissibilità del concorso esterno tramite alcuni di essi che rappresentano tappe importanti nell'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto, le cui motivazioni riprendono le obiezioni maggiormente discusse in dottrina, alcune delle quali sembrano tutt'oggi essere irrisolte e in alcuni casi maggiormente avvalorate dagli eventi recentemente verificatisi in sede europea. Il Tribunale di Catania – G.i.p., ad esempio, in data 8 marzo 1994, nel caso *Di Grazia e altri*, afferma laconicamente che "la figura del concorso eventuale nel reato associativo è fattispecie superflua alla luce del combinato disposto delle norme riguardanti il concorso di persone e delle disposizioni concernenti il reato associativo"⁵¹. Dato questo incipit, il quale esclude senza troppi giri di parole la validità della costruzione giuridica del concorso esterno, la Cassazione, poco prima del primo necessario intervento delle Sezioni Unite⁵², interviene nuovamente con due sentenze, Clementi e Mattina, che nuovamente avvalorano una tesi negazionista già più volte sostenuta negli anni precedenti, riprendendo quelle che possono considerarsi tre obiezioni cardini al concorso esterno. In primo luogo, l'obiezione che si può definire "logica": il concorso di persone, di cui agli artt. 110 c.p. ss. c.p., sebbene generalmente

⁴⁸ Corte di Assise di Palermo, 16 dicembre 1987, in *Foro It.*, 1989, II, p. 82 ss.

⁴⁹ A. MANNA, *L'ammissibilità di un c.d. concorso "esterno"*, cit. 1199.

⁵⁰ Risolvono in senso negativo il problema dell'ammissibilità del concorso esterno in associazione di stampo mafioso: Cass. Pen., 19 gennaio 1987, *Cillari*, cit.; Cass. Pen., 18 maggio 1994, *Clementi*, cit.; Cass. Pen., 18 marzo 1994, *Mattina*, in *Cass. Pen.*, 1994, p. 2685 ss.; Trib. Catania, 8 marzo 1994, *Di Grazia*, in *RIDPP*, 1994, p. 1187 ss.; Cass. Pen., 21 marzo 1989, *Agostani*, in *C.E.D. Cass.*, (rv. 181637).

⁵¹ Trib. Catania, 8 marzo 1994, *Di Grazia*, cit., sul caso di contiguità mafiosa relativo ad libero professionista in campo legale.

⁵² Il richiamo va riferito a Cass. Pen., Sez. Un., 5 ottobre 1994, *Demitry*, cit. Si rinvia per una trattazione del dictum delle SS.UU. al paragrafo successivo.

utilizzabile per i reati plurisoggettivi, non può essere utilizzato, per ragioni di logica giuridica, per il reato di associazione di stampo mafioso, stante la concezione “monistica” accolta dal legislatore. La Cassazione sostiene che, se si concorre nel “medesimo reato”, come prevede l’art. 110 c.p., se le condotte, anche atipiche, sono dirette alla realizzazione di un unico fatto penalmente perseguibile e se le stesse sono orientate finalisticamente allo stesso risultato e con il medesimo intento volitivo (c.d. dolo di concorso), è evidente che il concorso non può aversi nell’associazione di stampo mafioso, la cui condotta è il “far parte”, intendendosi la stabile permanenza del vincolo associativo. Integra il delitto di cui all’art. 416 *bis* c.p. colui il quale fa parte di un’associazione di stampo mafioso, cioè secondo il paradigma causale accolto, colui che apporta un contributo causalmente rilevante all’organizzazione, con la consapevolezza di partecipare, di condividere i metodi di cui al comma 3 e le finalità dell’associazione (c.d. *affectio societatis*), nonché con il fine ulteriore di realizzare il programma criminoso. Dunque, conclude la Cassazione, “il concorrente eventuale non soltanto deve realizzare una condotta come precisata o quanto meno, deve contribuire con il suo comportamento alla realizzazione della medesima, ma puranche deve agire con la volontaria consapevolezza che detta sua azione contribuisce all’ulteriore realizzazione degli scopi della *societas sceleris*: il che, in tutta evidenza, non differisce dagli elementi – soggettivo e oggettivo – caratterizzanti la partecipazione”⁵³. In sostanza, il concorso esterno non è logicamente configurabile perché sovrapponibile alla condotta del partecipante perché medesimo risulta sia l’elemento oggettivo, ossia il contributo significativo al rafforzamento o alla conservazione del sodalizio, sia quello soggettivo, stante l’orientamento diffuso anche in dottrina della c.d. unitarietà dei titoli soggettivi nel concorso di persone⁵⁴. Si tratta di una posizione condizionata dall’accettazione

⁵³ Cass. Pen., 18 maggio 1994, *Clementi*, cit., con riguardo al caso di un avvocato del foro di Palermo, che avrebbe svolto attività di “collegamento” tra appartenenti dell’associazione per delinquere di stampo mafioso “Cosa Nostra” in stato di detenzione e sodali della stessa in stato di libertà.

⁵⁴ A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 528 ss.; a conclusione simile si giunge in Cass. Pen., 3 giugno 1994, *Della Corte*, cit., in quanto afferma che “nel caso di una associazione per delinquere l’elemento psicologico consiste nel dolo specifico, cioè nella consapevolezza di ciascun associato di far parte del sodalizio con la volontà di realizzare i fini propri dell’associazione [...]”. Tutto ciò dovrebbe essere voluto dal c.d. concorrente eventuale affinché possa configurarsi concorso, da esterno, nell’associazione di stampo mafioso o camorristico; se, però, il c.d.

del paradigma causale per quanto riguarda il contenuto della condotta di partecipazione all'associazione mafiosa, come afferma la stessa Cassazione nella sentenza Arslan, nella quale indica come fulcro della condotta associativa "il contributo causale minimo ma non insignificante alla vita dell'associazione".

In breve, con un gioco di parole, non si può partecipare dall'esterno alla partecipazione se non partecipando all'associazione: "il combinato esame degli artt. 110 – 416 *bis* c.p. non ammette altra giuridica soluzione". Insomma i giudici sembrano affermare: "o si è dentro e si risponde di partecipazione all'associazione oppure si è fuori e il comportamento è penalmente irrilevante". *Tertium non datur.*

Non solo la logica giuridica si oppone all'ammissibilità del concorso esterno, si aggiungono a essa altre due considerazioni elaborate dai giudici di legittimità e non solo, rispetto alle quali si potrebbe affermare una sorta di immortalità o forse di non completa confutabilità che le rende sorprendentemente attuali. Infatti, afferma la Corte, "né può opporsi che la lettera dell'art. 418 c.p. (assistenza agli associati) sembrerebbe ammettere nell'ordinamento penale vigente la possibilità del concorso eventuale nel reato di cui all'art. 416 *bis* c.p., laddove prescrive che detta figura criminosa è applicabile "al di fuori dei casi di concorso nel reato o di favoreggiamento", con riferimento al delitto di associazione di stampo mafioso, dal momento che l'interpretazione sistematica di altre norme penali interessanti la materia porta a ritenere che la citata espressione si riferisce solo al concorso necessario di persone nel reato di cui all'art. 416 *bis* c.p. e non anche al concorso eventuale", ma soprattutto, e qui la Corte prospetta un'obiezione di non facile confutabilità alla luce dei principi che reggono il diritto penale moderno, il concorso esterno non è configurabile perché il legislatore, "nella lodevole intenzione di sanzionare ogni possibile "contiguità" con dette organizzazioni criminali da parte di soggetti non organicamente inseriti nelle stesse" ha previsto diverse normative idonee a sanzionare condotte di fiancheggiamento, tra cui la

concorrente esterno ha tale dolo specifico, è consapevole cioè di far parte del sodalizio con la volontà di realizzare i fini propri dell'associazione [...], la sua posizione non viene a distinguersi in nulla da quella del partecipante prevista dal 1° comma dell'art. 416 *bis* c.p.; per tali motivi non è configurabile la figura del concorrente esterno nei reati associativi, [...], nei quali, proprio per il peculiare dolo specifico che li contraddistingue, o si partecipa a pieno titolo, ovvero si pongono in essere delle attività di favoreggiamento o di agevolazione di tale crimine da ritenersi, strutturalmente e concettualmente, distinte e separate rispetto al reato associativo".

sentenza richiama le aggravanti di cui all'art. 378 co. 2 c.p. e l'art. 7 l. 203/1991.⁵⁵, ma lo stesso può essere ripetuto a proposito della fattispecie di scambio elettorale politico – mafioso di cui all'art. 416 *ter* c.p. Ciò a dire che laddove il legislatore ha voluto, ha espressamente sanzionato certe condotte di fiancheggiamento e ove, invece nulla abbia previsto, la punibilità deve essere esclusa, stante il principio cardine di legalità della legge penale, *sub specie* tassatività e divieto di analogia *in malam partem*, nonché in ossequio ad un carattere fondamentale che regge il moderno diritto penale, come la frammentarietà. Se l'ordinamento italiano deve considerarsi espressione di uno Stato liberale e non di polizia, non può non valere il principio secondo cui tutto ciò che non è vietato, è lecito.

A quest'obiezione, che aggiunge dubbi di costituzionalità all'istituto, si aggiunge un'altra obiezione elaborata dal Tribunale di Catania, ripresa anche in dottrina⁵⁶: la configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa violerebbe il principio di uguaglianza, di cui all'art. 3 Cost., perché determina l'applicazione di un medesimo trattamento sanzionatorio al partecipante e al concorrente esterno, nonostante sia evidente il differente disvalore che accompagna le condotte, come peraltro ebbe a confermare la stessa Cassazione Muther, datata 1968, la quale, quasi in modo contraddittorio, da un lato distingue le figure del partecipe e del concorrente esterno e ammette l'applicabilità del combinato disposto di cui agli artt. 110 – 416 *bis* c.p., con l'applicazione del medesimo trattamento sanzionatorio, e dall'altro ammette che le due condotte possono essere “inserite in una specie di gerarchia quantitativa, che, avendo al suo vertice la ipotesi pura dell'art. 305 c.p. [del partecipe], si snoda attraverso le ipotesi minori del concorso, del favoreggiamento, dell'assistenza”⁵⁷.

⁵⁵ Le disposizioni richiamate si riferiscono all'art. 378 co.2 c.p., introdotto da art. 2 l. 13 settembre 1982, n. 646, il quale prevede un'aggravante per il delitto di favoreggiamento personale nei casi in cui l'agente abbia inteso agevolare l'elusione delle indagini o la sottrazione alle medesime da parte di un soggetto responsabile della commissione del delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p. e all'art. 7 l. 12 luglio 1991, n. 203, il quale prevede un'aggravante per coloro che commettono un delitto non colposo non punito con la pena dell'ergastolo, al fine di agevolare le attività delle associazioni a delinquere di stampo mafioso e di quelle ad esse equiparate da ult. co. dell'art. 416 *bis* c.p.

⁵⁶ A. MANNA, *L'ammissibilità di un c.d. concorso*, cit., p. 1194 ss.; C. VISCONTI, *Il tormentato cammino del concorso esterno nel reato associativo*, cit. p. 569; G. INSOLERA, *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragion di Stato e gli inganni della dogmatica*, in *Foro It.*, 1995, II, p. 425.

⁵⁷ Cass. Pen., 27 novembre 1968, *Muther e altri*, cit.

In definitiva, riprendendo una delle prime decisioni degli ermellini, “la c.d. 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 ritenersi integrata da ogni contributo apprezzabile effettivamente apportato alla vita dell’ente ed in vista del perseguimento dei suoi scopi, mediante una fattiva e consapevole condivisione della logica di intimidazione e di dipendenza personale propria e del gruppo e nella consapevolezza del nesso causale del contributo stesso”⁵⁸, il che vale a dire che “l’unica forma di concorso di persone nel reato in questione è quella del concorso necessario perché ontologicamente connaturata alla particolare struttura della fattispecie e conforme alla vigente normativa in tema di concorso anche in relazione a quanto specificamente introdotto dalla citata legislazione inerente alla materia della criminalità organizzata”⁵⁹

3.2 La posizione favorevole⁶⁰

Bisogna qui premettere che le pronunce favorevoli all’ammissibilità del concorso esterno non sono da collocare in un periodo successivo a quelle su indicate che propendono, invece, per l’inammissibilità. Questo rende il contrasto in atto sincronico e di conseguenza particolarmente odioso per un cittadino, il quale, dinanzi ad una tale situazione, non sarebbe in grado di poter comprendere ciò che è lecito e ciò che non è lecito fare, scopo proprio di un diritto penale moderno⁶¹.

⁵⁸ Cass. Pen., 19 gennaio 1987, *Cillari*, cit.

⁵⁹ Cass. Pen., 18 maggio 1994, *Clementi*, cit.

⁶⁰ Si può agevolmente affermare che l’ordinanza dell’Ufficio Istruzione del Tribunale di Palermo, datata 8 novembre 1985, nel procedimento a carico di Abbate Giovanni + 706, il c.d. maxiprocesso, costituisca la madre di ogni decisione favorevole al concorso esterno in associazione di tipo mafioso perché anticipa e risolve sorprendentemente questioni giuridiche problematiche poi sollevatesi nella giurisprudenza successiva. Per una lettura dei passi più rilevanti del provvedimento si rinvia a A. BALSAMO, A. LO PIPARO, *La contiguità all’associazione mafiosa e il problema del concorso eventuale*, in *Le associazioni di tipo mafioso*, a cura di B. Romano, Torino, 2015, p. 106 – 107.

⁶¹ T. PADOVANI, *Il diritto: che cos’è e perché mai qualcuno deve pure studiarlo. Discorso di presentazione della Scuola di orientamento di Giurisprudenza*, Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa, 26 giugno 2014, rinvenibile su youtube.com [https://www.youtube.com/watch?v=QmgmZHTyJBs]. In sintesi, secondo Padovani, il diritto,

Infatti, risalgono allo stesso periodo altrettante pronunce del giudice di legittimità che concludono per l'ammissibilità logica, ontologica e normativa del concorso esterno in associazione di stampo mafioso⁶². Alcuni di essi meritano di essere menzionati e riportati in alcune parti fondamentali perché costituiscono la base del *dictum Demitry*, tanto atteso e poi altrettanto criticato in seguito, sia da parte della dottrina, sia da parte dei giudici di merito e delle sezioni semplici della Suprema Corte di Cassazione. In questa direzione, si è osservato, infatti, quasi riprendendo le motivazioni espresse dalla Cassazione nel caso *Muther*, in materia di concorso esterno a gruppi eversivi, che le figure del partecipe e del concorrente sono distinguibili sulla base del c.d. criterio organizzatorio. Se partecipe è soltanto colui il quale entra a far parte del sodalizio, sia con riferimento a regole o rituali formali dell'associazione, sia con riferimento a *facta concludentia* oppure colui che è socio, o, in altri *dicta*, "vuole il fenomeno associativo nella sua interezza", copre un ruolo o svolge un compito oppure, altri sostengono, "si mette a totale disposizione" della congrega mafiosa e da un punto di vista volitivo, si

come la religione, offre dall'antichità, all'uomo la possibilità di prevedere il suo futuro e in qualche modo organizzare la propria vita.

⁶² Tra le più rilevanti e risalenti affermazioni di configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa:

Cass. Pen., 13 giugno 1987, *Altivalle*: "Anche in relazione ai reati associativi, con riguardo all'associazione a delinquere di stampo mafioso, è configurabile il concorso di persone, sia come concorso psicologico, nelle forme dell'istigazione e della determinazione, nel momento in cui l'associazione viene costituita, sia – allorché l'associazione è già costituita – nella forma del contributo consapevolmente prestato al mantenimento e al consolidamento dell'organizzazione criminosa";

Cass. Pen., 4 febbraio 1988, *Barbella*: "Va ravvisato concorso nel reato di associazione per delinquere, e non partecipazione all'associazione 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 che costituisca autonoma e individuale manifestazione di volontà criminosa e si esaurisca nel momento della sua espressione perché ontologicamente concepita e determinata nei correlativi limiti di tempo e di efficacia";

Cass. Pen., 23 novembre 1992, *Altomonte*: "In tema di associazione per delinquere, perché assuma rilevanza la condotta individuale, occorre l'esistenza del *pactum sceleris*, con riferimento alla consorceria criminale, e dell'*affectio societatis*, con riferimento alla consapevolezza del soggetto di inserirsi in un'associazione vietata. È punibile pertanto a titolo di partecipazione colui che presti la sua adesione e il suo contributo all'attività associativa, anche per una fase temporaneamente limitata. Risponde invece a titolo di concorso nel reato associativo il soggetto che, estraneo alla struttura organica del sodalizio, si sia limitato anche ad occasionali prestazioni di singoli comportamenti aventi idoneità causale per il conseguimento dello scopo sociale o per il mantenimento della struttura associativa, avendo la consapevolezza dell'esistenza dell'associazione e la coscienza del contributo che ad essa arreca".

Tratte da M. VALIANTE, *L'avvocato dei mafiosi*, in *RIDPP*, 1995, p. 820 – 821. Altre numerose pronunce di giudici di merito sono rinvenibili in C. F. GROSSO, *La contiguità alla mafia*, cit., p. 1187.

caratterizza per l'*affectio societatis*, ossia la consapevolezza e volontà di far parte dell'associazione, allora rimane uno spazio per inquadrare la differente condotta del concorrente esterno. Così proseguono nel ragionamento i giudici che esprimono una posizione favorevole: si è ad esempio osservato nel *dictum Altivalle* che si integra il concorso esterno, “tutte le volte che il terzo non abbia voluto entrare a far parte dell'associazione o non sia stato accettato come socio, e tuttavia presti all'associazione medesima un proprio contributo, a condizione però, che tale apporto, valutato ex ante, ed in relazione alla dimensione lesiva del fatto ed alla complessità della fattispecie, sia idoneo se non al potenziamento almeno al consolidamento ed al mantenimento dell'organizzazione criminosa” e prosegue con riferimento all'elemento soggettivo, “con la consapevolezza e la volontà di contribuire alla realizzazione dei fini dell'associazione a delinquere”⁶³, ossia con il dolo di concorso, il dolo specifico. Una conferma indiretta dello spazio esistente nell'ordinamento penale vigente per il concorso esterno deriverebbe anche da quanto riportato dai giudici di legittimità chiamati a pronunciarsi su un ricorso per cassazione avverso un'ordinanza di custodia cautelare richiesta nell'ambito dell'inchiesta che riguardava l'imprenditore Graci e i controversi rapporti tra la mafia catanese e l'imprenditoria locale. Si legge nella sentenza che per l'integrazione della partecipazione di cui all'art. 416 bis c.p. non è sufficiente un qualsiasi apporto o contributo causale alle attività dell'associazione, ma occorre una chiara condotta di partecipazione, di inserimento in un'organizzazione e sul punto la Corte afferma che “non occorrono atti formali o prove particolari dell'ingresso nell'associazione[...] che può avvenire nei modi più diversi [...], ma occorre che un ingresso ci sia stato”⁶⁴: non meri rapporti o semplici scambi, ma serve comunque un ingresso ufficiale, con l'assunzione di un ruolo nella struttura organizzativa dell'associazione. Insomma la giurisprudenza, anche per via indiretta, comincia a disegnare una fattispecie di concorso esterno basata su due elementi: un elemento negativo, il soggetto non deve essere inserito nell'organizzazione mafiosa, e un elemento positivo, il soggetto deve realizzare un apporto, che sia episodico e isolato, oppure continuativo secondo altre pronunce, che sia idoneo (così riportano espressamente

⁶³ Cass. Pen., 13 giugno 1987, *Altivalle*, in Cass. Pen., 1988, p. 1812 ss.

⁶⁴ Cass. Pen., 1 settembre 1994, *Graci*, cit., p. 542 ss.

alcune sentenze, ma altre se ne discostano) al rafforzamento o al consolidamento del sodalizio mafioso. Come si può notare, già il tentare una bozza della condotta di concorso esterno fa scorgere una serie di incertezze, non risolte dalla dottrina e anzi fomentate da una copiosa giurisprudenza, su numerosi punti interrogativi, ai quali una risposta certa forse non è ancora possibile individuare. In poche parole, anche ad ammettere la configurabilità del concorso esterno i problemi non sono finiti, anzi si potrebbe sarcasticamente affermare che essi sono appena iniziati. Fra i tanti, se la condotta del concorrente debba essere episodica o sistematica, se il dolo del concorrente debba essere generico oppure assumere connotati differenti e più simili alla volontà del partecipe, quando il contributo può essere considerato “significativo”, se il contributo necessario per integrare l’elemento oggettivo deve essere valutato *ex ante* in termini di idoneità oppure *ex post* in termini di efficienza causale. A questi numerosi interrogativi, si ritiene doveroso, anche ai fini della ricerca che qui si intende svolgere, riportare una curiosa sentenza pronunciata dalla sezione feriale della Suprema Corte, il cui caso in oggetto riguarda ancora i delicati rapporti mafia – imprenditoria locale in alcuni contesti ad alta densità criminale⁶⁵. Qui i giudici, ammettendo la configurabilità del concorso esterno, mettono in guardia se stessi e forse i loro colleghi sul pericolo che un’estensione incontrollata dell’istituto può arrecare alla tenuta del principio di legalità della legge penale, *sub specie* di tassatività. Il concorso esterno “è, in astratto, ammissibile rispetto a qualsiasi fattispecie criminosa, non offrendo l’ordinamento penale vigente alcuno spunto che autorizzi l’interprete a operare distinzioni in materia” ma nel reato di cui all’art. 416 *bis* c.p., ed è qui che i giudici inseriscono l’avvertimento che sa di presagio a una deriva giurisprudenziale, data la concezione monistica accolta dal legislatore agli artt. 110 ss. c.p., non è “consentito al giudice di creare, in dispregio del fondamentale principio consacrato nel primo articolo del codice penale, nuove figure di reato” ma “occorre, sotto il profilo materiale, che il concorrente eventuale abbia posto in essere una condotta obiettivamente dimostrativa quanto meno della sua disponibilità a partecipare all’associazione e coerente con le peculiari finalità della

⁶⁵ Cass. Pen., 23 agosto 1994, *Amato*, cit., p. 2678 ss. con riguardo al caso di un titolare di un’impresa di calcestruzzo imputato di aver stretto rapporti di attiva connivenza e di piena condivisione dei fini delinquenziali con la nuova camorra organizzata.

medesima; e sotto il profilo morale, che egli abbia agito con la coscienza e volontà di far parte del sodalizio (dolo generico) e allo scopo di realizzare il particolare programma delinquenziale (dolo specifico), laddove i motivi personali sono del tutto irrilevanti”. Un avvertimento inascoltato alla luce dell’evoluzione del concorso esterno in associazione mafiosa.

In conclusione, prima di giungere alla prima elaborazione delle Sezioni Unite, sono doverose due considerazioni. Da un lato, sarebbe opportuno chiedersi, a fronte di una matassa di opposte e controverse decisioni giudiziali⁶⁶, se un cittadino, prima delle SS.UU. *Demitry*, potesse essere in grado di orientare le proprie condotte e prevederne le conseguenze, sia se rispondesse al nome di uomo avveduto e interno agli ambienti di contrasto alla criminalità mafiosa come Bruno Contrada, sia se rispondesse al nome di un generico *quisque de populo* Mario Rossi. Dall’altro verrebbe da chiedersi se le preoccupazioni espresse dalla Cassazione suddetta si siano rivelate fondate nel tempo: ammesso che esso sia configurabile, come sembra fosse orientata la giurisprudenza, il concorso esterno in associazione mafiosa è un esempio di corretta applicazione delle norme sul concorso di persone nel reato, come richiesto in *Amato*, oppure nasconde un esempio di diritto penale giurisprudenziale, in spregio al principio dei principi del diritto penale, il principio di legalità dei delitti e delle pene?

4. Il primo intervento delle Sezioni Unite: il *dictum Demitry*

Il persistente alternarsi di pronunce a favore e contro l’ammissibilità del concorso esterno in associazione di stampo mafioso, l’acceso dibattito in dottrina, i cui caratteri saranno analizzati nel capitolo successivo, ma soprattutto l’esposizione mediatica dell’istituto, come osserva anche con un non celato accenno polemico Giovanni Fiandaca⁶⁷, rendono inevitabile il primo intervento delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione⁶⁸, organo deputato, ai sensi dell’art. 65 della

⁶⁶ Cass. Pen., 18 maggio 1994, *Clementi*, cit. la quale, si riporta il testo in motivazione, sostiene con chiarezza lo stato confusionale della giurisprudenza italiana sul concorso esterno con le seguenti parole: “oscillante ed incerta risulta, allo stato, la giurisprudenza di questa corte”.

⁶⁷ G. FIANDACA, *Il concorso esterno agli onori della cronaca*, cit., p. 1 ss.

⁶⁸ Cass. Pen., Sez. Un., 5 ottobre 1994, *Demitry*, cit., p. 422 ss. con nota di G. INSOLERA, *Il concorso esterno nei reati associativi: la ragion di Stato e gli inganni della dogmatica*. Il caso

legge sull'ordinamento giudiziario, ad assicurare "l'esatta osservanza della legge e l'uniforme interpretazione del diritto". Come osserva Vincenzo Maiello in un'interessante raccolta di scritti in materia⁶⁹, l'attività dei giudici di legittimità può essere considerata meritoria e apprezzabile, seppure anomala per i motivi che nel paragrafo seguente saranno evidenziati, visto e considerato il ruolo improprio scaricato sul "giudiziario" da un legislatore disattento e inerte rispetto ad una tematica così tanto accesa e controversa non solo tra i giudici e gli studiosi di diritto penale, ma anche nell'opinione pubblica. La responsabilità di un simile stato di cose sembra comunque dovere ricadere (anche) su una mancanza del Parlamento, che con eccessiva semplicità, ha scaricato sul potere giudiziario un nodo assai difficile da sbrogliare. Di seguito, dunque, si analizzeranno le scelte operate dal massimo organo di legittimità, le quali, come già rilevato, seppur apprezzabili in base ai principi di un diritto penale del fatto colpevole, scontano un'eccessiva esposizione a critiche, da ogni dove provenienti con un conseguente e inesorabile processo di erosione ad opera anche di giudici di merito e di sezioni semplici della stessa Corte di Cassazione. Da un lato una giurisprudenza che, sembra un ossimoro a dirsi, tenta di compiere un'opera di tassativizzazione della fattispecie, delineando limiti e confini della punibilità, dall'altra la stessa giurisprudenza che, non appena possibile, ignora il *dictum Demitry* e con disinvolta noncuranza giunge a risultati, talvolta anche con forme e ragionamenti sconcertanti, assai divergenti dall'orientamento consolidato delle Sezioni Unite⁷⁰. Balza immediatamente agli occhi di un attento osservatore, come qualcosa non sia al suo posto in questa vicenda, che qualcosa nei complessi meccanismi della giustizia penale sia incrinato e debba essere necessariamente corretto. Un legislatore disattento e impreciso, un giudice che si impegna a supplire le

risolto nella suddetta decisione riguardava un uomo politico campano che fu accusato di avere svolto attività di intermediazione tra un capo camorrista e un magistrato per l'aggiustamento di un processo.

⁶⁹ V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit.

⁷⁰ Alle numerose sentenze conformi all'orientamento dettato dalle SS.UU. *Demitry*, si affiancano singolari, ma gravi esempi di abbandono delle direttive del massimo organo di legittimità. Fra le diverse elencate in numerosi scritti, si segnalano in particolare: Cass. Pen., 21 settembre 2000, *Villecco*, in Cass. Pen., 2001, p. 2064 ss. con nota di F. M. IACOVIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è più previsto dalla giurisprudenza come reato*; Cass. Pen., 17 aprile 2002, *Frasca*, in *Foro It.*, 2003, p. 682 ss. con commento di V. MAIELLO, *Una judge made law italiana*, cit.

manCANze altrui ma senza gli strumenti necessari per imporre nel tempo le sue scelte delimitative: serve un correttivo, non soltanto per mantenere fede ai principi che da secoli reggono il diritto penale liberale, ma soprattutto per garantire quella sicurezza e tranquillità che già Cesare Beccaria vedeva come fine ultimo dell'origine della sovranità e del correlato *ius puniendi*.⁷¹

4.1 La tipizzazione giurisprudenziale. Rinvio

Prima di descrivere i caratteri del *decisum*, tra i punti di forza e i punti deboli che ne determinano l'erosione progressiva, un interrogativo deve essere risolto: se le Sezioni Unite abbiano correttamente applicato le norme sul concorso di persone nel reato oppure se abbiano, invece, mascherato come applicazione dell'art. 110 c.p., una vera e propria tipizzazione giurisprudenziale. Insomma il nodo da sciogliere è se abbia ragione la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nella sentenza Contrada c. Italia n. 3 del 14 aprile 2015, a parlare di concorso esterno in associazione mafiosa come di un reato di origine giurisprudenziale. Se questo assunto fosse vero, allora gli interrogativi sarebbero più di uno, toccando alcuni fra i cardini che sorreggono da due secoli e mezzo il diritto penale moderno e liberale, uno fra tutti, il c.d. *nullum crimen sine lege*. Ma è opportuno prima di tutto sbrogliare il primo nodo. Premessi i caratteri tipici e non oggetto di controversia del concorso di persone nel reato, la dottrina sostiene correttamente che l'istituto del concorso di persone prevede che un soggetto concorra nel "medesimo reato" altrui e non v'è chi non veda che il reato altrui in oggetto, l'associazione di stampo mafioso di cui all'art. 416 *bis* c.p., preveda come condotta il "far parte" dell'associazione, oppure il promuovere, dirigere o organizzare l'associazione, una condotta chiaramente attribuibile ad una persona fisica. Un'applicazione stretta delle norme sul concorso di persone richiederebbe, dunque, che il concorrente partecipi con un contributo causale – morale o materiale - alla condotta di altri con la coscienza e volontà del proprio contributo accompagnata alla consapevolezza di apportare un contributo alla condotta altrui. Ebbene se la condotta tipizzata prevede il "far parte" dell'associazione, allora

⁷¹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764. Qui citato in edizione a cura di A. Burgio, Milano, XVIII ed., 2014, p. 37 ss.

concorrere, anche con una condotta atipica e penalmente irrilevante se presa autonomamente, significa porre in essere una condotta di sostegno o concorso nel reato (di mera condotta) altrui, ossia il partecipare all'associazione.

In altre parole, l'*extraneus*, anche con una condotta atipica, partecipa all'offesa tipica. Se si applicasse correttamente l'art. 110 c.p., allora conseguirebbe, vista la condotta di cui all'art. 416 *bis* c.p., un concorso in partecipazione all'associazione e non, come rilevato dalla giurisprudenza, un concorso nell'associazione. Il termine di riferimento sarebbe la partecipazione dell'associato e non l'associazione stessa, che invece nell'economia del reato associativo rappresenta soltanto una realtà empirica che assume rilevanza giuridica come un presupposto del reato e in altri casi, come nella promozione, l'evento del reato. A ciò si aggiunga, come fa rilevare attenta dottrina⁷², un'applicazione aderente alla normativa vigente in materia di concorso di persone avrebbe richiesto una partecipazione esterna in una condotta di altri soggetti, un sostegno ad una condotta umana con un dolo di concorso e non un concorso in una realtà sociologica. Sembra evidente che più si continua a specificare gli elementi dell'istituto codicistico, maggiormente risulta lampante l'attività creativa della Cassazione. Forse la prova più eclatante dell'attività normativa della giurisprudenza risiede nella tipologia di reato tipizzato e nella diversa tecnica di tutela scelta che viene fuori dall'analisi della condotta di concorso esterno. La partecipazione all'associazione costituisce un reato di mera condotta che si realizza e si esaurisce, secondo il paradigma organizzatorio accolto dalla giurisprudenza maggioritaria, nella condotta di inserirsi nella struttura associativa e di svolgervi un compito e, nel caso di condotta concorsuale, di contribuire con un qualche contributo atipico a facilitare la partecipazione altrui, cioè l'inserimento stabile nell'organizzazione mafiosa con l'assunzione di un preciso ruolo o compito operativo all'interno di essa⁷³. L'esempio tipico riportato è il caso Tizio, estraneo all'associazione, che fa da autista al sodale, il quale altrimenti,

⁷² V. MAIELLO, *Una judge made law italiana*, cit. p. 26 ss.

⁷³ Cass. Pen., 5 novembre 1987, *Altivalle*, cit., p. 1812 ss.; Cass. Pen., 1 settembre 1994, *Graci*, cit., p. 539 ss. In entrambe le decisioni la Cassazione adotta un criterio "organizzatorio", secondo cui il partecipe è colui il quale è inserito stabilmente nell'organizzazione, sia da essa riconosciuto come socio e di ciò può essere data la prova alternativamente con atti formali o con un'adesione di qualsiasi genere ricevuta dal capo, ma "occorre che un ingresso ci sia stato".

sprovvisto di patente di guida, non potrebbe giungere al luogo ove si svolgono le riunioni dell'associazione di cui fa stabilmente parte oppure il caso del magistrato Caio, il quale assicura una sentenza di assoluzione all'amico mafioso Sempronio non per facilitare la vita dell'associazione cui appartiene, ma in forza di un'antica amicizia⁷⁴, pur consapevole dell'appartenenza dell'amico alla congrega criminosa. Come si può notare, una condotta di agevolazione della militanza altrui. Invece il concorso in associazione delineato dalle Sezioni Unite è costruito come un reato di evento, ove l'associazione stessa costituisce un mega – evento, da dimostrarsi secondo il paradigma condizionalistico della causalità, come si vedrà nel paragrafo successivo; i giudici di legittimità descrivono il concorso esterno in forme che si possono ricostruire con la formula seguente: “Commette il delitto di concorso esterno in associazione mafiosa il soggetto che, estraneo e non inserito nell'organizzazione di stampo mafioso, apporta anche un singolo contributo empiricamente apprezzabile all'organizzazione tale da contribuire al suo mantenimento in vita”. Qui, riprendendo l'esempio precedente, il magistrato Caio assicura una sentenza di assoluzione all'imputato mafioso Sempronio non in forza di un pregresso rapporto fra i due, ma nell'ambito di una più ampia attività diretta a rafforzare l'intero sodalizio criminale.

Bastano questi pochi assunti per chiarire in cosa sia consistita l'attività delle Sezioni Unite: una tipizzazione giurisprudenziale della c.d. contiguità mafiosa accompagnata a un'evidente violazione del *nullum crimen sine praevia lege scripta et stricta*. Il Supremo Consesso elabora un'ipotesi a sé stante di fattispecie incriminatrice, un nuovo statuto di tipicità, con una descrizione completa dell'elemento oggettivo e soggettivo della condotta tipica individuata, *modus operandi* anomalo se fosse stato soltanto applicato l'art. 110 c.p., ossia un'estensione della punibilità per concorso. Nessun giudice si soffermerebbe a spiegare l'elemento soggettivo e oggettivo dell'amico che fa da palo al rapinatore di una banca. A sostegno di quanto si scrive, si deve altresì menzionare la recente presa di posizione della Corte Costituzionale, la quale nella sentenza n. 48 del

⁷⁴ Per una descrizione completa dell'esclusiva ammissibilità del concorso in partecipazione all'associazione, si rinvia a B. MUSCATIELLO, *Il concorso esterno nei reati associativi*, Padova, 1995.

2015⁷⁵, dichiara l'illegittimità costituzionale del secondo periodo del co. 3 dell'art. 275 del codice di procedura penale nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 416 *bis* del codice penale, si applica la custodia in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva l'ipotesi del concorrente esterno. Il giudice delle leggi ritiene, infatti, che se è ragionevole la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere per il reato associativo perché non vi sarebbe altro modo per rompere il legame stretto e forte dell'associato con l'associazione, non lo sarebbe altrettanto nell'ipotesi del concorrente esterno ove a mancare è proprio il vincolo con il sodalizio da rescindere. Un altro argomento a sostegno della c.d. doppia tipicità: il concorso esterno non come mera estensione della tipicità concorsuale, ma come fattispecie autonoma e differente a cui applicarsi una disciplina propria.

Se non si può celare la violazione di un principio base del diritto penale, la riserva assoluta di legge nelle scelte penalistiche, non si può negare come l'intervento necessario e improcrastinabile del giudice di legittimità sia stato reso indispensabile da due fattori: l'eccessiva estensione della punibilità di condotte di contiguità alla mafia che hanno reso opportuna e improrogabile una definizione di tipicità di ciò che costituisce concorso esterno e ciò che deve considerarsi penalmente irrilevante e l'inerzia di un legislatore incapace di fornire risposte adeguate sia in chiave di difesa sociale, sia in chiave di garanzie del cittadino. In questo stato di cose si inserisce un caso esemplare di diritto penale giurisprudenziale, espressione sconosciuta e inquietante per chiunque si avvicini al diritto - o quantomeno alla *law in the books* - in Paesi che, come l'Italia, sembrano - il condizionale diventa esercizio di onestà intellettuale allo stato attuale - ancora fare parte delle cc.dd. famiglie di *civil law*.

⁷⁵ Corte Cost., 26 marzo 2015, n. 48, in *Diritto penale e processo*, 2015, p. 1008 ss. con nota di V.MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*. Trae spunto dalla pronuncia di cui sopra una decisione recentissima del Tribunale di Catania, Ufficio G.i.p. che esclude l'esistenza del concorso esterno in associazione mafiosa in applicazione ortodossa del principio della riserva assoluta di legge in materia penalistica, si veda: Trib. Catania, 16 febbraio 2016, *Ciancio*, in *giurisprudenzapenale.com*.

4.2. I caratteri e la progressiva erosione⁷⁶

Come sopra accennato, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione realizzano un caso esemplare di diritto penale giurisprudenziale⁷⁷. Il concorso esterno in associazione mafiosa come reato di origine giurisprudenziale, il cui statuto di tipicità è dettato dal massimo organo di legittimità in violazione clamorosa, solo apparentemente mascherata dall'uso del combinato disposto ex artt. 110 – 416 *bis* c.p., della riserva di legge, la quale, *in criminalibus*, sarebbe da considerare assoluta, quantomeno in una sorta di *eldorado* penalistico⁷⁸. Una violazione provocata da una mancata presa di posizione del legislatore, da una tipizzazione imprecisa della condotta di partecipazione, da una punibilità della contiguità mafiosa troppo debole rispetto alle forme di fiancheggiamento insidiose diffuse nella società italiana. Sarebbe semplicistico marchiare, *prima facie*, questa pronuncia come illegittima perché irrispettosa della separazione dei poteri dello Stato. Bisogna invece proporre una riflessione più complessa che non si limiti alla presa in visione di uno soltanto dei principi del diritto penale del fatto. Allora bisogna darsi alcune risposte: perché la violazione della riserva di legge e perché il plauso di parte della dottrina alla tipizzazione giurisprudenziale in oggetto⁷⁹.

⁷⁶ Cass. Pen., Sez. Un., 5 ottobre 1994, *Demitry*, cit., 422 ss. le quali affermano “è configurabile il concorso esterno nel reato di associazione mafiosa per quei soggetti che, sebbene non facciano parte del sodalizio criminoso, forniscano – sia pure mediante un solo intervento – un contributo all'ente delittuoso tale da consentire all'associazione di mantenersi in vita, anche limitatamente ad un determinato settore, onde poter perseguire i propri scopi”.

⁷⁷ Dello stesso avviso, M. RONCO, *L'art. 416 bis nella sua origine e nella sua portata applicativa*, cit., p. 87 ss.; V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit.

⁷⁸ Diffusa ormai la consapevolezza del carattere creativo della giurisprudenza, la quale non si limita ad applicare la legge, ma compie un ragionamento complesso difficilmente sintetizzabile nel famoso sillogismo giudiziario di Beccaria: la funzione del giudice, oggi, è “fare discorsi sul diritto”, stante l'incalcolabile varietà dei casi concreti mai sussumibili meccanicamente in norme astratte senza un ragionamento che passi dal caso concreto alla regola passando per fattispecie più concrete, le cc.dd. sottofattispecie. Sullo scarto tra legalità *in the books* e legalità *in action*, A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 39 – 156.

⁷⁹ Espone con chiarezza l'ideologia che è alla base del formante giurisprudenziale del concorso esterno P. MOROSINI, *Il “concorso esterno” oltre le aule di giustizia*, in *penalecontemporaneo.it*, Rivista trimestrale 1/2012, p. 261. A margine della requisitoria del P.G. Iacoviello nel processo Dell'Utri, Morosini afferma che non esistono motivi per diffidare del concorso esterno, sia perché “esistono importanti pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione” che ne “riconoscono la piena legittimità”, sia perché “sono pendenti decine e decine di processi che si fondano sulla contestazione ricavabile dagli artt. 110 – 416 *bis* c.p., su tutto il territorio nazionale” e perché “ancora oggi, sulla base di quella imputazione non pochi indagati sono sottoposti alla misura della custodia in carcere”. Aggiunge a queste motivazioni “tecniche”, un'ulteriore di natura ideologica, spiccatamente di politica criminale. Secondo Morosini è proprio grazie al concorso esterno e all'investimento di fior di risorse investigative, che molte procure hanno potuto, finalmente,

Il primo punto, la violazione del *nullum crimen sine lege scripta*, può essere riempita con riferimento alle obiezioni all'ammissibilità del concorso esterno sollevate da una dottrina sensibile ai principi costituzionali. Il riferimento è alla violazione del principio di legalità, *sub specie* tassatività – divieto di analogia *in malam partem*. Il legislatore ha elevato ad apposite fattispecie di reato alcune condotte di fiancheggiamento, come ad es. l'assistenza agli associati oppure lo scambio elettorale politico – mafioso, e non altre⁸⁰. Sembra allora evidente che, in ragione della frammentarietà ed *extrema ratio* del diritto penale, ciò che non è previsto dalla legge come reato, non è altrimenti oggetto di attenzione da parte dei giudici penali. In poche parole, rispolverando un antico brocardo latino, *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Altri, inoltre, ritengono che il concorso esterno così delineato implichi un'ulteriore violazione della legalità, *sub specie* determinatezza nelle linee dettate dalla Corte Cost. nella sentenza 8 giugno 1981, n. 96. Ricorre tale violazione perché nell'impossibilità di dare un contenuto oggettivo, coerente e razionale, si apre a una conseguente arbitrarietà nella sua applicazione, in quanto riferibile ad un non precisato contributo causalmente rilevante al rafforzamento di un'associazione mafiosa⁸¹, con inevitabili ripercussioni sul diritto di difesa dell'imputato in giudizio, come evidenzia in alcuni passi anche il Procuratore Generale Iacoviello nell'ambito della requisitoria nel processo Dell'Utri. Si potrebbe proseguire con i dubbi di costituzionalità che investono l'intera problematica in oggetto, a dimostrazione di quanto sia stata e sia tutt'oggi torbida

esercitare un controllo di legalità più incisivo anche sul versante antimafia". In questo modo "la magistratura, con il concorso esterno, ha dimostrato di non volersi fermare sulla soglia del potere". Su altro tipo di ragioni si basa il plauso di V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit.

⁸⁰ Interessante sul punto il confronto in dottrina, stimolato da una richiesta di rinvio a giudizio formulata dalla Procura di Catanzaro a carico di due noti parlamentari: C. F. GROSSO, *Una configurazione possibile*, in *Foro It.*, 1996, V, p. 121 ss.; G. FIANDACA, *Un'espansione incontrollata del concorso criminoso*, in *Foro It.*, V, p. 127 ss.. Secondo quest'ultimo, infatti, la tipizzazione legislativa dello scambio elettorale politico – mafioso indica in primo luogo che precedentemente simili condotte non sarebbero state punibili, altrimenti la tipizzazione dell'art. 416 *ter* c.p. sarebbe inutile, in secondo luogo che il legislatore ha tipizzato solo e soltanto quella condotta e di conseguenza le altre non sono punibili, pena la violazione del principio di stretta legalità.

⁸¹ M. RONCO, *L'art. 416 bis nella sua origine e nella sua portata applicativa*, cit., p. 90.

la situazione in cui ha avuto origine e si evoluta la vicenda “giurisprudenziale” del concorso esterno⁸².

Il secondo punto, se da un lato evidenzia un’ulteriore violazione della legalità formale, cioè l’errata applicazione dell’art. 110 c.p., comunque rappresenta un meccanismo utile ai giudici di legittimità per recuperare apprezzamento sul terreno dei principi che caratterizzano il diritto penale del fatto. Il riferimento è al nuovo statuto di tipicità elaborato dalle SS. UU., in palese violazione delle norme sul concorso di persone, la cui corretta applicazione avrebbe determinato un concorso in partecipazione all’associazione e non, come invece previsto, un concorso esterno nell’associazione, come brevemente accennato nel paragrafo precedente, un reato di mera condotta e non di evento. Qui i giudici recuperano affidabilità con la creazione di una fattispecie maggiormente conforme alla materialità, all’offensività, alla ragionevolezza e proporzionalità del trattamento sanzionatorio. Il concorso esterno in associazione mafiosa è un reato di evento, sostiene la Corte e si concreta nell’attività di “colui che non vuole fare parte dell’associazione e che l’associazione non chiama a far parte” - a differenza del partecipe, ossia di “colui che entra nell’associazione e ne diventa parte” , chiaro qui il riferimento al paradigma organizzatorio, già anticipato, fra gli altri, da *Graci* e *Altivalle* – “ma al quale [l’associazione] si rivolge ... nel momento in cui la fisiologia dell’associazione entra in fibrillazione, attraverso una fase patologica, che per essere superata, esige un contributo temporaneo, limitato di un esterno”. Il concorrente esterno, in breve, è colui che agisce nella patologia, apporta un contributo concreto, occasionale e isolato, causalmente efficace al mantenimento in vita dell’associazione o anche, come suggerito dalla dottrina, di un determinato settore di essa o di una singola famiglia. Un reato di evento con un nesso causale e un contributo effettivo che consegna alla fattispecie creata una pregnanza di materialità e offensività altrimenti mancante nell’ipotetico (ma normativamente corretto) concorso in partecipazione all’associazione, suggerito da Muscatiello, ove l’area della punibilità sarebbe allargata anche a comportamenti dotati di un disvalore assai inferiore, quasi impercettibile. Si pensi, per avere contezza di quanto si sostiene, al caso di scuola dell’autista che accompagna il boss alle

⁸² Sulle varie obiezioni di costituzionalità avanzate nei riguardi del concorso esterno in associazione di tipo mafioso, si rinvia al Capitolo II.

riunioni della cosca o al superiore di leva che concede permessi al militare per consentirgli di esercitare la sua attività all'interno di un'associazione dedita allo spaccio di stupefacenti. Si commette, invece, concorso esterno soltanto se si apporta un contributo effettivo e tangibile tale da, provato il nesso causale, mantenere in vita l'associazione in un momento di crisi. Si tipizza una fattispecie seguendo le direttrici del contributo causalmente rilevante e della teoria della fibrillazione, elementi, secondo alcuni, che sarebbero strettamente collegati nel senso dell'assolvimento di una spiccata frammentarietà del dettato "normativo"⁸³. Anche con riguardo al medesimo trattamento sanzionatorio per il partecipe e per il concorrente, la scelta compiuta dai giudici di legittimità sembra più idonea per evitare frizioni eccessive con il principio di uguaglianza – ragionevolezza. Se probabilmente una tensione con essa, seppure minima, permanga, considerato il diverso disvalore tra chi da dentro occupa un ruolo e agisce nella quotidianità del sodalizio, rimanendo sempre a disposizione per l'attività criminale, e chi vi apporti un singolo contributo in momenti patologici⁸⁴, è altrettanto evidente come l'opzione prescelta – concorso in associazione con riferimento al contributo causale al mega evento associativo – rispetto a quella scartata – concorso in partecipazione – sia maggiormente rispondente alla ragionevolezza, in quanto non v'è chi non veda come il disvalore della condotta del politico che assicuri in cambio di appoggio elettorale un'impunità processuale ai membri della cosca per consentire all'associazione di rimanere in vita sia maggiore di quella del povero autista che accompagna l'amico sodale, sprovvisto di patente, in virtù di una storica amicizia, alle riunioni del sodalizio in una località di campagna. Se l'elemento oggettivo corrisponde al contributo causalmente rilevante ai fini del mantenimento in vita dell'associazione, per quanto attiene all'elemento volitivo, i giudici di legittimità precisano che "non è affatto richiesto che, in questo reato, il

⁸³ G. INSOLERA, *Ancora sul problema del concorso esterno nei delitti associativi*, cit., p. 638.

⁸⁴ A. MANNA, *L'ammissibilità di un c.d. concorso*, cit.; contra G. PACI, *Osservazioni sull'ammissibilità del concorso eventuale nel reato di associazione a delinquere di tipo mafioso*, in *Cass. Pen.*, 1995, p. 542 ss. il quale sostiene che pur trattandosi di considerazioni senz'altro condivisibili, non possono essere accolte in quanto coinvolgono l'intero istituto del concorso di persone nel reato, così come accolto nel codice Rocco e "la medesima censura di incostituzionalità può essere riproposta con riferimento al concorso di persone in qualunque altro reato, tutte le volte che il disvalore sostanziale del contributo atipico arrecato da un soggetto si profila inferiore rispetto a quello dei correi". Paci sostiene, infine, che l'obiezione sollevata da Manna, può essere mitigata con il ricorso agli artt. 114 – 133 c.p.

concorrente eventuale abbia la volontà di far parte dell'associazione e la volontà di realizzare i fini propri dell'associazione" ma "ciò non vuol dire che il concorrente eventuale non voglia il suo contributo e non si renda conto che questo contributo gli viene chiesto per agevolare l'associazione [...] egli può disinteressarsi della strategia complessiva e degli obiettivi che la stessa si propone di conseguire". Si può, dunque, concorrere con un dolo generico in un reato a dolo specifico, purchè almeno uno dei concorrenti sia portatore del dolo richiesto dalla norma⁸⁵, in adesione alla teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale.⁸⁶

In definitiva il concorso esterno in associazione mafiosa secondo *Demitry* si caratterizza per i seguenti elementi: 1) occasionalità del contributo 2) funzionalità di esso all'organizzazione 3) esistenza nesso causale tra contributo e vantaggio associativo, anche di un determinato settore 4) consapevolezza del concorrente di contribuire con la sua condotta all'organizzazione criminale e alla sua strategia complessiva (dolo generico in reato a dolo specifico) e ultimo, ma fondamentale nell'economia della pronuncia 5) l'estraneità all'organizzazione criminale.

Questi gli elementi che denotano, secondo il giudice – legislatore, la condotta tipica dell'*extraneus* con un'attenzione ai canoni del diritto penale, troppo spesso mancanti a un legislatore, la cui attività normativa è carente rispetto ai caratteri che da secoli connotano la materia: la frammentarietà, l'*extrema ratio*, la sussidiarietà e la proporzione, termini che ormai vengono sistematicamente trascurati dal legittimo centro di produzione delle leggi.

Apprezzabile o non apprezzabile che sia⁸⁷, l'attività normativa dei giudici non può perdurare a lungo in un ordinamento che difetta di quegli accorgimenti tipici dei sistemi che lasciano maggiore spazio all'attività creativa del giudice. La mancanza di un abito mentale dedito al rispetto delle decisioni delle corti

⁸⁵ F. MANTOVANI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015; sulla stessa linea interpretativa anche parte della dottrina negazionista, G. INSOLERA, voce "Concorso di persone nel reato", in *Dig. Disc. Pen.*, II, Torino, 1988, p. 476.

⁸⁶ C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, I, Palermo, 1952, come citato in G. INSOLERA, voce "Concorso di persone nel reato", cit.

⁸⁷ Abbondanti critiche da parte della dottrina coinvolgono l'elaborazione della sentenza *Demitry*, si veda, fra gli altri, F. M. IACOVIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è più previsto dalla giurisprudenza come reato*, cit., p. 2080, sulla critica al dolo generico, qui definito, come una sorta di "non dolo", o di "dolo di un altro reato, non del medesimo reato in cui si dovrebbe concorrere"; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., p. 183, sulla critica al requisito della occasionalità del contributo e della teoria della fibrillazione che limita eccessivamente un *modus agendi* dell'associazione di tipo mafioso come infra-Stato, non come anti-Stato.

superiori, la mancanza di una qualche vincolatività normativa al precedente quantomeno delle Sezioni Unite della Cassazione, determina un fenomeno che può considerarsi fisiologico in qualsiasi ordinamento di *civil law*.

L'erosione di *Demitry* diventa inevitabile e ne sono la riprova la pioggia di critiche feroci che, pervenute anche da coloro che erano favorevoli all'ammissibilità dell'istituto, colpiscono alcuni fra i suoi elementi maggiormente messi in evidenza: lo stato di fibrillazione e il paradigma causale, elementi che strozzano l'attività punitiva dei giudici e rendono difficoltosa la prova del nesso causale. Nonostante un primo consolidamento della giurisprudenza sull'orientamento delineato dalle SS.UU., due casi possono essere utilizzati come esempi della progressiva erosione delle garanzie contenute nella prima pronuncia a Sezioni Unite e che saranno dimostrazione di come la legalità penalistica si trovi in una grave e torbida situazione, tra crisi della rappresentanza parlamentare e della tecnica legislativa e mancanza di meccanismi che diano stabilità ai precedenti giudiziari che tentano, invano, di risolvere i problemi dovuti alla latitanza del legislatore.

Il primo arresto giurisprudenziale interviene in un caso di collusione politico – mafiosa⁸⁸. La questione riguardava l'ipotesi del patto stipulato tra un politico, candidato in una consultazione elettorale e una cosca, in forza del quale il primo si impegna, in caso di esito positivo della competizione, a rendere alla seconda vari favori come corrispettivo dell'attività di procacciamento dei voti. Qui i giudici di legittimità, con noncuranza dell'orientamento consolidatosi in materia e addirittura confermando esplicitamente la sua validità, sostengono che il concorso esterno si realizza anche “nel compimento di attività concordate, anche quando consistano nella semplice promessa di favori connessi alla carica o all'ufficio”, ossia senza far alcun riferimento alla necessaria esistenza di un minimo contributo causalmente rilevante al mantenimento in vita dell'associazione. Il ragionamento seguito dalla Corte assume contorni ancora più contorti quando afferma che l'art. 416 bis co. 3 c.p. prevede una nuova fattispecie incriminatrice nella finalità, individuata con l. 356/1992, dell'impedire od “ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare a sé o ad altri voti in occasione di consultazioni elettorali” e

⁸⁸ Cass. Pen., 17 aprile 2002, *Frasca*, cit., p. 682 ss.

che quest'ultima, a differenza delle altre finalità per le quali si conferma il *dictum Demitry*, abbisogna anche del semplice scambio di promesse per integrare le fattispecie di reato della partecipazione, se il politico è inserito organicamente nell'associazione e del concorso esterno in tutti gli altri casi. Una distinzione da considerarsi arbitraria, non rinvenibile in alcun riferimento normativo o nella logica dell'intervento legislativo.

Insomma si arretra inspiegabilmente la soglia di punibilità al solo patto, con sacrificio dei risultati faticosamente raggiunti da *Demitry*, in termini di offensività e materialità della condotta, senza, in aggiunta, motivare perché non siano stati accolti i motivi che militano contro un'applicazione dell'art. 416 *bis* c.p. considerata la tipizzazione legislativa di un'apposita fattispecie incriminatrice che punisce gli scambi elettorali politico – mafiosi, l'art. 416 *ter* c.p. con riferimento al rispetto del principio di legalità. È chiaro, infatti, come l'esistenza di un'apposita fattispecie escluda che si puniscano condotte simili non in essa ricomprese, in ossequio alla frammentarietà e tassatività che permea di sé il diritto penale. Se il legislatore ha voluto punire le condotte di scambio elettorale basate sul binomio voti – denaro, tutto il resto deve rimanere fuori dallo spettro di rilevanza penalistica⁸⁹. Ancora una volta giova riportare l'antico brocardo latino, *ubi lex voluit dicuit, ubi noluit tacuit*.

Sembra evidente che il giudice abbia compiuto due errori: da un lato l'abbandono colpevole delle garanzie raggiunte dalle Sezioni Unite *Demitry*, con un arretramento eccessivo della punibilità, e dall'altro un'altra violazione della legalità con riferimento ai rapporti tra concorso esterno in associazione mafiosa e scambio elettorale politico – mafioso, con estrema chiarezza riportati da diversi studiosi⁹⁰.

⁸⁹ I lavori parlamentari che hanno preceduto la redazione dell'art. 416 *ter* c.p. evidenziano che la scelta di limitare la rilevanza penale della fattispecie al solo scambio denaro – voti è frutto di una chiara e esplicita volontà del legislatore nel tentativo di evitare un'eccessiva incriminazione di comportamenti assai diffusi soprattutto nel Mezzogiorno d'Italia, con riferimento ai favori e alla raccomandazioni spesso utilizzate da politici locali in cambio di appoggio elettorale.

⁹⁰ G. FIANDACA, *Un'espansione incontrollata del concorso esterno*, cit.; contra C. F. GROSSO, *Una configurazione possibile*, cit. La discussione dottrinale riportata sulle colonne del Foro Italiano fa riferimento ad un caso, simile in diritto, che riguardava la configurabilità di un concorso esterno in associazione mafiosa sulla base di un mero accordo tra due noti parlamentari e una cosca calabrese. Sul punto anche G. DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, in *RIDPP*, 1994, p. 1293 ss.

Ma il caso più clamoroso in cui la giurisprudenza si allontana da *Demitry* si rinviene in data 21 settembre 2000⁹¹: la Sezione VI della Suprema Corte di Cassazione vi apporta un colpo “mortale” con una serie di critiche che erodono ogni singolo aspetto su cui era basata la costruzione della fattispecie giurisprudenziale. La sentenza *Villecco*, dopo aver analizzato e riportato brevemente l’evoluzione del dibattito giurisprudenziale in materia con riferimenti ai casi già qui analizzati nei paragrafi precedenti, si snoda attraverso un ventaglio di critiche a ogni singolo assunto delle Sezioni Unite *Demitry*, con riferimento al dolo del concorrente, che “si esaurisce in un dolo di agevolazione” alla condotta tipica, al rapporto con e l’art. 418 c.p. e con l’aggravante di cui all’art. 7 l. 203/1991, i cui rilievi espressi in *Demitry* sono “poco designanti” o inesatti, per giungere alla conclusione che “tutto sembrerebbe condurre alla non configurabilità del concorso esterno, sia morale sia materiale”. Illuminanti per spiegare quest’arresto giurisprudenziale sono le espressioni utilizzate in una nota a sentenza da Francesco Mauro Iacoviello, il quale, con parole precise, scrive: “la sentenza fa balenare un contrasto irriducibile, ma repentinamente lo smorza...le idee sono fatte guizzare, ma non sono sviluppate. Il discorso è sincopato, volutamente allusivo”. Tira il sasso e nasconde la mano, quasi a volere comunque prestare ossequio alle Sezioni Unite, ma nel frattempo ne scredita le tesi con le sue critiche e prepara il terreno “per quella che dovrebbe essere la resa dei conti del concorso esterno”. Se la descrizione del *modus agendi* dei giudici di legittimità compiuta da Iacoviello sembra essere perfetta, non altrettanto sono le conclusioni a cui egli giunge. Il concorso esterno non termina la sua parabola esistenziale come lo stesso lascia presagire, ma trova nuovo riconoscimento con la successiva sentenza a Sezioni Unite *Carnevale*⁹², pur amputato dei suoi aspetti più criticati in dottrina e giurisprudenza: la teoria della c.d. fibrillazione, “nulla più che un asserto teorico”⁹³; l’ammissibilità del dolo generico, cioè dell’ammissibilità di un sostanziale disinteresse del concorrente per gli scopi

⁹¹ Cass. Pen., 21 settembre 2000, *Villecco*, cit., p. 2064 ss. con nota di F. M. IACOVIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è più previsto dalla giurisprudenza come reato*.

⁹² Cass. Pen., Sez. Un., 30 ottobre 2002, *Carnevale*, cit., p. 60 ss. con nota di G. LEO, *Un altro passo in avanti delle Sezioni Unite verso la definizione dell’istituto*.

⁹³ M. RONCO, *L’art. 416 bis nella sua origine e nella sua portata applicativa*, cit. p. 93.

associativi; la *probatio diabolica* del contributo causalmente rilevante, sostituito con il frequente richiamo a una causalità debole, intesa come idoneità *ex ante*. Da quest'analisi emerge un dato certo: la soluzione all'inerzia del legislatore sembra essere peggiore del male che si voleva curare. Da un lato "si palesa l'insostenibilità di una funzione creatrice delle *regulae iuris* penalistiche, esercitata da un potere a struttura diffusa del tipo di quella che connota la giurisprudenza italiana"⁹⁴ e dall'altro che la pericolosità di una struttura "a raggiera e non vincolante" di produzione giuridica determini un'eccessiva libertà nelle scelte con una conseguente imprevedibilità della decisione giudiziaria, a danno della stabilità, carattere indefettibile di qualsiasi regola giuridica. Tutto, infatti, fa trasparire un senso di precarietà e incertezza alle decisioni giurisprudenziali, anche se provenienti dal massimo organo di legittimità, con un conseguente senso di disorientamento per il cittadino che vorrebbe poter organizzare la sua vita e che, invece, si trova catapultato in un gioco più simile a una lotteria che a qualcosa che possa lontanamente definirsi giustizia.

5. Il secondo inevitabile intervento: le SS.UU. Carnevale

Come già anticipato da Iacoviello in una nota a sentenza⁹⁵, era da attendersi una decisione che avrebbe apportato duri colpi al *dictum* Demitry ed è arrivata puntuale, il *decisum* Villecco. Altrettanto puntuale e inevitabile a quel punto un nuovo intervento delle Sezioni Unite, chiamate a risolvere le questioni giuridiche, sollevate da un'attenta dottrina e dalla giurisprudenza, avverso alcuni fra i punti più incerti emersi dall'orientamento assunto quasi dieci anni addietro. Prima di rilevare gli aspetti più controversi del nuovo intervento del massimo organo di legittimità, occorre stendere alcune considerazioni generali sul caso sottoposto a giudizio: il c.d. aggiustamento dei processi da parte di magistrati compiacenti all'organizzazione mafiosa. Si tratta di un'ipotesi che, a prescindere dal caso oggetto della sentenza che qui si indica, rappresenta un "caso tipologico" su cui

⁹⁴ V. MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra crisi del principio di legalità e diritto penale del fatto*, in *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, a cura di V. Patalano, Torino, 2003, p. 269 ss.

⁹⁵ F. M. IACOVIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è più previsto dalla giurisprudenza come reato*, cit. p. 2073.

debbono compiersi riflessioni più ampie che riguardano, non solo il fenomeno della contiguità mafiosa, ma anche la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione e la cultura della vincolatività al precedente giudiziario⁹⁶. Il procedere per casi tipologici o cc.dd. sottofattispecie rappresenta un agevole modo di ragionare del giudice più in linea con una cultura del precedente giudiziale, perché consente di creare una via di mezzo tra norme legislative, eccessivamente astratte per adattarsi a ogni singolo caso concreto che emerge dalla realtà, e norme concrete, le quali proprio perché create sulla base di un singolo e irripetibile fatto storico non avrebbero alcuna portata applicativa per casi futuri se non in limitatissimi casi. Frequente è l'esempio di scuola, in base al quale se il precedente, vincolante o persuasivo che sia, fosse basato su una norma concreta, da esso non si otterrebbe alcun beneficio in termini di ripetibilità del precedente nel tempo. Così anche a volere immaginare una medesima fattispecie legale, es. un contratto di compravendita, una medesima situazione di fatto, es. la compravendita di un cavallo con una malformazione, potrebbe obiettarsi che il caso oggetto della norma concreta abbia come riferimento la malformazione a un tacco e non come nel caso *sub iudice* la coda. Non sarebbe applicabile e non avrebbe alcuna portata esplicativa⁹⁷. Da questo semplice esempio, si evince l'utilità invece di una fattispecie che si ponga come tramite tra singole norme del caso concreto e norme legislative – astratte, ossia i cc.dd. casi tipologici, “vale a dire ipotesi paradigmatiche ricostruite sulla base di elementi specifici comuni ma suscettibili di generalizzazione, in quanto idonei ad abbracciare tutti i casi singoli che posseggono le medesime proprietà”⁹⁸. Questo modo di ragionare per casi tipologici assume dunque la forma di *rationes decidendi* da estrarre dalle pronunce del massimo organo di legittimità per orientare i giudici successivi nella risoluzione di casi simili, ma anche per consentire ai cittadini di prevedere, se non con assoluta certezza, ma con una buona dose di probabilità come il caso simile potrà essere risolto. Si può affermare, in sostanza, che la Cassazione assuma un

⁹⁶ Ampi riferimenti sulla tematica si rinvencono in A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit.; G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale*, cit. p. 256 ss.

⁹⁷ A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 91 – 92 a proposito del grado di astrazione della *ratio decidendi* come strettamente collegata alla possibilità del giudice di rintracciare precedenti giudiziari utilizzabili nel caso concreto.

⁹⁸ La definizione si deve attribuire a G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 256.

modus agendi apprezzabile, esplicativo della consapevolezza del ruolo rivestito, ossia orientare la giurisprudenza su tutto il territorio italiano per garantirne un'applicazione prevedibile ed uniforme nel tempo e nello spazio. Il giudice compie due operazioni: dal caso concreto alla sottofattispecie e da questa alla norma generale.

Mettendo da parte la tecnica argomentativa utilizzata dai giudici di legittimità nel caso *de quo*, preme ora giungere all'esposizione del ragionamento svolto dalle SS.UU. Carnevale⁹⁹, chiamate a pronunciarsi sull'accusa più infamante per un giudice in uno Stato di diritto, ossia quella rivolta al Presidente della Sezione I della Corte di Cassazione, Corrado Carnevale, di essersi attivato per annullare decisioni sfavorevoli a carico di esponenti di organizzazioni mafiose. Il *dictum* tende a ripercorrere gli assunti già accolti da *Demitry*¹⁰⁰, perché alla base conferma la configurabilità del concorso esterno e, con l'intento di confutare alcune obiezioni mosse dalla dottrina e spesso dalla giurisprudenza *Villecco*, riprende argomentazioni già svolte per spiegarle con maggiore precisione, anche se in alcuni elementi assume decisioni in discontinuità con l'orientamento prima consolidatosi e in accoglimento di alcune fra le più forti critiche che le sono state avanzate. In breve i giudici di legittimità - questo il ragionamento svolto - ritengono che giacché il reato di cui all'art. 416 *bis* c.p. è un tipico reato plurisoggettivo e a concorso necessario, la cui condotta partecipativa richiede il convergere della volontà e dell'agire di più persone, con riferimento ai reati associativi, il partecipe è colui che vuole aderire, vuole divenire socio ed è accettato come tale dall'associazione. Non può escludersi allora la rilevanza penale delle condotte di chi apporti un contributo rilevante sul piano causale e psicologico pur non essendo accolto o riconosciuto come interno all'organizzazione. All'uopo, l'art. 110 c.p. è una norma generale e come tale va applicata a qualsiasi fattispecie, compresi i reati associativi, i quali sebbene postulino maggiori difficoltà, non implicano per ciò solo l'indistinguibilità delle

⁹⁹ Cass. Pen., Sez. Un., 30 ottobre 2002, *Carnevale*, cit.

¹⁰⁰ C. F. GROSSO, *Il concorso esterno nel reato associativo: un'evoluzione nel segno della continuità*, in *Legislazione penale*, 2003, p. 688; G. FIANDACA, *La tormentosa vicenda giurisprudenziale del concorso esterno*, *ibidem*, p. 694; M. PAPA, *Un "baco nel sistema"? Il concorso esterno nell'associazione mafiosa di nuovo al vaglio delle sezioni unite tra prospettive di quarantena e terapie palliative*, *ibidem*, p. 703.

condotte del partecipe e del concorrente, come diversamente sostengono i cc.dd. negazionisti del concorso esterno, né può dirsi in aggiunta che il concorso esterno non sarebbe configurabile perché l'indeterminatezza del concorso eventuale congiunta a quella dei reati associativi, determinerebbe una violazione della determinatezza e tassatività, in quanto, proseguono le SS.UU., "il principio è rispettato, quando la fattispecie raggiunga il grado di determinatezza necessario e sufficiente a consentire di individuare, ad interpretazione compiuta, il tipo di fatto dalla norma disciplinato" e la condotta di partecipazione appare possedere questi caratteri, anche con riferimento all'innesto dell'art. 110 c.p. che incrimina una condotta, per definizione, atipica e "non è possibile pretendere di tipizzare solo per il concorso esterno ciò che per definizione non è tipizzabile in nessun altro caso di concorso". In particolare, questo è un punto su cui si sofferma la Corte, considerata da sempre l'obiezione principale al concorso esterno, le condotte sono distinguibili perché da un lato si pone il partecipe, ossia colui il quale fa parte dell'associazione, vi ha aderito, ha assunto un ruolo materiale all'interno della struttura criminosa "funzionalmente orientato all'attività dell'organizzazione criminosa"; dall'altro "non può non affermarsi, da un punto di vista logico" la distinzione della condotta di "chi, pur non entrando a farne parte, apporta dall'esterno un contributo rilevante alla sua conservazione e al suo rafforzamento". In sostanza sembra si aderisca al *dictum* Demitry, con qualche specificazione aggiuntiva, dettata anche dalla volontà dei giudici di legittimità di confutare le diverse obiezioni in merito all'indistinguibilità delle condotte sul piano oggettivo¹⁰¹. "Nulla di nuovo sotto il sole", forse, con riguardo alla caratterizzazione della condotta dal lato oggettivo, ma non può affermarsi la medesima espressione con riguardo all'elemento soggettivo del concorso esterno: qui la Corte sembra accogliere le obiezioni, in particolare sopraggiunte da *Villecco*, perché si rende conto di come sia esangue il dolo disegnato dalle SS.UU. Demitry, le quali avevano affermato che, giova qui riportarlo, "non è affatto richiesto che, in questo reato, il concorrente eventuale abbia la volontà di far parte

¹⁰¹ Tutto il ragionamento svolto dalle Sezioni Unite Carnevale sembra mantenere sullo sfondo il fantasma della decisione della Sezione VI della Cassazione, *Villecco*, sia quando confuta alcune obiezioni ivi esposte, sia quanto ritiene di modificare alcuni punti elaborati nelle precedenti Sezioni Unite Demitry.

dell'associazione e la volontà di realizzare i fini propri dell'associazione" ma "ciò non vuol dire che il concorrente eventuale non voglia il suo contributo e non si renda conto che questo contributo gli viene chiesto per agevolare l'associazione [...] egli può disinteressarsi della strategia complessiva e degli obiettivi che la stessa si propone di conseguire"¹⁰². Si richiede un dolo generico, anzi v'è chi ritiene che nemmeno di esso può parlarsi, "del dolo del partecipe praticamente non c'è nulla... è un dolo di un altro reato"¹⁰³. Di fatto, non è ritenuto sufficiente dalle SS.UU. Carnevale, a giudizio delle quali, attesa la concezione monistica del reato accolta dal legislatore penale, "perché si possa affermare che i concorrenti hanno commesso il medesimo reato, come recita la disposizione dell'art. 110 c.p., è necessario che le loro condotte risultino tutte finalisticamente orientate verso l'evento tipico di ciascuna figura criminosa[...]. Ne consegue che non può postularsi la figura di un concorrente esterno, nel cui agire sia presente soltanto la consapevolezza che altri agisca con la volontà di realizzare il programma". Il concorrente non può disinteressarsi completamente della strategia complessiva dell'associazione e non può agire esclusivamente per fini egoistici¹⁰⁴, come affermavano le SS.UU. Demitry e Mannino I¹⁰⁵, deve invece ritenersi che egli, "pur estraneo all'associazione, della quale non intende fare parte, apporti un contributo che sa e vuole sia diretto alla realizzazione, magari anche parziale, del programma criminoso". Su questo punto, i giudici di legittimità accolgono la critica di *Villecco*, il concorrente esterno è colui che, estraneo all'organizzazione mafiosa della quale non vuole fare parte, apporti un contributo che sa e vuole essere diretto alla realizzazione del programma. In breve, secondo la Corte serve il dolo specifico che è il medesimo del reato cui si concorre, valendo a distinguere

¹⁰² Cass. Pen., Sez. Un., 5 ottobre 1994, *Demitry*, cit., p. 437, con riferimento all'elemento psicologico della fattispecie.

¹⁰³ F. M. IACOVELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è più previsto dalla giurisprudenza come reato*, cit. p. 2080.

¹⁰⁴ Il ragionamento, accolto in precedenza dalle SS.UU. Demitry, era condiviso anche dalla dottrina favorevole al concorso esterno, fra tutti, C. F. GROSSO, *La contiguità alla mafia*, cit. 1192, il quale ammette anche che il concorso esterno possa ravvisarsi anche con un dolo meramente eventuale.

¹⁰⁵ Cass. Pen., Sez. Un., 27 settembre 1995, *Mannino*, cit., in cui si formula il seguente principio di diritto in merito all'elemento psicologico del concorrente esterno: "non si richiede, in capo al concorrente, il dolo specifico proprio del partecipe, dolo che consiste nella volontà di far parte dell'associazione e nella volontà di contribuire a tenerla in vita e a farle raggiungere gli obiettivi che si è prefissa, bensì quello generico, consistente nella coscienza e volontà di dare il contributo al conseguimento degli scopi dell'associazione".

concorso e partecipazione soltanto l'elemento, difficilmente percepibile al vaglio processuale, della c.d. *affectio societatis*, cioè la volontà di fare parte del sodalizio¹⁰⁶.

In conclusione, dopo aver delineato con qualche novità, la condotta del concorrente esterno in stretta correlazione con un'ulteriore delimitazione della condotta di partecipazione, la Corte si riserva l'analisi dei due tratti, considerati come fortemente problematici alla luce della progressiva erosione del precedente *dictum* Demitry . Potrebbero definirsi quasi come i cc.dd. *casus belli*, con “riferimento agli atti o agli eventi che hanno provocato la guerra”: fuor di metafora, gli elementi che hanno determinato il sovrapporsi di orientamenti giurisprudenziali a danno della prevedibilità delle decisioni assunte in materia di concorso esterno e di conseguenza l'inevitabile nuovo ricorso alle Sezioni Unite. Come facilmente prevedibile, l'espressione “patologia dell'associazione” o “contributo necessario alla vita dell'ente” è formula connotata da eccessiva oscurità, facilmente manipolabile e soggetta alla discrezionalità giudiziaria: è la tipica formula che nata “per selezionare troppo non seleziona nulla”. Si tratta della c.d. teoria della fibrillazione, criticata fortemente in dottrina¹⁰⁷ in quanto secondo alcuni eccessivamente condizionata da conoscenze extragiuridiche del fenomeno mafioso e forse da un contesto storico di Cosa Nostra in cui si verificava il passaggio dalla reggenza Riina a quella Provenzano, con inevitabili scosse alla stabilità del gruppo, spesso anche interpretata secondo il paradigma dell'infungibilità della prestazione¹⁰⁸, ma da altri invece plaudita perché contribuirebbe ad una descrizione frammentaria e limitata alle ipotesi connotate da forte offensività del concorso esterno¹⁰⁹, salvo poi verificare se e con quale frequenza si possano apportare contributi occasionali addirittura efficaci al punto da salvare la vita di un'associazione mafiosa. In tale un groviglio di critiche, le SS.UU. tentano di dare una soluzione meno problematica: la teoria della

¹⁰⁶ A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 551, ove si esprimono perplessità circa la possibilità effettiva di distinguere sulla fragile base di un elemento psicologico, l'*affectio societatis*, le figure del partecipe e del concorrente esterno.

¹⁰⁷ G. DE FRANCESCO, *Paradigmi generali e concrete scelte repressive nella risposta penale alle forme di cooperazione in attività mafiosa*, cit., p. 1390 ss.;

¹⁰⁸ Trib. Taranto, 29 giugno 1999, *Cito*, in *Foro It.*, 1999, II, p. 166 ss.

¹⁰⁹ In questo senso, V. MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra crisi del principio di legalità e diritto penale del fatto*, in *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit., p. 76 ss.

fibrillazione è oggetto di poche righe nella sentenza sotto accusa e non su di essa poggia fondamentalmente il concorso esterno, il quale vanterebbe più solide basi, così che “l’argomento della fibrillazione viene ad assumere, più che altro, un carattere meramente esemplificativo” e invero, irragionevolmente esso ha attirato un’attenzione eccessiva che va oltre la sua reale importanza nell’economia di quella sentenza. In sostanza, il contributo del concorrente esterno, più generalmente, può essere diretto al rafforzamento o alla conservazione dell’associazione, “prescindendo da una situazione di anormalità nella vita dell’associazione”¹¹⁰. La Cassazione si rende conto che i problemi che crea la c.d. fibrillazione sono maggiori di quelli che risolve e preferisce, in sostanza, eliminarla.

Sull’altro punto sul quale incide *Carnevale*, si apre un ventaglio di critiche e dibattiti. Come insegna ogni manuale di diritto penale, delineata una condotta e individuato un evento, naturalistico o giuridico che sia, ai fini dell’imputazione è fondamentale la ricostruzione del nesso causale. Nel caso in oggetto, però, vi è una difficoltà maggiore che rende l’accertamento del nesso causale ancora più drammatico di quanto già non lo sia in ogni reato. Qui non si tratta soltanto di individuare uno strumento di imputazione di una condotta ad un evento, ma di elemento fondamentale di tipizzazione del contributo concorsuale punibile. Si può agevolmente sostenere come il problema della causalità non sia uno fra i problemi del concorso esterno, così come delineato dalla giurisprudenza, ma *il* problema del concorso esterno, purtroppo ad oggi ancora totalmente irrisolto¹¹¹.

5.1 Una grave ambiguità: idoneità o effettività causale del contributo?

“Ci troviamo nel bel mezzo dell’eterno dramma vissuto dalla scienza e dalla prassi penale: la struttura e l’accertamento del nesso di causalità”¹¹². Su questo

¹¹⁰ Sarebbe interessante considerare questo allargamento della configurabilità oggettiva del concorso esterno alla luce dei principi applicati dalla Corte Edu nel caso Contrada, cioè con riferimento all’applicazione del principio di irretroattività del *diritto* penale sfavorevole ai casi precedenti all’arresto giurisprudenziale *in malam partem*..

¹¹¹ Sulla problematicità della causalità nell’istituto del concorso di persone nel reato, T. PADOVANI, *Note sul concorso esterno*, cit., 492 – 493.

¹¹² C. VISCONTI, *Il concorso esterno in associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze di politica criminale*, cit., p. 1323.

punto, non solo la dottrina, ma anche la giurisprudenza più discordante da *Demitry* ha avanzato dubbi sulla concreta configurabilità del concorso esterno nella prassi giudiziaria¹¹³. Come si è già avuto modo di osservare, le Sezioni Unite *Demitry* avevano costruito una condotta di concorso esterno connotata da una forte attenzione ai canoni della materialità e dell'offensività legando il contributo materiale utile al mantenimento in vita dell'associazione tramite un nesso causale difficilmente provabile in giudizio. Una causalità impossibile da provare, considerata l'assenza di massime di esperienza o di leggi scientifiche idonee a dimostrare che quel singolo contributo fosse stato indispensabile, non per un generico rafforzamento dell'organizzazione, ma per il mantenimento in vita della stessa, il quale, non soltanto sembra abbastanza improbabile nella realtà delle cose, ma potrebbe invero dipendere da migliaia d'incalcolabili fattori. La conseguenza derivata da questa *probatio diabolica* era stata un allontanamento da *Demitry*, esplicito o più volte implicito¹¹⁴, con decisioni che accolgono una nozione debole di causalità, con il fine di utilizzare appieno uno strumento repressivo della contiguità mafiosa altrimenti sostanzialmente inutile. Non si deve mai, nell'analisi delle tendenze giurisprudenziali, tralasciare il contesto, già sopra brevemente delineato, connotato da una forte recrudescenza del fenomeno mafioso e da una altrettanto forte diffusione di valori contrari al contesto subculturale mafioso, sospinta da una presenza rilevante di magistrati antimafia, impegnati in prima linea nella lotta alla criminalità organizzata. In sostanza, la giurisprudenza, discostandosi da *Demitry*, ritiene che se il concorso esterno deve funzionare, allora non può essere ancorato a requisiti così eccessivamente rigorosi e difficilmente provabili in giudizio.

Le SS. UU. Carnevale, come già visto a proposito dell'accantonamento della teoria della fibrillazione, eccessivamente limitativa dei casi in cui le cosche si servono di esterni per favori o servizi di ogni genere, sembra scartare anche questa

¹¹³ Il riferimento, come sostiene Visconti nel contributo citato nella nota precedente, deve essere fatto a quella schiera di studiosi, definiti come "disincantati", cioè coloro che pur ammettendo in astratto la configurabilità del concorso esterno, sul piano pratico ritengono abbia un spazio di agibilità limitato, se non quasi nullo, in particolare a causa della difficoltà rinvenuta nella ricostruzione del nesso di causalità rispetto al c.d. mega evento associativo.

¹¹⁴ Si rinvia alla decisione già annotata, Cass. Pen., 17 aprile 2002, *Frasca*, cit., p. 682 ss., ove evidente la scelta giudiziaria sulla rilevanza penalistica del mero patto, proprio per evitare le forche caudine della ricostruzione causale.

presa di posizione rigorosa di *Demitry*. Il verbo utilizzato “sembrare” qui viene utilizzato diversamente da quanto usualmente fatto, cioè per riportare teorie altrui, ma perché effettivamente la sentenza in esame prende e non prende posizione sulla questione in oggetto: in un passo accoglie una posizione forte di causalità, in uno successivo si scosta da essa ed accoglie una posizione debole, quasi a disorientare il lettore e a lasciarlo senza risposte sul punto, forse, da ritenere più importante.¹¹⁵ Infatti, scrivono i giudici di legittimità, “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”; esprimono dunque un’opzione che confermano poco dopo: “si tratti di attività continuativa o ripetuta, si tratti invece di una singola prestazione, dovrà valutarsi esclusivamente se la pluralità o l’unica attività posta in essere, per il grado di concretezza e specificità che la distingue e per la rilevanza causale che esprime, possa ritenersi *idonea* a conseguire il risultato”. La conferma della scelta diretta ad allentare i vincoli della causalità sembra essere certa quando i giudici giungono addirittura a citare il tentativo di reato, il reato di pericolo per eccellenza, ove la causalità si poggia su atti connotata da un’idoneità *ex ante* e in concreto sulla base del criterio della prognosi postuma¹¹⁶. Il cambio di opzione prescelta, come nulla fosse stato precedentemente detto, si rinviene improvvisamente non appena i giudici escludono la rilevanza penale della sola “contiguità compiacente” o “vicinanza” o “disponibilità” nei confronti del sodalizio: già qui c’è da verificare fino a che punto la disponibilità non tradottasi in atto possa esulare da responsabilità penale se si accoglie la sopra esposta concezione di causalità come idoneità “agli effetti del tentativo”, in quanto sarebbe facilmente sostenibile che il politico avendo dato

¹¹⁵ A riprova di quanto sopra affermato, l’intervento successivo delle Sezioni Unite Mannino II, derivante dalla necessità di una presa di posizione chiara sulla causalità tra il contributo e l’evento.

¹¹⁶ “Il giudice deve porsi mentalmente nel momento in cui l’agente ha agito valutando le circostanze presenti all’epoca dell’accaduto ed il grado di verificabilità del fatto di reato”. Questo è il c.d. criterio della prognosi postuma, generalmente accolto dalla dottrina che invece diverge sulla base della quantità e qualità delle circostanze che devono porsi a base di tale giudizio, in un giudizio a base parziale oppure a base totale come sostiene la dottrina più garantista e più attenta ai principi di un diritto penale del fatto. Per la prima posizione in dottrina, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit. 443; F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit. 440. Per la seconda: A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit. p. 495; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale*, cit.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., *in tema di reato impossibile*; in argomento si veda anche D. PULITANÒ, *Diritto penale*, ult. ed., Torino, 2015, p. 402 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, VIII ed., Milano, 2006, p. 268 ss.

disponibilità ad agire integri una condotta che è ex ante idonea a determinare un rafforzamento, quantomeno psicologico, della congrega criminosa. Ma non è questo il punto più critico, perché subito dopo, la Corte esplicita la contraddizione già annunciata quando afferma che per aversi concorso serve un “oggettivo apporto di rafforzamento [...]”. Ciò che conta 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”. Una presa di posizione che potrebbe commentarsi come garantista oppure, volendo assumere un atteggiamento critico, come idonea a rendere impossibile la prova del nesso causale, ma tali commenti vengono in secondo piano di fronte ad una confusione creata da un collegio a Sezioni Unite, chiamato a chiarificare ciò che non è evidentemente chiaro, ma che anziché risolvere complessità, le crea. Una sentenza ispirata “ad una certa ambiguità irrisolta”, scrive Tullio Padovani, ove “la causalità invocata in *apicibus* sembra tradursi (assai modestamente) nel riscontro della idoneità attribuibile alla condotta per la conservazione o il rafforzamento dell'associazione”¹¹⁷.

Una confusione che non si ferma sul piano astratto della configurabilità dell'istituto, ma tocca anche la c.d. sottofattispecie *sub iudice*: l'aggiustamento di un processo penale. Qui i giudici si lasciano andare a una classificazione, da alcuni considerata meritoria nell'ambito della tecnica argomentativa giudiziale¹¹⁸, per l'intento di creare i cc.dd. casi paradigmatici, ma che va sotto il ventaglio delle critiche per la persistente confusione sulla causalità che qui sembra si ripercuota anche sulla seguente classificazione. Così, se trattasi di una condotta episodica e isolata del magistrato, si applica la soluzione più rigorosa volta a verificare il “conseguito aggiustamento”, con riferimento chiaro all'effettività del contributo, da verificare come in ogni reato di evento, *ex post*; quando, invece, si tratti “non di un singolo comportamento isolato, tendente cioè ad ottenere l'esito irregolare di un singolo procedimento o di una singola decisione, ma di un'attività

¹¹⁷ T. PADOVANI, *Note sul c.d. concorso esterno*, cit., p. 494. In merito all'ambiguità del *dictum Carnevale* e sulla necessità di un unico statuto della causalità penalmente rilevante, si veda, G. BORRELLI, *Tipizzazione della condotta e nesso di causalità nel delitto di concorso in associazione mafiosa*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 3762.

¹¹⁸ G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 257 ss.

reiterata e di costante intervento nell'ambito di una serie di procedimenti [...] 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 che va ravvisata l'idoneità del contributo*". Non richiede ulteriori commenti probabilmente, perché in questa classificazione si evince chiaramente il doppio registro accolto dai giudici di legittimità, che peraltro, aumentando la confusione già apportata e poi dimostrata dalle pronunce successive a questo *decisum*, sostengono che nel caso di sostanziale *messa a disposizione del magistrato* con un'attività reiterata, che equivale a dire "disponibilità", non serve verificare la produzione di un effettivo rafforzamento perché non si può dubitare che tale condotta "determina negli esponenti del sodalizio la consapevolezza di poter contare sul sicuro apporto di un soggetto, qualificato, operante, in istituzioni giudiziarie e tal effetto costituisce indubbiamente indiscutibile rafforzamento della struttura associativa".

Un'indecisione latente involge la decisione dei giudici di legittimità, la quale finisce per schiacciarsi su una nozione debole di causalità, quella più utile a quella parte di magistratura più attiva sul fronte antimafia, più incline per esigenze di politica criminale e di politica giudiziaria a relativizzare gli istituti di diritto penale alle esigenze processuali¹¹⁹.

Per concludere sulla causalità penalisticamente rilevante, si deve tentare di dare una spiegazione all'atteggiamento assunto dalle Sezioni Unite, *modus operandi* che tuttavia non è una novità in quanto esse portano soltanto a compimento un serpeggiare di *decisa* di sezioni semplici e di giudici di merito che, proprio per rendere "utilizzabile" il concorso esterno, avevano flessibilizzato alcune categorie. Si pensi ai già citati elementi dell'occasionalità del contributo, della patologia dell'associazione¹²⁰ e con riferimento a quanto si sta analizzando alla causalità da costruire secondo una valutazione *ex post*, tipica dei reati di evento. Già in

¹¹⁹ Una forte nota critica alle scelte operate in materia di causalità si rinviene in A. CORVI, *Partecipazione e concorso esterno: un'indagine sul diritto vivente*, in *RIDPP*, 2004, 265 ss.; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit. p. 240.

¹²⁰ Cass. Pen., 22 dicembre 2000, *Cangialosi*, in *Foro It.*, 2001, II, p. 401, "il solo fatto di servirsi di un esterno per un determinato compito, dimostra, di per sé, l'esistenza di un momento di difficoltà per l'associazione, non risolvibile con mezzi ordinari".

*Frasca*¹²¹, i giudici non richiedono più l'esecuzione del patto elettorale politico – mafioso, si accontentano della promessa, considerata idonea al rafforzamento dell'associazione oppure volendosi comunque scorgere un nesso causale, l'evento a cui si sarebbe agganciata, il rafforzamento dell'associazione si ravvisava non in un oggettivo apporto ma nella psiche dei sodali, in quanto “è naturale che le scelte criminali dell'associazione venissero rafforzate dalla convinzione di poter contare su una simile interfaccia politica”¹²², o comunque sulla vicinanza di uomini influenti ai boss mafiosi, con conseguente consapevolezza, da parte di questi ultimi, di potervi fare sicuro affidamento oppure come sostenuto dal Tribunale di Palermo, secondo il quale “è agevole comprendere il senso di potenza e sicurezza con cui gli uomini d'onore dovevano pensare al patto di scambio che era stato concluso su richiesta di un noto professionista attivamente impegnato sul piano istituzionale”. E così in numerosissime sentenze si esprimono giudici di primo grado, di appello, e di Cassazione. Il concorso esterno sembrava destinato a diventare un reato di evento in senso psicologico, perché difficilmente dimostrabile un evento materiale – naturalistico, inteso come tangibile modificazione del mondo esterno e non immediatamente chiaro cosa sia da considerarsi rafforzamento oggettivo, ossia se il riferimento debba essere fatto all'aumento del numero dei sodali oppure all'aumento dei proventi di attività illecite o al numero dei sodali in libertà o in stato detentivo. Non solo questo problema: l'evento non veniva soltanto così svalutato, in quanto a ciò, come facilmente desumibile dalla lettura delle strutture argomentative delle sentenze sopra citate, si aggiunge la presa d'atto che i giudici non verificano nemmeno il nesso causale secondo i paradigmi richiesti dalla scienza penalistica per la verifica della causalità penalisticamente rilevante. Ciò per un motivo di facile constatazione. Come insegnava il padre degli studi sull'argomento, Federico

¹²¹ Cass. Pen., 17 aprile 2002, *Frasca*, cit.

¹²² Trib. Palermo, 27 gennaio 2001, *Scalone*, in *Foro It.*, 2001, II, p. 88; App. Palermo, 5 novembre 2004, *Mannino*, in *Guida al Diritto*, 2005, 39, p. 79, in cui si scrive (testualmente) che “il patto stretto tra esponenti di una cosca e il politico che si impegni a fornire utilità di tipo economico – imprenditoriale in cambio di sostegno elettorale appare di per sé idoneo ad integrare la responsabilità per concorso esterno quando la promessa, per la caratura e l'affidabilità del promittente, sia in grado di determinare un immediato salto di qualità nel livello di efficienza dell'organizzazione criminale, mentre il successiva adempimento degli impegni assunti costituisce condotta susseguente al reato valutabile sotto il profilo probatorio, e parimenti è indifferente l'esito probatorio”.

Stella¹²³, la causalità presuppone un collegamento tra una condotta e un evento, tale per cui quest'ultimo sia determinato da un comportamento riconducibile a un fascio di condotte che, secondo leggi scientifiche oppure massime di esperienza, sia idoneo a determinare quell'evento in quelle specifiche modalità, secondo l'*id quod plerumque accidit*. Se i giudici avessero voluto provare in giudizio la causalità nel reato di concorso esterno, avrebbero dovuto dimostrare come un contributo, che si tratti di attività continuativa oppure episodica, fosse riconducibile a un fascio di condotte idonee, secondo leggi scientifiche o massime di esperienza, a determinare il rafforzamento dell'ente associativo, ossia la verifica del c.d. mega – evento giuridico, proprio di un reato di evento posto a tutela di un bene giuridico superindividuale e sfuggente, come l'ordine pubblico. *Prima facie*, evidente come l'assunto pur assolutamente garantistico, in linea con il tipo di fattispecie descritta, un reato di evento e di danno, determini l'inutilità del concorso esterno come strumento repressivo della contiguità, in quanto così costruito risulta concretamente indimostrabile. Di qui la presa di posizione "eversiva" della giurisprudenza, poi constatata e accolta da Carnevale: il reato di concorso esterno diventa un reato di pericolo. Qui sembrano risuonare le parole di un noto studioso di diritto penale, Cesare Pedrazzi, a proposito delle tecniche legislative più idonee in riferimento al bene giuridico tutelato. L'Autore afferma che, mentre rispetto alla tutela dei beni giuridici tangibili e individuali, si possa ricorrere a reati di danno, "quando invece vengono in considerazione di interessi diffusi, soprattutto di carattere economico o politico, riferibili alla collettività o ad intere categorie, l'offesa si diluisce e si fa sfuggente: la natura diffusiva rende ardua l'individuazione di precisi correlati fenomenici. Una repressione ancorata all'accertamento in concreto del danno o del pericolo di danno rischierebbe la paralisi"¹²⁴. Sebbene con lo strumento sbagliato, cioè senza ricorrere alla legge, la giurisprudenza accoglie questo insegnamento e converge su una fattispecie di pericolo.

¹²³ F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 2000, p. 100. Per una ricostruzione teorica del nesso causale si rimanda a A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 224 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 226 ss.

¹²⁴ C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979, p. 32 - 33. L'illustre Autore prosegue illustrando la tecnica legislativa più idonea, "il legislatore farà bene allora a ripiegare su fasi preliminari dell'*iter* criminoso, impostando la fattispecie su di una tipologia di comportamenti anziché di risultati".

In conclusione, il profluvio di *decisa* diretti a smontare la rigidità di *Demitry* seguono due linee direttrici: il passaggio dalla causalità all'idoneità del contributo e la tendenza ad una lettura in senso psicologico dell'evento. Dal disegno di un reato di danno alla trasformazione in un reato di pericolo: è sufficiente che il comportamento sia idoneo, come avviene nel tentativo, a determinare l'evento associativo, anche in forma meramente psicologica. Questo il risultato di *Carnevale*, positivo per ragioni di politica criminale, ma non per la tenuta dei principi di garanzia del diritto penale contemporaneo.

5.1.1 Il caso Andreotti: sufficiente la mera disponibilità o vicinanza del politico?¹²⁵

La tendenza sopra esposta trova un'espressione emblematica in un caso giudiziario che è assurdo agli onori della cronaca, per l'esposizione politica dell'imputato, il sen. Giulio Andreotti, accusato dalla Procura di Palermo di partecipazione all'associazione per delinquere Cosa Nostra, intesa in quell'impianto accusatorio poi confermato in appello, come "permanente disponibilità ad attivarsi per il conseguimento degli obiettivi propri dell'associazione mafiosa". A prescindere dalla qualificazione giuridica, riconducibile ora alla partecipazione, ora al concorso esterno, la condotta era inquadrabile come una stabile e continuativa vicinanza e benevolenza nei confronti del sodalizio, mettendo a disposizione della mafia, all'occorrenza, la propria funzione e il proprio ruolo istituzionale. Interessante è il ragionamento svolto dalla Corte di Appello di Palermo, la quale ribalta parzialmente il giudizio di primo grado nel quale l'imputato era stato assolto per insufficienza di prove. Non era stato provato che Andreotti avesse stretto relazioni con alcuni noti mafiosi siciliani, né il presunto incontro e bacio con Salvatore Riina¹²⁶ e d'altra

¹²⁵ Trib. Palermo, 23 ottobre 1999, *Andreotti*, in *Foro It.*, 2001, II, p. 96 ss.; App. Palermo, 2 maggio 2003, *Andreotti*, (inedita).

¹²⁶ Assai rilevante sono i motivi che si celano dietro l'eccessiva enfasi, prima processuale, poi anche mediatica, assunta da questo presunto contatto tra Riina e Andreotti. In seguito all'incertezza giuridica sulla configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa, prospettato in origine come ipotesi di reato imputata al politico, il pubblico ministero decise di modificare la contestazione in partecipazione all'associazione, la quale avrebbe richiesto un'adesione al sodalizio, generalmente ricavabile da riti di affiliazione formali. Non essendo

parte, anche se provati altri rapporti, come le relazioni intercorse con i fratelli Salvo, con l'on. Salvo Lima, con Vito Ciancimino, i giudici palermitani avevano ritenuto che essi non potevano assurgere al rango di condotte penalmente rilevanti. Conclusione corretta se si inquadra la contiguità mafiosa penalmente rilevante in un'attività episodica o continuata, formata da contributi causalmente rilevanti al rafforzamento associativo. Giusto quanto sostenuto dai giudici di primo grado, il caso in esame non aveva provato un concreto ed effettivo episodio dell'imputato in favore del sodalizio. Così afferma la giurisprudenza più garantistica sull'argomento, in quanto per dimostrare in giudizio il concorso esterno "non è sufficiente che il collaborante indichi che l'imputato sia genericamente *vicino* al sodalizio, occorrendo l'individuazione di singole e autonome condotte che abbiano contribuito in maniera decisiva a rafforzare il sodalizio"¹²⁷. Non l'amicizia o l'esistenza di generici rapporti, ma singoli e circostanziati fatti concreti. La Corte di Appello, come anticipato, ribalta il ragionamento: questo il *dictum* sotto la lente di ingrandimento. Se rispetto al periodo che va dal 1980 al 1992, l'imputato deve essere assolto per insufficienza di prove, ex art. 530 co. 2 c.p.p., sostiene la Corte di Appello di Palermo, penalmente rilevanti sono invece le condotte poste in essere da Andreotti prima del 1980, in quanto idonee ad integrare la partecipazione all'associazione a delinquere, intesa come messa a disposizione non vincolante a favore del sodalizio mafioso. Ciò che rende anomala la sentenza e che induce, dunque, a un'attenta valutazione degli assunti in essa contenuti, è la diversa valutazione processuale dei fatti, a compendio probatorio invariato. La Corte di Appello, diversamente dal giudice di primo grado, assegna rilevanza penale alle stesse condotte che in precedenza erano state ritenute penalmente irrilevanti. Si deve ritenere penalmente rilevante e integrante la partecipazione ex art. 416 c.p., la messa a disposizione non vincolante intesa come la mera stabile e continuata vicinanza al sodalizio mafioso, anche se non accompagnata a specifici singoli o

immaginabile che Andreotti avesse potuto sottoporsi al rito della c.d. *punciuta* e in particolare avendo a disposizione indizi probatori del presunto bacio, l'accusa ritenne di dare ampio risalto probatorio a tale episodio come indizio di affiliazione formale a Cosa Nostra.

¹²⁷ Trib. Palermo, 4 aprile 1998, *Musotto*, in *Foro It.*, 1999, II, p. 44. Sui riflessi probatori della diversa qualificazione giuridica tra partecipazione e concorso esterno si veda anche V. MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra crisi del principio di legalità e diritto penale del fatto*, cit., p. 275 ss.

ripetuti interventi effettivamente agevolatori dello stesso, peraltro mai dimostrati in giudizio. Ciò che invece risulta provato sono le mere relazioni di amicizia, di vicinanza tra l'uomo politico e i boss mafiosi, consistente in plurime e ripetute attestazioni di stima, di rispetto reciproco o come esplicitamente riferiscono i giudici in sentenza, di "solidarietà", di "apprezzamento" per l'attività svolta dalla mafia rispetto alla gestione della micro criminalità siciliana, nonché un generico impegno, mai tradottosi in atti concreti da parte del politico ad attivarsi per aiutare il sodalizio nell'aggiustamento di alcuni processi per tramite di Corrado Carnevale oppure di eliminazione "politica" di personaggi politici scomodi, come all'epoca dei fatti, Piersanti Mattarella. Proprio il richiamo a quest'ultimo fatto riportato, conclusosi, come noto, con l'eliminazione fisica del Presidente della Regione Sicilia nel 1980, dimostra come il politico Andreotti non fosse mai andato oltre generiche disponibilità, mai tradottesi, come questo caso dimostra, in atti concreti di sostegno alla mafia¹²⁸. Questo rende evidente che la Corte, come già visto in *Carnevale*, basa la responsabilità penale su un evento in senso psicologico: la vicinanza, la disponibilità, il generico accordo di attivarsi, un mero patto non eseguito sono elementi che, come già anticipò Carlo Federico Grosso in un noto dibattito dottrinale sulle colonne del Foro Italiano, valgono a determinare un rafforzamento sul piano psicologico del sodalizio. A dire che questo tipo di ragionamento non costituisce un'elaborazione autentica della giurisprudenza, ma già la dottrina era consapevole che "tutto dipenderà dalla qualità della promessa, dall'affidabilità e dalla caratura del politico promittente, dal contesto in cui i fatti si verificano, dalla situazione in cui versa l'associazione mafiosa", di cui l'esempio emblematico, che sembra anticipare casi come quello in oggetto, riguarda la promessa o la vicinanza di un politico nazionale di aggiustare un processo in cui è coinvolto un capo mafioso, in quanto "la sola notizia dell'accordo potrebbe restituire fiducia agli associati, bloccare fughe e pentimenti, favorire nuove affiliazioni" contribuendo quindi al rafforzamento o al

¹²⁸ Sarebbe logico che se il sen. Andreotti si fosse attivato, come richiestogli dalla cupola mafiosa, eliminando politicamente la corrente legalitaria siciliana facente capo a Piersanti Mattarella, la mafia non sarebbe dovuta ricorrere alla soluzione più drastica, ossia l'eliminazione fisica del Presidente della Regione Sicilia, avvenuta nell'anno 1980.

mantenimento in vita dell'associazione¹²⁹. Così la Corte di Appello, secondo cui “la semplice consapevolezza, da parte dei membri dell'organizzazione mafiosa, dell'amichevole disponibilità di un importantissimo personaggio politico nazionale rafforza il sodalizio, giustificando il convincimento di essere protetti al più alto livello”. La vicinanza determina un rafforzamento, desumibile da indizi assai rilevanti, come “il senso di potere e prestigio”, “il senso di impunità e intoccabilità”, la “prosopopea di Bontade”, indizi di un effettivo rafforzamento del sodalizio. A ben vedere, comunque, premessa la dubbia costruzione argomentativa svolta dai giudici, anche questi ultimi indizi, rimangono indizi o comunque massime di esperienza che comunque non dimostrano secondo un giudizio controfattuale se dalla benevolenza del politico possa derivare il senso di impunità che sarebbe figura del rafforzamento: questo collegamento manca totalmente nel ragionamento, al punto che sembra che i giudici compiano un salto logico. Si indicano gli indici di rafforzamento, ma non se ne inferisce da essi il rafforzamento stesso, la cui dimostrazione è assente. Manca il nesso causale e il rafforzamento oggettivo di Cosa Nostra.

In breve, la sentenza Andreotti assume i medesimi connotati delle SS.UU. Carnevale, di cui condivide le stesse divergenze rispetto al modello di concorso esterno delineato dalle prime Sezioni Unite, risalenti al 1994: entrambe le sentenze plaudono a *Demitry*, ma lo svuotano dei suoi contenuti più garantistici: la causalità e l'evento associativo in senso oggettivo – materiale.

5.2 Brevi considerazioni al *dictum Carnevale*

Giunti a questo punto sarebbe opportuno chiedersi se l'intervento delle Sezioni Unite abbia apportato un contributo utile alla costruzione del concorso esterno in associazione mafiosa, se abbiano apportato chiarimenti all'elaborazione precedente oppure se quantomeno abbiano fatto chiarezza sulla reale estensione dell'istituto allo scopo di garantirne un'applicazione uniforme e prevedibile per il cittadino. Da un lato, la tecnica argomentativa utilizzata, con riferimento all'elaborazione dei cc.dd. casi paradigmatici, come il c.d. aggiustamento dei

¹²⁹ Le parole sopra riportate sono contenute in C. F. GROSSO, *Una configurazione possibile*, cit., p. 122.

processi oppure il patto elettorale politico – mafioso, come già anticipato in precedenza, deve essere apprezzata: la Corte di Cassazione dimostra, con questo modo di ragionare, una consapevolezza circa il proprio ruolo di giudice di nomofilachia, un giudice che addossa su di sé la funzione classificatoria dei casi quotidianamente risolti da ogni giudice di qualsiasi grado ¹³⁰. Con quest’atteggiamento, compie un’opera fondamentale per la giurisprudenza stessa e per il cittadino. Per la prima, perché per ogni giudice avere a disposizione una griglia di casi paradigmatici in cui incardinare ogni fatto storico, consente da un lato una rapida risoluzione dei casi oggetto di giudizio, evitando altresì, uno sforzo di elaborazione giuridica che rappresenta il momento più dispendioso del lavoro giudiziario e, evitando il ragionamento in diritto, di limitarsi alla semplice operazione in fatto, ossia di collegamento del caso concreto a un caso tipologico più facilmente percepibile e adattabile ai casi della realtà rispetto a quanto possa essere la norma astratta ¹³¹. Per il cittadino, perché consente una maggiore prevedibilità dell’esito giudiziario, evitando, in parte, i problemi derivanti dall’inesistenza di una vincolatività del precedente giudiziario.

Se la tecnica argomentativa presenta elementi di novità positivi, il contenuto di *Carnevale* deve considerarsi fallimentare: se lo scopo del rinvio alle Sezioni Unite è fare chiarezza sopra un contrasto giurisprudenziale oppure risolvere con estrema chiarezza una problematica complessa, bisogna affermare che esso non è stato assolutamente raggiunto. Se il problema del concorso esterno, su cui si era creato un contrasto giurisprudenziale, era la causalità, questo non è stato risolto, considerato che i giudici oscillano tra un concezione di causalità come effettività *ex post* del contributo e idoneità *ex ante* agli effetti del tentativo. Non si è trattato di un “passo avanti verso la configurazione dell’istituto”¹³², ma di una messa in evidenza tangibile dell’irrisolta problematicità del concorso esterno, costretto a districarsi tra coloro che vorrebbero un istituto proteso verso le esigenze di difesa sociale della collettività, idoneo a punire ogni forma di contiguità mafiosa, e chi,

¹³⁰ G. INSOLERA, *Ancora sul problema del concorso esterno nei delitti associativi*, cit., p. 633, secondo il quale “l’affannosa, tormentatissima, elaborazione giurisprudenziale ha fatto risaltare i limiti di una funzione nomofilattica della Corte di Cassazione che voglia prescindere dalla prepotente significatività dei casi tipologici (generici)”.

¹³¹ A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 165 ss.

¹³² Così intitola il contributo scientifico di commento al *dictum Carnevale*: G. LEO, *Un altro passo avanti delle Sezioni Unite verso la definizione dell’istituto*, cit. p. 60 ss.

invece, pur consapevole della gravità del fenomeno, non arretra nella difesa dei principi del diritto penale e delle garanzie dell'imputato.

In questa tensione latente che coinvolge l'istituto, ogni giorno diversamente disegnato da un giudice, si possono individuare una vittima e un colpevole: il primo è il cittadino al quale è precluso conoscere cosa può e non può fare, dall'altro, senza dubbio, il legislatore, il cui silenzio con il passare degli anni, diventa sempre più imbarazzante.

6. Le Sezioni Unite *Mannino II*: un breve sguardo alla decisione

La perdurante incertezza giurisprudenziale sui confini del concorso esterno in associazione mafiosa, come sopra accennato, rende indispensabile un nuovo intervento delle Sezioni Unite. A tal proposito giova riportare le parole di Tullio Padovani, espressive del disagio persistente che aleggia intorno all'istituto. In occasione di un dibattito sulla storica rivista *Archivio Penale*, l'autore afferma che "il concorso esterno ha varcato le soglie delle Sezioni Unite della Suprema Corte con una frequenza sconosciuta financo ai più tormentati istituti del nostro, pur tormentatissimo, diritto penale"¹³³: non a caso, le Sezioni Unite *Mannino II*¹³⁴ rappresentano il quarto intervento del supremo organo di legittimità. Non è questo che lascia perplessi, ciò che desta maggiori preoccupazioni per la tenuta dell'istituto è una considerazione assai più inquietante che diventa sempre più palpabile man mano che si analizza il *dictum* *Mannino II*. Il dilemma del concorso esterno in associazione mafiosa sconta un numero elevato di questioni problematiche che non sembrano risolvibili dalla giurisprudenza: non si tratta di nutrire una sfiducia verso l'attività giurisprudenziale, anche riunita nei massimi consessi. Un dato di fatto permane sotto gli occhi di tutti. Nonostante encomiabili sforzi, essa tenta invano ormai da trent'anni di trovare una soluzione di compromesso tra esigenze di difesa sociale e di garanzie penalistiche, senza alcun risultato stabile e duraturo, idoneo a creare un consenso anche all'interno della stessa magistratura penale. Sulla difficoltà della giurisprudenza nel definire

¹³³ T. PADOVANI, *Note sul concorso esterno*, in cit., p. 487 ss.

¹³⁴ Cass. Pen., Sez. Un., 12 luglio 2005, *Mannino II*, cit., p. 69 ss. con nota di F. P. GIORDANO, *Il contributo individuale dell'esterno deve interagire con le azioni della cosca*.

l'istituto si tornerà in seguito, quando sarà necessario trarre le conclusioni di un "tormentato cammino del concorso esterno"; prima è indispensabile l'analisi dell'ultimo intervento delle Sezioni Unite, indispensabile punto di arrivo per la giurisprudenza e di partenza per ogni riflessione sulle possibili vie di uscita al problema.

Il caso oggetto di riflessione può considerarsi emblematico dello stato confusionale in cui si è reso necessario l'intervento del massimo organo di legittimità: come già in precedenza denunciato, le SS.UU. Carnevale, forse spinte da una giurisprudenza condizionata da giudizi etico – morali e comunque combattuta rispetto alla tenuta delle garanzie penalistiche, non avevano compiuto un'operazione di chiarezza che poteva e doveva attendersi da un organo di nomofilachia. Il ricorso alle Sezioni Unite è il risultato di un processo, i cui diversi gradi di giudizio riflettono la situazione incerta che esisteva allora nelle corti italiane. In primo grado, un orientamento che tende verso le garanzie penalistiche, giacché l'imputato va assolto, sostiene il Tribunale di Palermo, perché "le condotte, pur non essendo esenti da censurabili legami e rapporti non occasionali [...], sarebbero interpretabili in chiave di "vicinanza" e "disponibilità", secondo una causale di tipo elettorale – clientelare o anche corruttiva, ma non quali contributi di favore destinati al consolidamento dell'organizzazione mafiosa"; in appello, l'esito si ribalta con una motivazione che ricalca *Andreotti*, perché rileva ai fini della condanna per concorso esterno "il patto stretto tra esponenti di una cosca e il politico che si impegna a fornire utilità di tipo economico – imprenditoriale in cambio di sostegno elettorale" il quale dunque "appare di per sé idoneo ad integrare la responsabilità per concorso esterno quando la promessa, per la caratura e affidabilità del promittente, sia in grado di determinare un immediato salto di qualità nel livello di efficienza dell'organizzazione criminale", da intendersi in termini di rafforzamento in chiave psicologica, essendo l'on. Mannino un "sicuro punto di riferimento" o "una valida interfaccia politica dell'associazione"¹³⁵. Si tratta del caso paradigmatico del patto elettorale politico – mafioso, ampiamente trattato dalla dottrina e dalla

¹³⁵ Le espressioni sono tratte dalle considerazioni in fatto formulate dalle Sezioni Unite come premessa alla motivazione in diritto cui esse pervengono, all'esito di una ricostruzione dei due gradi precedenti di giudizio e delle doglianze della difesa dell'on. Mannino.

giurisprudenza, al punto che la pronuncia della Corte di Appello di Palermo sembra riecheggiare *Frasca, Andreotti* e tanti altri casi in cui la giurisprudenza ha arretrato arbitrariamente le soglie della punibilità, come derivante dal connubio illiberale tra nozione debole di causalità e un evento in senso psicologico.

Le Sezioni Unite svolgono un ragionamento lineare, conforme a una lettura garantistica del concorso esterno, un “monumento di sapienza giuridica”¹³⁶, scrivono alcuni commentatori della decisione in oggetto. Se la configurabilità del concorso esterno non è più in discussione, occorre precisare la differenza che intercorre tra le due condotte strutturalmente e concettualmente collegate, qui ulteriormente precisate¹³⁷. Il distinguo tracciato dalla Corte è davvero apprezzabile per la capacità di elaborare interpretazioni conformi al principio di offensività del diritto penale. Il partecipe è “colui che, risultando inserito stabilmente e organicamente nella struttura organizzativa dell’associazione mafiosa, non solo è, ma fa parte della stessa”, ove il verbo utilizzato non esprime l’acquisizione di un semplice *status* o di un inserimento in un’organizzazione statica, esso indica una nozione dinamica e funzionalistica, l’accettazione del c.d. paradigma misto, secondo cui il soggetto si inserisce in un’organizzazione *in action* oppure, come altri scrivono, in un’associazione che delinque¹³⁸. Il concorrente esterno, al contrario, è colui che, pur non facendo parte dell’associazione e privo dell’*affectio societatis*, “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 e sia comunque diretto alla realizzazione,

¹³⁶ T. PADOVANI, *Relazione introduttiva*, in *Nesso di causalità tra dettato normativo, prassi giurisprudenziale e prospettive di riforma. Atti dell’incontro di studio tenutosi a Padova il 2 dicembre 2006*, Padova, 2006, p. 23 ss.

¹³⁷ Un interessante punto di vista critico sul nesso logico e concettuale che collega la partecipazione al concorso esterno con riferimento al problema delle nuove mafie etniche si rinviene in G. INSOLERA, *Ancora sul problema del concorso esterno nei delitti associativi*, cit., p. 640 ss.

¹³⁸ M. RONCO, *L’art. 416 bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, cit., p. 65 ss. Secondo l’Autore la condotta descritta nella fattispecie di associazione di tipo mafioso presenta connotati distinti da quella prevista nell’associazione semplice per delinquere: quest’ultima indica un mero accordo per delinquere, la prima indica l’inserimento di un’associazione che delinque, il cui metodo di agire già di per sé apporta un pericolo concreto per l’ordine pubblico. Un’altra prospettiva si rinviene in F. M. IACOVIELLO, *L’organizzazione criminogena prevista dall’art. 416 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 581 ss., il quale accoglie una nozione di partecipazione più aderente al paradigma organizzatorio, poiché “il partecipe è pericoloso non perché svolge un compito, ma in quanto può attivarsi per l’associazione in qualsiasi momento”.

anche parziale, del programma criminoso”. In sostanza l’istituto del concorso di persone può essere applicato ai reati associativi, giacché norma applicabile a tutte le fattispecie incriminatrici, non essendo presente alcuna deroga legislativa alla sua generale applicazione. Perché possa essere utilizzabile, devono necessariamente essere presenti tutti gli elementi che caratterizzano il concorso di persone, come insegna la scienza penalistica. Per realizzare un concorso di persone servono tre elementi: realizzazione del fatto tipico, almeno nella forma del tentativo, contributo causale e dolo di concorso¹³⁹. Se sull’elemento psicologico, il risultato cui le Corte giunge non si discosta da *Carnevale* – il concorrente “sa e vuole” realizzare il programma criminoso¹⁴⁰ – la sentenza si incentra in modo particolare sulla causalità. Non è sufficiente un’idoneità agli effetti del tentativo, né una generica disponibilità dell’*extraneus* oppure una causalità psichica, “serve un contributo che abbia avuto una reale efficienza causale, che sia stato condizione necessaria”: la Corte riafferma, con vigore e a più riprese, la validità dello schema della *conditio sine qua non*, da ricollegare al modello di sussunzione sotto leggi scientifiche oppure massime di esperienza di “empirica plausibilità”. All’incertezza delle SS.UU. *Carnevale* si contrappone l’estrema chiarezza di questa Corte: il contributo del concorrente esterno deve avere un’efficacia causale tipica di qualsiasi reato di evento, deve essere la condizione senza la quale l’evento non si sarebbe verificato. Una condizione difficile da provare in giudizio alla luce di quanto si analizza con maggiore precisione nel paragrafo che segue, ma le cui difficoltà probatorie “non possono mai legittimare - come queste Sezioni Unite hanno già in altra occasione affermato [riferimento alle SS. UU. Franzese, sent. 10 luglio 2002] – un’attenuazione del rigore nell’accertamento del nesso di causalità e una nozione debole della stessa che, collocandosi sul terreno della teoria dell’aumento del rischio, finirebbe per comportare un’abnorme espansione della responsabilità penale”. Dal ragionamento svolto in merito alla generale configurabilità del

¹³⁹ A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 517 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 416 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 283 ss.

¹⁴⁰ Sviluppano una posizione critica sul dolo richiesto dalle Sezioni Unite da *Carnevale* in poi, G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto “polemogeno”*, in *Arch. Pen.*, 2012, p. 496 – 500; V. MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, in *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit., p. 139 – 140.

concorso esterno, i giudici di legittimità giungono all'analisi del caso oggetto di giudizio, da inquadrare nel caso tipologico del c.d. patto di scambio politico – mafioso. Rispetto all'ipotesi che forse più di frequente investe la giurisprudenza italiana, la Corte accoglie un orientamento che deve essere intestato a Carlo Federico Grosso¹⁴¹ e in origine ritenuto anomalo dalla dottrina maggioritaria, ma più recentemente rivalutato. In breve l'art. 416 *ter* c.p. non costituisce un'ipotesi di reato che pretende di delimitare le sole ipotesi di contiguità politico – mafiosa penalmente rilevanti con la conseguente esclusione della configurabilità del concorso esterno in dette ipotesi; quella fattispecie, invece, “deve leggersi come strumento di estensione della punibilità oltre il concorso esterno”, ossia anche ai casi in cui il patto preso in considerazione, “non risolvendosi in un contributo al mantenimento o rafforzamento dell'organizzazione, resterebbe irrilevante quanto al combinato disposto artt. 110 – 416 *bis* c.p.” come disegnato da queste stesse Sezioni Unite. Al di fuori delle specifiche ipotesi prese in considerazioni da quella disposizione, le quali non richiedono di più che un mero scambio di promesse, precedentemente limitato al solo scambio voti – denaro¹⁴², il concorso esterno è integrabile purché sia provata l'efficienza causale del contributo ai fini dell'evento rafforzativo dell'associazione. Non semplice da provare, ma di questo la Corte non si preoccupa: la causalità è un requisito che non può essere piegato alle esigenze di politica criminale oppure a una, seppure evidente, complessità probatoria. Questo è il risultato di *Mannino II*, una sentenza che riconduce (forse sarebbe più corretto scrivere, “auspica di ricondurre”) la giurisprudenza eversiva precedente nell'alveo del garantismo penale, con tutti i costi che ne derivano in termini di tenuta dell'istituto e dei suoi obiettivi di repressione delle molteplici forme di contiguità mafiosa.

¹⁴¹ C. F. GROSSO, *Contiguità alla mafia*, cit., p. 1193 ss.

¹⁴² Con legge 16 aprile 2014, n. 62, il reato di scambio elettorale politico – mafioso è stato novellato allo scopo di correggere una formulazione anomala che limitava le ipotesi punibili al solo scambio voto-denaro.

6.1 La causalità del contributo dell'*extraneus*. La giurisprudenza successiva

Se si dovesse indicare un filo rosso che accompagna l'intero percorso giurisprudenziale e dottrinale del concorso esterno, dovrebbe indicarsi, senza ombra di dubbio, la causalità. Con questo si vuole dire che una chiave di lettura interessante della storia giurisprudenziale dell'istituto passa per l'evoluzione della causalità del contributo dell'esterno. Da un primo impatto tendenzialmente garantista, contenuto in *Demitry*, al passaggio all'idoneità *ex ante* di *Carnevale*, si giunge alle SS.UU. Mannino II che imprimono una forte svolta garantistica alla ricostruzione del concorso esterno sul c.d. versante oggettivo. In quest'ultimo *decisum*¹⁴³, la Corte non ammette incertezze, il contributo esterno deve avere una "reale efficienza causale", deve essere "condizione necessaria [...] ispirata allo schema della *conditio sine qua non*": il contributo per essere penalmente rilevante deve essere condizione senza la quale l'evento – il rafforzamento o la conservazione dell'associazione – non si sarebbe realizzato. Si tratta di un orientamento che occupa ampie parti della motivazione in sentenza e questo rigore interpretativo non può che derivare dall'anarchia che aveva caratterizzato la giurisprudenza prima e dopo il *dictum* Carnevale. Qui invece i giudici di legittimità criticano gli asserti scivolosi cui si era in precedenza pervenuti, poiché la causalità non può essere intesa nella sua accezione debole, così come "non basta certamente la mera disponibilità o vicinanza, né appare sufficiente che gli impegni presi dal politico a favore dell'associazione mafiosa, per l'affidabilità e la caratura dei protagonisti dell'accordo [...] abbiano il carattere della serietà e della concretezza", è invece necessario per integrare il concorso penalmente rilevante che, con riferimento ai contributi materiali, "all'esito di una verifica probatoria *ex post* della loro efficacia causale e non già mediante una valutazione prognostica di idoneità *ex ante*, si possa sostenere che abbiano inciso immediatamente ed effettivamente sulle capacità operative dell'organizzazione criminale" con uno *standard* probatorio, già affermato dalle SS.UU. Franzese cui i giudici rinviavano ripetutamente, "oltre ogni ragionevole dubbio" e "alla stregua dei comuni canoni di certezza processuale" che consentono di pervenire a un giudizio di responsabilità penale dotato di "alta credibilità razionale o di elevata probabilità

¹⁴³ Cass. Pen., Sez. Un., 12 luglio 2005, *Mannino II*, cit. p. 82 ss.

logica, prossima o confinante con la certezza”. Il richiamo alla sentenza Franzese¹⁴⁴ non sembra un caso, considerato che il relatore di entrambi i *dicta*, è l’attuale Primo Presidente della Corte di Cassazione, Cons. Giovanni Canzio. Di qui il trapianto azzardato di una causalità, quella elaborata con riferimento alla materia della responsabilità medico – chirurgica, nel settore in oggetto, posto a tutela di beni superindividuali e collettivi.

Una causalità come motivo di “disagio persistente” del concorso esterno continua a investire la dottrina e la giurisprudenza sulle modalità idonee a superare le difficoltà di delimitazione dell’istituto. Su questa presa di posizione, infatti, varie possono essere le considerazioni sia in punto di valutazione della scelta compiuta dalle Sezioni Unite e sia di tenuta dei criteri individuati. Da un lato, deve considerarsi attività apprezzabile quella svolta dalla giurisprudenza di legittimità, la quale tenta di ancorare il problematico e controverso istituto a indici garantistici, come la ricostruzione rigorosa di un nesso causale nei reati di danno, onde evitare scappatoie probatorie che sembrano invece celare pretese punitive a sfondo moraleggiante, di frequente rinvenibili in alcune pronunce di giudici di merito. Dall’altra, non v’è chi non veda come il richiamo a questa causalità forte comporti difficoltà probatorie insormontabili, tali da far dubitare dell’utilità della scelta adottata¹⁴⁵: se la giurisprudenza in tema di concorso di persone si era gradualmente allontanata dal paradigma condizionalistico, le Sezioni Unite avevano “ripercorso a ritroso un cammino antico”, senza “tuttavia tenere conto delle ragioni che avevano indotto ad abbandonarlo”. Se può considerarsi auspicabile un recupero delle garanzie penalistiche, in particolar modo nella materia del concorso esterno ove troppo frequenti sono stati i tentativi di relativizzazione di principi consolidati - e di questo si plaude al lavoro della Corte – è altrettanto vero come una tale ricostruzione del concorso esterno diventa ardua da provare in giudizio. Se il contributo esterno deve aver prodotto “risultati

¹⁴⁴ Cass. Pen., Sez. Un., 12 luglio 2002, *Franzese*, in *Foro It.*, 2002, II, p. 601 ss. con nota di O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico – chirurgico al vaglio delle sezioni unite*; per una critica alla sentenza, si veda altresì A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 276 – 280.

¹⁴⁵ “Pretendere di stabilire, in termini eziologici, se il contributo esterno abbia costituito una condizione necessaria per la sopravvivenza o per il rafforzamento dell’associazione criminosa, secondo massime di empirica plausibilità, significa semplicemente proporre un compito logicamente e praticamente impossibile”, così scrive T. PADOVANI, *Note sul concorso esterno*, cit. p. 497.

positivi, qualificabili in termini di reale rafforzamento dell'associazione", ciò deve essere provato sulla base di "massime di esperienza dotate di empirica plausibilità", intese come la volgarizzazione di leggi scientifiche. Se il contributo esterno, altresì, deve essere causalmente rilevante al rafforzamento, significa, come già scriveva Federico Stella, che "per stabilire se ad un'azione compete la qualifica di condizione dell'evento, si deve prima descrivere con esattezza il risultato naturalistico cui ci si riferisce"¹⁴⁶, cioè l'evento naturalistico e tipico cui deve "aggrapparsi" la condotta dell'agente. Evidente come entrambe le richieste che soggiacciono alla ricostruzione del nesso causale secondo gli schemi della teoria condizionalistica, accolta dalla normativa vigente all'art. 40 c.p., non possono essere evase. Non esistono o comunque "appare oltremodo difficile" – se si assume una prospettiva ottimistica¹⁴⁷ – individuare massime di esperienza idonee a spiegare, secondo l'*id quod plerumque accidit*, che a una serie di comportamenti corrisponda un rafforzamento o consolidamento dell'associazione mafiosa, essendo tanti e variegati i fattori che possono determinare un rafforzamento di un'associazione, la quale già esistendo e precedendo la condotta concorsuale, non consente di verificare una modificazione concreta e facilmente tangibile dello *status quo ante*. Su questo punto, deve aggiungersi peraltro che la *conditio sine qua non* possiede un'efficacia euristica limitata, poiché "per poter asserire che, eliminando mentalmente un'azione, l'evento lesivo viene meno, occorre prima sapere che l'azione in questione appartiene al novero di quelle che, secondo l'esperienza, sono generalmente in grado di produrre effetti dannosi del tipo di quelli verificatisi"¹⁴⁸. Questo non è dato sapersi allo stato delle conoscenze sociali e giuridiche attuali. Non esiste, altresì, il termine di riferimento, l'evento in senso naturalistico, inteso come la modificazione tangibile del mondo esteriore, poiché sembra invece che l'evento, riportato anche in sentenza, costituisca un

¹⁴⁶ F. STELLA, *La "descrizione" dell'evento*, Milano, 1970, p. 4.

¹⁴⁷ A. MANNA, *Concorso esterno (e partecipazione) in associazione mafiosa: cronaca di una "nemesi" annunciata*, cit., p. 477; le medesime preoccupazioni sono espresse dalla giurisprudenza come si rinvia in P. MOROSINI, *Il concorso esterno oltre le aule di giustizia*, cit., p. 264; ID., *La difficile tipizzazione giurisprudenziale del concorso esterno in associazione*, in *Diritto penale e processo*, 2006, p. 591.

¹⁴⁸ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 231; A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 226. Il limite della teoria accolta dal legislatore codicistico acquista evidenza nella risoluzione dei casi difficili o cc.dd. complessi, es. il caso delle macchie blu oppure i cc.dd. *mass disaster*, poiché l'assenza di leggi causali già conosciute dal giudice non consente di utilizzare efficacemente la c.d. eliminazione mentale.

evento giuridico come tipicamente previsto in quelle fattispecie poste a tutela di interessi superindividuali. Né tantomeno esiste un evento tipico cui aggrappare le condotte, poiché il reato di associazione di tipo mafioso non descrive alcun tipo di evento, limitandosi all'elencazione delle condotte punibili, motivo per il quale è indifferente la realizzazione di un ipotetico rafforzamento, anche di fronte alla condotta del c.d. partecipe maldestro¹⁴⁹. Rafforzamento o consolidamento dell'associazione sono concetti metaforici oppure possono considerarsi eventi giuridici, ma non rilevano come elemento indispensabile per la ricostruzione del nesso causale. Come riportato da Adelmo Manna¹⁵⁰, sembra che l'orientamento assunto dalle Sezioni Unite Franzese così come trapiantato nell'ambito del concorso esterno in associazione mafiosa, non possa funzionare. Potrebbe definirsi, per riprendere le categorie medico-legali da cui deriva il *dictum* appena menzionato, un "trapianto infausto", a giudicare dalla giurisprudenza successiva a *Mannino II*, la quale anziché trarre giovamento da un'ulteriore pronuncia a sezioni unite, si trova ancora una volta a fronteggiare *dictum* che non risolvono, ma creano maggiori difficoltà. Allo stato delle cose, la situazione che si prospetta è una strada senza vie di uscita almeno *de iure condito*. Delle due ipotesi di seguito prospettate, nessuna di esse conduce a una definizione dell'istituto apprezzabile: un'alternativa secca e ineludibile quanto sconsolata. Da un lato si può accogliere il *dictum Mannino II* e rassegnarsi a una sostanziale inutilità del concorso esterno, come afferma il Procuratore Generale Iacoviello nel corso della requisitoria al processo Dell'Utri¹⁵¹, di cui si analizzano più in dettaglio gli assunti nel paragrafo successivo, oppure dall'altro si dovrebbe accettare la plausibilità di una giurisprudenza di merito e di legittimità che, scavalcando il *decisum* delle Sezioni Unite con disinvolta noncuranza, accoglie una nozione debole di causalità, ridotta

¹⁴⁹ T. PADOVANI, *Note sul concorso esterno*, cit., p. 496.

¹⁵⁰ "Si ha, cioè, l'impressione che l'estensore della sentenza, che, infatti, è lo stesso di quella della cassazione, a Sezioni Unite penali, del 2002, ricorrente Franzese, abbia in realtà trapiantato quel costruito assai raffinato, riguardante però la responsabilità medico – chirurgica e, quindi la causalità in chiave omissiva dei reati causalmente orientati ma riguardanti beni giuridici di carattere individuale, come la vita e l'integrità fisica, ad un settore dell'ordinamento, invece, tutt'affatto diverso, perché non riguarda più i beni giuridici di carattere individuale, bensì di carattere collettivo, in relazione ai quali è estremamente difficile costruire eventi in senso naturalistico [...]” così A. MANNA, *Concorso esterno (e partecipazione) in associazione mafiosa: cronaca di una “nemesi” annunciata*, cit., p. 478.

¹⁵¹ F. M. IACOVIELLO, *Schema di requisitoria integrato con note d'udienza*, in *penalecontemporaneo.it*.

a mera idoneità *ex ante*¹⁵² oppure, ove spinta da un rispettoso, quanto meramente formale, ossequio a *Mannino II*, si accontenti di un evento in senso psicologico o di un'efficacia causale poi alla prova dei fatti non sorretta da alcun giudizio controfattuale.

Così si rinviene in un profluvio di *decisa*, come se il ricorso alle Sezioni Unite nel processo Mannino fosse stato puro esercizio di immaginazione, “*tamquam non esset*”. Così, a suffragio di quanto si afferma, in *Prinzivalli*¹⁵³: una sezione semplice della Cassazione, in materia di aggiustamento dei processi, ritiene che il concorso esterno si integra quando un magistrato assicuri il suo atteggiamento favorevole agli imputati di mafia anche senza considerare necessario l'elemento del concreto condizionamento della volontà di altri membri del Collegio giudicante perché già con il suo atteggiamento “Cosa Nostra si rinvigorisce della nuova linfa rappresentata dal contributo del magistrato colluso [...] insieme con l'aspettativa” che l'atteggiamento del colluso faccia aggio in seguito sulla Corte. Così anche in *Tursi Prato*¹⁵⁴, il cui caso tipologico, il patto elettorale politico – mafioso, costituisce il campo in cui più frequente è lo sviamento dai limiti garantistici disegnati dalle Sezioni Unite. Anche in questa decisione, si evade regolarmente da *Mannino*: la V Sezione penale della Corte di Cassazione si disinteressa completamente della decisione delle Sezioni Unite, omette di prenderla in considerazione e in spregio di quanto in essa affermato sostiene che è sufficiente il mero accordo, “costituendo tale circostanza agli occhi dei consociati in qualche misura una sorta di (obliqua) legittimazione, a prescindere da vantaggi economici più concreti e contingenti”. Non merita alcun commento, perché chiaro il rovesciamento rispetto alla sentenza “autorevole” (?) delle Sezioni Unite. Si ritorna, come se nulla fosse accaduto, a *Frasca*¹⁵⁵, tanto per citare un caso simile risolto sette anni prima di quest'ultima sentenza che può definirsi sconcertante.

¹⁵² Sembra un assurdo giuridico richiamare l'idoneità *ex ante* agli effetti del tentativo nell'ambito del concorso di persone: costituisce un paradosso giuridico in quanto l'ordinamento vigente ritiene penalmente irrilevante il tentativo di concorso, stante la disposizione di cui all'art. 115 c.p.

¹⁵³ Cass. Pen., 15 maggio 2006, *Prinzivalli*, in cit., p. 1112 ss. con nota di A. CORVI, *Il concorso esterno del magistrato nell'associazione di tipo mafioso*.

¹⁵⁴ Cass. Pen., 6 febbraio 2007, *Tursi Prato*, inedita.

¹⁵⁵ Cass. Pen., 17 aprile 2002, *Frasca*, cit.; la pronuncia di annullamento con rinvio della precedente sentenza di appello è, invece, datata 16 marzo 2000.

L'anarchia interpretativa¹⁵⁶ di cui sopra è talmente diffusa in giurisprudenza, in spregio di qualsiasi soggezione a una decisione proveniente dal massimo consesso che, secondo alcuni studiosi, dal 2005 a oggi non si è ricorso nuovamente alle Sezioni Unite non perché si fosse consolidato l'orientamento *Mannino* ma perché uniforme la giurisprudenza successiva *ex adverso*. Non resta che chiedersi seriamente se non sia improrogabile una previsione di una qualche vincolatività del precedente dei massimi giudici di legittimità, indispensabile in uno Stato civile il cui primo principio deve corrispondere alla prevedibilità dell'esito giudiziario, in sostanza, di "ciò che diranno i giudici".

6.2 Il grido della magistratura: la requisitoria del p.g. Iacoviello nel processo Dell'Utri

Dall'analisi svolta fino a qui, il concorso esterno potrebbe apparire come un istituto utilizzato regolarmente dalla giurisprudenza, senza che in essa si rinvenga il medesimo groviglio di opinioni dottrinali che da decenni affolla riviste giuridiche e convegni scientifici. La requisitoria di un esperto magistrato, il cons. Francesco Mauro Iacoviello, dimostra che così non è. Il concorso esterno è un istituto oggettivamente controverso e, per utilizzare l'ampio lessico più volte riportato da coloro i quali si sono occupati della tematica, esso è istituto sfuggente, liquido, instabile, controverso. "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. Ora lo sta progressivamente restringendo fino a casi marginali. In cassazione sono ormai rare le condanne definitive per concorso esterno. Dall'entusiasmo allo scetticismo. Ormai non ci si crede più"¹⁵⁷. Al netto

¹⁵⁶ La presa di distanza dal *dictum* delle Sezioni Unite non riguarda soltanto il versante oggettivo, si veda con riferimento all'elemento psicologico, l'ultimo atto del processo al Sen. Marcello Dell'Utri, in cui si scrive che "il concorrente esterno, pur sprovvisto dell'*affectio societatis* [...], deve essere consapevole dei metodi e dei fini dell'associazione (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", in Cass. Pen., 9 maggio 2014, *Dell'Utri*, n.28225, p. 59.

¹⁵⁷ F. M. IACOVIELLO, *Schema di requisitoria integrato con note d'udienza*, cit., p.17; sull'origine giurisprudenziale della fattispecie, come già assunto precedentemente all'indomani di *Demitry*, ID., *Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è più previsto dalla giurisprudenza come reato*, cit., p. 2073.

delle critiche che hanno seguito la pubblicazione dello schema di requisitoria del Sostituto Procuratore Generale¹⁵⁸, la posizione espressa assume i contorni di una resa, di cui appare opportuno provare brevemente a elencarne le motivazioni. Il concorso esterno è una fattispecie di origine giurisprudenziale: forse sarebbe sufficiente un'affermazione di questo tipo per revocare in dubbio l'istituto, se solo si considerasse rigidamente il *nullum crimen sine lege*. Forse corretto in un utopico *eldorado* penalistico, ma siccome è noto che esiste ormai una tendenza alla relativizzazione dei principi storici del diritto penale moderno¹⁵⁹, devono rinvenirsi altri motivi di preoccupazione sulla tenuta dell'istituto. Si può spaziare allora dal persistente stato d'incertezza giurisprudenziale, ormai perdurante senza soluzione di continuità da trent'anni, alla tensione stridente con le garanzie costituzionali, tra cui il principio di uguaglianza, di determinatezza, di precisione, di tassatività e di divieto di analogia *in malam partem*, instancabilmente sollevati da un'attenta dottrina¹⁶⁰. A ciò si aggiunga: l'uso improprio fatto da parte della magistratura requirente, spesso portata a un uso eccessivo e non ragionato dell'istituto, più spinta da una precomprensione a sfondo moraleggiante che da un giudizio basato sui caratteri del diritto penale del fatto; la pericolosità dell'istituto per la tenuta dei principi di leale collaborazione e di rispetto reciproco tra i poteri dello Stato, considerato che il concorso esterno costituisce l'ipotesi di reato più utilizzata per indagare su esponenti delle classi dirigenti; *last but not least*, l'incapacità della stessa magistratura penale di costruire una fattispecie stabile e generalmente condivisa nel mondo magistratuale, essendo ancora presenti, nonostante quattro sezioni unite, numerosi dubbi e contrasti interpretativi sui punti

¹⁵⁸ La pubblicazione della requisitoria del P.G. Iacoviello ha stimolato un intenso dibattito sulla nota rivista *penalecontemporaneo.it*. Per una rilettura degli interventi di critica e a sostegno della posizione assunta dal magistrato, si veda: C. VISCONTI, *Sulla requisitoria del P.G. nel processo Dell'Utri: un vero e proprio atto di fede nel concorso esterno*; V. MAIELLO, *Luci ed ombre nella cultura giudiziaria del concorso esterno*; P. MOROSINI, *Il concorso esterno oltre le aule di giustizia*; G. FIANDACA, *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*; D. PULITANÒ, *La requisitoria di Iacoviello: problemi da prendere sul serio*.

¹⁵⁹ Per un'analisi della tenuta del principio cardine del diritto penale, il principio di "stretta" legalità, alla prova dei tribunali, si veda: A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit.

¹⁶⁰ La posizione di ostilità della dottrina "negazionista" trovava ragion d'essere essenzialmente in una questione di "tollerabilità costituzionale" dell'espansione della punibilità ex art. 110 c.p. In questi termini, presenta la perdurante diffidenza verso il concorso esterno, G. INSOLERA, *Ancora sul problema del concorso esterno*, cit., p. 636.

qualificanti le condotte di compartecipazione criminosa al reato associativo mafioso, come si è tentato di illustrare nei paragrafi precedenti. *Mannino II docet*. Come si può facilmente osservare da questi brevi *input*, si tratta di problemi pesanti e irrisolti sui quali la dottrina ha riempito migliaia di pagine di riviste e si è impegnata in centinaia di ore di discussione scientifica. Questioni aperte che non possono essere trascurate come se nessuna di esse fosse così gravemente irrisolta da non condurre inevitabilmente alla conclusione fatta propria dal consigliere Iacoviello: si può, a buon diritto, affermare che “*a questo concorso esterno non ci si crede più*”. Senza alcun timore di essere smentiti. Non sembra utile di fronte al “grido” della magistratura fare finta di nulla oppure etichettare questa presa di posizione come un attacco all’utilità dell’istituto, quasi a volere sostenere che coloro i quali non esaltano l’efficacia di uno strumento così duttile e servizievole come il concorso esterno per le indagini in corso, per le custodie cautelari che si basano su quell’imputazione o per le condanne a cui comunque si è pervenuto, debbano essere annoverati tacitamente tra i difensori della mafia¹⁶¹, come anche di recente accaduto, all’indomani della presentazione del libretto “La mafia non ha vinto”, scritto da Giovanni Fiandaca e Salvatore Lupo. È accaduto che i due insigni studiosi del fenomeno mafioso abbiano “osato” dissentire dalla formulazione del teorema accusatorio della Procura di Palermo in merito alla c.d. trattativa Stato – mafia, per scatenare una babele mediatica, tale da far comprendere come sia difficile avviare un confronto tecnico e ragionato su certe tematiche. Un atteggiamento intriso di laicità giuridica e non di contrapposizione ideologica potrebbe invece consentire un’analisi più ragionata dell’espressione utilizzata comunque, come è stato da più parti ricordato, da un magistrato di notevole preparazione giuridica. Al concorso esterno, così come formulato *de iure condito*, cioè allo stato attuale della giurisprudenza, non può credersi soltanto, come invece sostiene il giudice Morosini, perché comunque è utilizzato nelle aule dei tribunali. Non si può non mostrare scetticismo verso il concorso esterno soltanto perché su di esso esistono processi in corso, trascurando i principi e le garanzie costituzionali. In sostanza, sarebbe illogico credere che il diritto

¹⁶¹ Esprime questo genere di preoccupazione, G. FIANDACA, *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, cit., p. 251. Per un ulteriore aneddoto sulla c.d. “babele mediatica”, ID., *Il concorso esterno agli onori della cronaca*, cit.

giudiziario funzioni soltanto perché un diritto giudiziario comunque esiste. Non sarebbe un servizio utile in un'alta civiltà giuridica, ove il principio fondamentale del garantismo si basa sull'assunto che è più grave punire un innocente che assolvere un colpevole e non sono rari i casi giudiziari infausti nella storia giudiziaria italiana. Il concorso esterno, così come disegnato dalla giurisprudenza in trent'anni di lotte e contrasti, non può essere credibile, le imputazioni come il costrutto giuridico sono oscure, affette da indeterminatezza, implicite, vaghe, criptiche e le Sezioni Unite costantemente ignorate, la giurisprudenza divisa profondamente su diversi giudizi di valore che soggiacciono alla rilevanza penale della contiguità mafiosa. Forse potrebbe obiettarsi che il grido della magistratura non sia la famosa scoperta dell'acqua calda, ma il fatto che anche all'interno della stessa siano frequenti certe prese di posizione critiche non può che essere un bene per la discussione giuridica. Così sollevando le criticità di un istituto utile quanto pericoloso, riprendendo ancora le parole del Procuratore Generale, non si agisce a favore degli imputati di mafia, ma a favore del diritto. Il diritto può non coincidere a volte con il sentimento popolare di giustizia, ciò spesso avviene nella lotta alla criminalità organizzata, ma "bisogna stare attenti a non piegare il diritto alla giustizia sostanziale, il diritto costituisce precedente, piegare il diritto alla giustizia, *oggi* può fare giustizia, ma è un precedente che domani produrrà mille ingiustizie, [...] ci sono momenti in cui diritto e giustizia vanno da parti opposte, è naturale che le parti offese scelgano la strada della giustizia, ma quando il giudice è posto davanti alla scelta drammatica tra diritto e giustizia, non ha alternativa. È un giudice sottoposto alla legge [...] deve scegliere il diritto"¹⁶². Così il Procuratore Iacoviello nella requisitoria al processo Eternit, conclusioni che possono costituire una guida generale per l'azione del magistrato, in qualsiasi campo del diritto. La magistratura deve applicare il diritto, non farsi portavoce di battaglie ideologiche, né ergersi a paladina della giustizia. Il concorso esterno non è strumento idoneo a conseguire congiuntamente diritto e giustizia. Anche la magistratura, che pure ha svolto un ruolo meritorio nell'evoluzione dell'istituto, ne è forse, finalmente, più consapevole.

¹⁶² F. M. IACOVIELLO, *Schema di requisitoria pronunciata davanti alla sezione I della Corte di Cassazione nel processo Eternit*, in *penalecontemporaneo.it*.

7. L'anarchia interpretativa e la mancanza di una cultura del precedente.

Conclusioni provvisorie.

Tracciare le fila di un discorso non è mai semplice, difficile poi, se l'evoluzione giurisprudenziale del concorso esterno non offre soluzioni definitive, seppure a seguito di un lungo e tormentato cammino. Ciò però si rende opportuno per passare a un'ulteriore riflessione sulla vita di un istituto controverso quanto fondamentale per rompere quei legami indispensabili per lo sviluppo della criminalità organizzata.

Dopo aver analizzato, in prima battuta, il fenomeno della contiguità mafiosa, di come esso si sia imposto all'ordinamento, di come il diritto abbia dovuto necessariamente apprestare strumenti e mezzi per farvi fronte, subito è apparso il ruolo di primo piano assunto dalla giurisprudenza. Dalla fine dell'800, con i due casi risolti dalla Cassazione palermitana, ma più incisivamente dagli anni '80, si è assistito a una sequela interminabile di sentenze contraddittorie e problematiche, uno scontro sincronico e diacronico che, giova riportare, non si è davvero mai sopito, un vero e proprio cancro per la prevedibilità del diritto. Se prima il quesito poteva essere sintetizzato nella secca alternativa, concorso esterno *sì*, concorso esterno *no*, in seguito, con il primo intervento a sezioni unite, il *dictum* Demitry, si è quasi generalmente accolta la configurabilità dell'istituto, non perché certe obiezioni siano state definitivamente risolte, ma perché esigenze di politica criminale e di politica giudiziaria di fronte alla recrudescenza del fenomeno, avevano preso il sopravvento sulla dogmatica e sulle ragioni teoriche a sostegno della negazione dell'istituto. È, infatti, dato acclarato, la forte capacità di condizionamento ambientale subita dai giudici, inclini, in quanto essere umani a subire le aspettative punitive e legalitarie provenienti dall'opinione pubblica e dai *mass media*. Con questa presa d'atto, non si vuole sminuire le argomentazioni assolutamente valide, sostenute da autorevole dottrina favorevole al concorso esterno, ma soltanto evidenziare come la tendenza diffusa di timore e voglia di riscatto contro un fenomeno di cui si iniziava a percepirne il forte disvalore, abbia avuto un ruolo determinante. Ciò nonostante, il problema non si è comunque risolto: si è passato dal problema della configurabilità al problema delle modalità e dei limiti di rilevanza penale della contiguità mafiosa. Oggi non può dirsi

raggiunta alcuna certezza in ordine ad alcun elemento che caratterizza la condotta di chi, estraneo all'associazione, vi apporti un contributo al rafforzamento della stessa. Non v'è unanimità di vedute sul dolo: un giorno si richiede come necessario un dolo diretto, un altro si richiede addirittura un'unitarietà di intenti, un'approvazione emotiva del programma criminoso, un altro ancora invece è sufficiente un dolo generico, una generica consapevolezza che il contributo aiuterà l'associazione, un altro si fa riferimento al dato criminologico in base al quale il concorrente è egoista, si disinteressa dell'associazione agendo per soli scopi personali. Nessuno potrebbe dire con sicurezza quale sia il dolo richiesto nel concorso esterno. Sul versante oggettivo, la situazione non è migliore: come debba essere il contributo è un *rebus*, poiché si spazia da un contributo episodico o continuato, oppure duraturo e non stabile nel tempo, da un concorso come reato permanente ad un reato solo eventualmente permanente. A chiosa di tanta imprecisione, la causalità: da un lato le sezioni unite con un'efficacia eziologica *ex post* del contributo, richiamando addirittura le Sezioni Unite Franzese, dall'altra una folta casistica giurisprudenziale secondo cui è sufficiente una generica disponibilità, vicinanza, un'amicizia mafiosa oppure un'idoneità agli effetti del tentativo. In questo stato di cose, trovare una minima certezza sembra una chimera. Non è assolutamente possibile dire chi sia e cosa debba fare il concorrente esterno, non è prevedibile cosa si deve o non deve fare per integrarne la condotta. Improrogabile prendere alcune decisioni, essendo evidente che tale stato di cose non può essere accettabile.

La giurisprudenza ha svolto una funzione encomiabile di definizione e tassativizzazione dell'istituto, con enormi sforzi e con tanta fatica, in supplenza di un legislatore totalmente indifferente. Questo però non può essere sufficiente per non rendersi conto che la stagione giurisprudenziale deve volgere al termine, che il diritto giurisprudenziale non è idoneo a svolgere le funzioni che in altri ordinamenti, es. di *common law*, esso svolge. Le Sezioni Unite Mannino II già contenevano in esse il "grido" di una magistratura che, consapevole della sua impotenza, metteva fine alla parabola giurisprudenziale del concorso esterno¹⁶³: se

¹⁶³ B. ROMANO, *Intervento*, in *Concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, a cura di R. Cerami, Milano, 2011, p. 162, si è espresso nel senso che, a suo avviso, quando ha letto la più

concorso di persone deve essere, la causalità come effettiva efficienza causale deve essere rispettata, non può essere accettato un *modus agendi* differente. Data questa “*interpretatio abrogans*”, il concorso esterno non “è più previsto come reato dalla giurisprudenza”: ecco la “nemesi annunciata”, come suggerisce anche Manna, secondo il quale la giurisprudenza si è comportata come, nella mitologia greca, Crono con i suoi figli. Se la strada del diritto giurisprudenziale non è percorribile, se non si può oltrepassare il limite cui la giurisprudenza è faticosamente giunta, si devono ricercare allora altre possibili vie di uscita.

Sembra evidente che si deve evitare di spingere la giurisprudenza a fare ciò che essa stessa non può fare, a compiti per lo svolgimento dei quali essa manca dei mezzi necessari. Non esiste uno strumento normativo che vincoli la giurisprudenza delle corti inferiori ai *dicta* di quelle superiori, manca una “qualche vincolatività del precedente giudiziario”; mancano tutti gli strumenti normativi utili a conciliare il diritto giurisprudenziale alle garanzie del cittadino, si pensi al c.d. *prospective overruling*, all’*absolute discharge* oppure alla *mistake of law*. Strumenti indispensabili nei sistemi a diritto giurisprudenziale, mancanti in quella che, forzatamente, vorrebbe definirsi una c.d. *judge made law italiana*. Ciò che si intende spiegare è che non ci si può atteggianti a sistema di *common law* senza averne gli strumenti, i correttivi indispensabili. In breve, si tenta di imitare goffamente una giurisprudenza anglosassone senza possederne i presupposti. Non soltanto gli strumenti normativi, ciò che manca è soprattutto l’abito mentale del giudice anglosassone: non una giurisprudenza anarchica, che non rispetta i precedenti delle corti superiori, come frequentemente accade nei tribunali italiani, non una giurisprudenza che muta frequentemente i suoi stessi *dicta*, superandoli senza un vero vaglio preventivo e graduale, senza un adeguato *self restraint* che l’insopprimibile esigenza di prevedibilità del diritto giudiziario richiederebbe¹⁶⁴. Tutto ciò che invece è avvenuto nella tormentata evoluzione giurisprudenziale del concorso esterno in cui si è reso evidente tutto ciò che manca nell’ordinamento

recente sentenza Mannino, gli è sembrato che “il concorso esterno non ci fosse più, tanto rigoroso era l’accertamento”.

¹⁶⁴ Sui fattori che rendono l’attività della giurisprudenza imprevedibile e sulla difficile legittimazione democratica della magistratura indipendente, V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione ad oggi*, in *Storia d’Italia – Legge, diritto, giustizia*, Torino, 1998, p. 784 ss.

italiano per aversi un'autentica *judge made law*: ecco perché non potrebbe mai trasformarsi da un giorno all'altro in un sistema di *common law*, un sistema in cui il giudice, e non soltanto la legge, crea il diritto. Questo non può avvenire se non con un processo innovativo, non soltanto normativo, ma anche e soprattutto culturale coinvolgendo l'abito mentale del giudice, non più un potere libero e svincolato da qualsiasi regola interna e da qualsiasi gerarchia. Un potere che conscio di essere fonte del diritto, ne assume su di sé la responsabilità.

De iure condito, nonostante sia indiscutibilmente presente in più ambiti, il diritto penale giurisprudenziale non può funzionare: pur apprezzandone l'attività definitoria e tassativizzante sul concorso esterno, è necessario guardare avanti.

Bisogna allora abbandonare i lidi del diritto giurisprudenziale, la sua stagione deve volgere al termine, perché si ritorni negli alvei tipici dell'ordinamento continentale, caratterizzati dal *nullum crimen sine previa lege scripta et stricta*. Allo stato delle cose, non esiste diversa soluzione. Dal contrasto ininterrotto in giurisprudenza all'incertezza latente, dal tradimento delle esigenze di difesa sociale a quelle di garanzia del cittadino, sono incommensurabili i danni che il silenzio assordante del Parlamento ha prodotto in quest'ambito. Basti citare per tutti alcuni nomi, espressivi di un disagio persistente che non accenna a calarsi, visti i recenti interessamenti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Mannino, Contrada, Dell'Utri: vicende giudiziarie trentennali ancora drammaticamente irrisolte, di cui unico responsabile è il Parlamento, il quale non ha saputo o non ha voluto mai interessarsene¹⁶⁵.

Sembra arrivato il momento, non più procrastinabile, perché il legislatore si svegli e inizi a occuparsi seriamente della materia. Se non altro per evitare che qualcun altro da Strasburgo intervenga al suo posto per imporgli di fare qualcosa che già, da solo, avrebbe potuto e dovuto fare.

¹⁶⁵ Recentemente si registra un'ulteriore presa di posizione delle forze politiche in cui si rinviene il totale disinteresse per la materia, delegata espressamente alle valutazioni del potere giudiziario. Una posizione di questo tenore si rinviene nella recentissima risposta del Sottosegretario alla Giustizia, on. Gennaro Migliore all'interpellanza avente ad oggetto le ricadute sull'ordinamento interno della sentenza della Corte EDU nel caso Contrada, presentata da un gruppo di parlamentari il 26 gennaio 2016. Si legge nel resoconto stenografico della seduta del 5 febbraio 2016 che "l'applicazione dei principi espressi dalla CEDU è rimessa esclusivamente alla valutazione dell'autorità giudiziaria, cui è devoluta l'applicazione del principio di diritto al caso concreto", da Camera dei Deputati, Assemblea, *Resoconto stenografico*, XVII Legislatura, n. 563, 5 febbraio 2016, scaricabile dal sito istituzionale camera.it.

CAPITOLO II

Il concorso esterno in associazione mafiosa: dalla giurisprudenza alla legge tra incertezze e precarietà dell'istituto. La mancata legittimazione nazionale.

SOMMARIO: 1. Contiguità mafiosa e responsabilità penale: il fenomeno e le (mancate) risposte dell'ordinamento. - 2. La supplenza alla legge: il ruolo e gli sforzi vani della dottrina. - 2.1 Il dibattito intorno alla configurabilità. - 2.2 Il dibattito intorno alla delimitazione della fattispecie. - 3. La fisiologica incertezza giurisprudenziale. - 4. "La parola passi alla legge": le opzioni di politica del diritto e le proposte in campo. - 4.1 Uno sguardo al di là dei confini nazionali. - 4.2 Le recenti proposte di legge in discussione al Senato della Repubblica. - 5. La mancata legittimazione nazionale del concorso esterno tra incertezze tecniche e diffidenze politiche.

1. Contiguità mafiosa e responsabilità penale: il fenomeno e le (mancate) risposte dell'ordinamento

Il fenomeno della contiguità mafiosa non rappresenta una novità per l'ordinamento italiano, come si può facilmente evincere da numerose testimonianze di storici della mafia, da rapporti di polizia locale, dalle dichiarazioni dei pentiti, nonché da qualsiasi studio extragiuridico sul fenomeno in oggetto¹. Non è difficile rinvenire dati e aneddoti da cui desumere che

¹ Per una lettura più ampia sull'argomento, si rimanda ai seguenti autori: S. LUPO, *Storia della mafia*, cit.; G. FIANDACA, S. LUPO, *La mafia non ha vinto*, cit., p. 3 – 66 (con riferimento alla parte storica); G. FIANDACA, *Riflessi penalistici del rapporto mafia – politica*, cit., p. 137 ss.; ID., *La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma*, cit., p. 21 ss.; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit.; G. FALCONE, *Cose di Cosa Nostra*, Milano, 1993, p. 93 ss. secondo il quale "Cosa Nostra vive in perfetta simbiosi con una miriade di protettori, complici, informatori, debitori di ogni tipo, grandi e piccoli maestri cantori, gente intimidita, ricattata che appartiene a tutti gli strati della società". Si sono interessate ripetutamente al fenomeno diverse commissioni parlamentari di inchiesta, nelle cui relazioni si possono rinvenire dichiarazioni come la seguente, a proposito dell'imprenditoria collusa: "imprenditori e mafiosi talvolta si trovano stretti in un connubio scellerato in cui ciascuno gode dei vantaggi offerti dall'altro", in Camera dei Deputati, Senato della Repubblica, Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similari, *Relazione conclusiva*, XV Legislatura, 20 febbraio 2008, Documento XXIII, n. 7, p. 19. Sull'evoluzione del *modus agendi* delle organizzazioni criminali e i riflessi sugli strumenti normativi atti a contrastarle si rinvia a A. CENTONZE, G. TIINEBRA, *Il concorso eventuale nell'associazione di tipo mafioso e la delimitazione delle aree di contiguità nell'esperienza giurisprudenziale*, cit., p. 161 ss. Ampiamente evidenziato il fenomeno nelle relazioni annuali della Direzione Nazionale Antimafia, fra tutte si rinvia a Direzione Nazionale Antimafia, *Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore Nazionale Antimafia e dalla Direzione Nazionale Antimafia nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di*

l'atteggiamento della criminalità organizzata non si è mai caratterizzato per l'ostilità nei confronti dell'ordinamento legittimo, ma piuttosto per una piena connivenza, vicinanza e per un subdolo inserimento in esso. Si potrebbe immaginare l'associazione mafiosa come un parassita che vive e si sostenta alle spalle di altri, che si inserisce nei gangli della società al fine di lucrare e ampliare il proprio potere sul territorio, che intrattiene relazioni di scambio con altre parti sociali. Le vicende, le situazioni e i riferimenti a sostegno di quanto qui si scrive sono innumerevoli. La mafia come fenomeno criminologico è un potere che si serve necessariamente di chi mafioso non è e neppure vuole esserlo. Dalla vicenda dei due sindaci di Calanna e Villa San Giuseppe, condannati per “aver operato con il medesimo intento pratico, un piede nella caserma e l'altro nella mafia, un po' per la giustizia un po' per gli associati e per l'associazione, per mantenersi al potere e comandare”², alla vicenda dell'onorevole Palizzolo, raccontata da Salvatore Lupo³, il quale figurava in sostanza come interfaccia politica della mafia palermitana presso le istituzioni, la contiguità mafiosa è un fenomeno antico, da farsi risalire alla nascita delle stesse organizzazioni criminali⁴, al punto tale che potrebbe dirsi che “se può certamente esistere una politica senza mafia” e sarebbe auspicabile che così fosse, “non può esistere una mafia senza politica”⁵. Non solo dichiarazioni di pentiti oppure delle cc.dd. forze antimafia, poiché alle medesime conclusioni giunge anche Giovanni Fiandaca, il quale in un intervento ad un convegno intitolato “Mafia e politica” a Firenze⁶, afferma che “se c'è una caratteristica fondamentale, che contribuisce a distinguere la criminalità mafiosa da altre forme di delinquenza, questa è proprio costituita dallo stesso legame di

stampo mafioso per il periodo 1 luglio 2013 – 30 giugno 2014, in www.camera.it, nella quale i riferimenti all'infiltrazione delle mafie nel tessuto sociale è frequentissimo. Si veda fra tutte, il riferimento alla mafia foggiana, p. 130 ss.

² Corte Assise Reggio Calabria, 4 febbraio 1932 (inedita, rinvenuta nell'Archivio di Stato di Reggio Calabria); sentenza in alcuni tratti censurata da Cass. pen., 30 giugno 1934, *Romeo*, in *Scuola Positiva*, 1935, p. 193 ss. La vicenda è tratta da C. VISCONTI, *Sui modelli di incriminazione della contiguità alle organizzazioni criminali nel panorama europeo*, cit., p. 189 ss.

³ S. LUPO, *Storia della mafia*, cit., p. 111 ss.

⁴ L. FRANCHETTI, *Condizioni politiche ed amministrative della Sicilia*, ult. ed., Roma, 2011, in cui un intero capitolo è dedicato alle “relazioni fra i malfattori di mestiere e le classi agiate e ricche della popolazione” e alla tendenza immunizzante diffusasi in quel contesto ambientale siciliano.

⁵ L'espressione è tratta da un'intervista a Don Luigi Ciotti, Presidente di Libera – Nomi e numeri contro le mafie, in occasione della XVII Giornata della memoria e dell'impegno in ricordo delle vittime delle mafie svoltasi a Genova il 17 marzo 2012.

⁶ G. FIANDACA, *Riflessi penalistici*, cit., p. 137.

essa con il potere”. Una lettura del potere mafioso confermata anche in seguito in lavori recentissimi aventi ad oggetto l’ormai arcinota “trattativa Stato – mafia”⁷, così definita impropriamente dai magistrati della Procura di Palermo e dai *mass media*. In questi lavori si conferma quanto appena accennato. Le organizzazioni mafiose contrattano e si relazionano costantemente con l’esterno, costruiscono una rete di relazioni sociali con la politica, l’imprenditoria, la magistratura, le forze di polizia. Ciò non costituisce una novità e non deve meravigliare oppure far immaginare a un atto di resa straordinario dello Stato dinanzi alle stragi escogitate dalle frange violente di Cosa Nostra in un periodo drammatico della storia italiana. In sostanza le organizzazioni mafiose si servono costantemente di soggetti esterni per convenienza oppure per necessità, come lascia trapelare la Corte di Cassazione a Sezioni Unite nel *dictum* Demitry quando afferma che queste si rivolgono al concorrente eventuale “per colmare eventuali vuoti in un determinato ruolo”⁸ oppure, come ripetuto in dottrina, quando l’associazione abbia bisogno di prestazioni infungibili che non potrebbero essere effettuate da soggetti ad esse intranei. Si tratta di professionisti come avvocati, medici, politici, imprenditori ma più in generale soggetti esterni che possono definirsi come “rispettabili”, nell’accezione non distorta del termine⁹, idonei cioè a sostenere l’organizzazione in certi ambienti in cui direttamente essa non potrebbe inserirsi oppure perché “insospettabili” e adatti ad agevolare l’attività lucrativa mafiosa nel riciclaggio dei proventi di attività illecite in attività lecite nel controverso ambito della contiguità in ambito economico – imprenditoriale. A fini esemplificativi, si possono brevemente richiamare alcune figure tipiche, spesso utilizzate dalla giurisprudenza per creare i cc.dd. casi tipologici. Trattasi di tipologie assai varie, come può rilevarsi dalle cronache storiche e giudiziarie: si pensi al politico in grado di rappresentare gli interessi dell’organizzazione nelle sedi istituzionali

⁷ Il termine è utilizzato non soltanto in via informale e nei *mass media*, ma assume una più ampia risonanza poiché formalmente utilizzato dalla Procura di Palermo, come si può evincere nella memoria a sostegno della richiesta di rinvio a giudizio degli imputati, nella quale si fa riferimento a una “scellerata trattativa”. Il documento è integralmente riportato in G. FIANDACA – S. LUPO, *La mafia non ha vinto*, cit., p. 139 ss.

⁸ Ampi riferimenti sulla convenienza che ne deriva in capo alle associazioni mafiose nelle relazioni sociali con soggetti “rispettabili” si rinvencono nell’accurata analisi sulle varie forme di contiguità alla mafia in A. BALSAMO - A. LO PIPARO, *La contiguità all’associazione mafiosa e il problema del concorso eventuale*, in *Le associazioni di tipo mafioso*, cit., p. 139 – 174.

⁹ Un riferimento all’uso distorto del termine si rinviene in A. MANTOVANO, D. AIROMA, *Irrispettabili. Il consenso sociale alle mafie*, Catanzaro, 2013.

opportune, il magistrato utile ad attenuare sentenze di condanna degli affiliati, l'imprenditore colluso presso il quale far assumere propri membri oppure tramite la cui impresa ottenere finanziamenti o appalti pubblici oppure al funzionario che rivela alla cosca informazioni coperte dal segreto istruttorio. La casistica, come brevemente accennato, è estremamente varia e sarebbe inutile in questa sede proseguire oltre, tante infatti sono le monografie e i contributi su riviste scientifiche che elencano le varie forme in cui si estrinseca la contiguità alla mafia¹⁰. Il dato di fondo è che di essi le associazioni mafiose non possono assolutamente fare a meno.

Come risulta evidente da decenni di studi sociologici sul fenomeno, i quali hanno condizionato la redazione della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 416 *bis* c.p.¹¹, l'associazione di tipo mafioso non può esistere, dunque, senza il supporto di concorrenti esterni. Lo prevede implicitamente la disposizione appena richiamata, la quale nel descrivere la tipologia dell'associazione e le sue finalità fa riferimento alla "gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici", all' "impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali". Queste finalità richiamano una rete esterna di relazioni, dall'imprenditore colluso nella gestione degli appalti, al funzionario pubblico compiacente nel rilascio di autorizzazioni, al politico colluso per essere eletto¹². Tutti esempi tipici di concorrente esterno, un termine questo che la giurisprudenza e la dottrina interessate al problema usano per indicare soggetti che non fanno parte dell'associazione, che non vogliono farvi parte e, si potrebbe aggiungere, che l'associazione stessa non vuole facciano parte, i quali agiscono in

¹⁰ Sulla casistica del concorso esterno in associazione mafiosa, la dottrina è estremamente ricca. Su tutti, C. VISCONTI, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa*, cit., p. 1335 ss.; C.F. GROSSO, *La contiguità alla mafia*, cit., p. 1199 ss.; M. VALIANTE, *L'avvocato dei mafiosi*, cit., p. 830 – 831; A. MANNA, *L'ammissibilità di un c.d. concorso esterno*, cit., p. 1197 ss. Si rinvia per una panoramica più ampia al già citato, A. BALSAMO - A. LO PIPARO, *La contiguità all'associazione mafiosa e il problema del concorso eventuale*, p. 139 ss.

¹¹ Il riferimento è alla formulazione del comma 3 dell'art. 416 *bis* c.p. in cui il legislatore ha optato per una descrizione del *modus agendi* delle organizzazioni mafiose basato su una terminologia extragiuridica che rimanda a conoscenze maturate in seno ad altre scienze sociali. Per un'interpretazione possibile dei termini "omertà", "assoggettamento", "intimidazione" si rinvia, fra gli altri, a G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., p. 491 ss.; G. TONA, *I reati associativi e di contiguità*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, III, a cura di A. MANNA, M. PAPA, A. CADOPPI, S. CANESTRARI, Torino, 2008, p. 1063 ss.

¹² A. CENTONZE, G. TINEBRA, *Il concorso eventuale*, cit., p. 164 ss.

forza di uno scambio di prestazioni utili a perpetuare il loro potere nei rispettivi ambiti di interesse. La c.d. borghesia mafiosa agisce sulla scorta di un contratto, in piena autonomia di scelta (e questo requisito lo distinguerebbe dalla vittima), in assenza di uno “stato di ineluttabile coartazione”, realizza un *do ut des*¹³: l’associazione criminale riceve ciò che serve per proliferare se stessa e in cambio, come controprestazione, utilizzando il c.d. metodo mafioso, di cui al comma 3 dell’art. 416 *bis* c.p., concede pacchetti di voti per le consultazioni elettorali, protezione delle aziende e dei cantieri, grandi quantità di denaro, ossia controprestazioni idonee a consentire al “rispettabile” di permanere e conservare il suo potere politico, economico e sociale. Il nucleo della condotta si rinviene in un interesse reciproco a servirsi dell’altro contraente in attività che sarebbero impossibili o più difficilmente realizzabili in autonomia.

Se il fenomeno così descritto non presenta alcuna incertezza circa la sua rilevante consistenza criminologica, così come nessuno dubita della forte carica di disvalore sociale che il comportamento della “borghesia mafiosa” assume, allo stesso modo, la dottrina che maggiormente si è interessata all’argomento, non dubita che l’ordinamento abbia tradizionalmente apprestato strumenti idonei a contrastare il *pactum sceleris* tra associazioni mafiose e soggetti “insospettabili” che da esterni apportano contributi rilevanti al rafforzamento e al consolidamento della stessa.

Si deve, dunque, sgombrare il campo da equivoci e luoghi comuni che rendono ancora più difficile la discussione di quanto già non lo sia¹⁴. Il concorso esterno non costituisce una novità, non è un’invenzione di qualche fantasioso magistrato antimafia italiano negli ultimi decenni del secolo scorso, ma è espressione di una tradizione giuridica italiana risalente già alla seconda metà dell’Ottocento, una tradizione che non ha mai disdegnato un uso massiccio dei reati associativi, così

¹³ G. FIANDACA, *Il concorso “esterno” tra sociologia e diritto penale*, in *Foro It.*, 2010, V, p. 176 ss. Ivi l’Autore imposta una riflessione *de iure condendo* sulla scorta di un’elaborazione di politica criminale basata sui risultati ottenuti in ambito sociologico e criminologico.

¹⁴ C. VISCONTI, *Sui modelli di incriminazione della contiguità*, cit., p. 189 ss.; ID., *La punibilità della contiguità alla mafia tra tradizione (molta) e innovazione (poca)*, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 1858. Si riporta per completezza un breve estratto del testo in cui Visconti tenta di sfatare un luogo comune sul concorso esterno che appartiene alla tradizione legislativa “e non, come non pochi hanno ritenuto, alla innovazione degli ultimi anni [...] ove il concorso esterno nell’associazione mafiosa è stato sovente rappresentato alla stregua di una invenzione di qualche giudice estroso, o peggio fanatico”.

come mai ha mancato di incriminare varie forme di sostegno a gruppi criminali, generalmente definite come forme di c.d. manutengolismo. Ne sono riprova alcune note pronunce della Corte di Cassazione di Palermo, nella seconda metà dell'Ottocento, vigente il codice sabaudo, oppure le numerose pronunce anche di Cassazione inerenti al problema dell'associazionismo eversivo dell'ordine politico di destra e di sinistra, e, come nel famoso caso Muther, del sostegno ai gruppi irredentisti altoatesini, sotto il codice Rocco. Se esistono sentenze che già più di un secolo fa convenivano a un'ammissibilità nell'uso del concorso esterno in relazione al fenomeno del brigantaggio oppure di altri fenomeni comunque altamente pericolosi per l'ordine pubblico, allora oggi forse non v'è da meravigliarsi più di tanto. Non soltanto la giurisprudenza, che non vale la pena richiamare di nuovo in questa sede, anche tutti i codici in vigore sul territorio italiano, già dal codice penale napoleonico del 1810, prevedevano in qualche modo una risposta dell'ordinamento alle forme di fiancheggiamento, assistenza o collateralismo alle bande armate, alle associazioni di malfattori, alle varie forme di associazione per delinquere, di cui in nota si riportano le disposizioni più significative¹⁵. Si tratta di quelle forme di collateralismo che Adelmo Manna definisce come "forme embrionali di concorso esterno", al punto che potrebbe dirsi che più che l'aura di novità, sembra attagliarsi bene l'immagine di un diritto simile all'antico palinsesto, ossia quella di una pergamena "da cui è stata raschiata la prima iscrizione per tracciarne un'altra, che però non la nasconde completamente, così che vi si può leggere in trasparenza l'antico sotto il nuovo"¹⁶.

¹⁵ Tutti i codici penali vigenti sul territorio italiano a partire dal codice penale napoleonico prevedevano strumenti atti a fronteggiare forme di collateralismo alle associazioni illecite. Fra le diverse disposizioni rinvenute, si riporta ad es., l'art. 99 del codice napoleonico, che prevedeva "quelli che conoscendo lo scopo ed il carattere delle dette bande avranno loro somministrato, senza esservi costretti, alloggio, luogo di ritirata o di unione, saranno condannati alla pena dei lavori forzati a tempo" oppure l'art. 299 del medesimo codice, con riferimento all'associazione di malfattori, in cui si prevedeva che "saranno punite con la reclusione tutte le altre persone incaricate di un servizio qualunque in queste bande, e quelle che avranno scientemente e volontariamente somministrato alle bande o alle loro divisioni delle armi, munizioni, istromenti atti al crimine, alloggio, ritirata o luogo di riunione". Disposizioni di tal fatta ricorrono sistematicamente in tutti i codici successivi, in particolare nel codice del Regno delle Due Sicilie (1819), poi nel codice sardo (1839), nel codice Zanardelli (1889) e infine nello stesso codice Rocco (1930). Ulteriori riferimenti più esaustivi si rinvengono in A. MANNA, *Concorso esterno (e partecipazione) in associazione mafiosa*, cit., p. 467 ss.; F. ARGIRÒ, *Note dommatiche*, cit., p. 774 ss.

¹⁶ F. OST, *La tradizione, eterna giovinezza del diritto?*, in *Ars interpretandi*, 2003, p. 136 come citato da C. VISCONTI, *Sui modelli di incriminazione della contiguità*, cit., p. 190.

Certo i problemi da affrontare verso la fine del secolo scorso sono differenti, presentano maggiori insidie e modalità di estrinsecazione ambigue, come sostiene anche Giovanni Falcone descrivendo certe condotte come “manifestazioni di connivenza e di collusione da parte di persone inserite nelle pubbliche istituzioni [che] possono eventualmente realizzare condotte di fiancheggiamento del potere mafioso, tanto più pericolose quanto più subdole e striscianti [...] Ed è proprio questa convergenza di interessi col potere mafioso, già richiamata a proposito di alcuni delitti mafiosi, che costituisce una delle cause maggiormente rilevanti della crescita di Cosa Nostra e della sua natura di contropotere”¹⁷.

Non solo per la tradizione giuridica italiana¹⁸ l’esigenza di “fare il vuoto” intorno alle associazioni criminali non rappresenta una novità, ma lo stesso può dirsi per gli ordinamenti stranieri che, in tempi più o meno recenti, hanno tipizzato varie forme di contiguità alle associazioni criminali. Di esse risulterà indispensabile un’analisi al momento in cui sarà necessario elaborare una riflessione sulle prospettive *de iure condendo*, ai fini di una comparazione giuridica utile all’elaborazione di proposte per il futuro legislatore penale. Qui interessa soltanto affermare come il concorso esterno non è mai stato un “fulmine a ciel sereno” in ambito giuridico e sorprende quindi, come si fa notare da varie parti, come l’uso che da un certo momento in poi ne ha fatto la giurisprudenza abbia scatenato un così forte vespaio di critiche e discussioni. Per utilizzare le parole di un noto magistrato occupatosi di numerosi processi contro la camorra, ciò che desta sorpresa e sincera curiosità è il riflettere su come mai per decenni il concorso esterno sia stato utilizzato senza che si alzasse una sola voce contro l’istituto - fra i casi più recenti il pensiero va a *Muther* - eppure non c’è alcun dubbio che anche in quei casi si trattasse di uno strumento giuridico che faceva “strame della

¹⁷ Così Giovanni Falcone descrive le condotte di fiancheggiamento alle associazioni di stampo mafioso nel corso del maxi processo palermitano in uno dei documenti più noti della storia giudiziaria italiana, la ordinanza – sentenza emessa l’8 novembre 1985 dall’Ufficio Istruzione del Tribunale di Palermo. Si rinvia per ulteriori riferimenti a Corte Assise Palermo, 16 dicembre 1987, *Abbate*, cit., p. 77 ss.

¹⁸ G. VASSALLI, *Sul concorso di persone nel reato*, in *La riforma della parte generale del codice penale*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 2003, p. 349. Scrive il Maestro dei penalisti italiani che la figura del concorso esterno: “ben può esistere, e come, senza essere relegata a casi eccezionali o marginali”, ne individua la condotta punibile in chi “aiuta il sodalizio una volta tanto, in modo occasionale per un’attività bene determinata e precisa, senza alcuna partecipazione ai fini o agli intenti dell’associazione, della quale può essere in linea di principio anche un nemico”.

tassatività”¹⁹. Nulla è cambiato nell’applicazione del concorso di persone a reati associativi, eppure un *quid pluris* deve esservi stato per sollevare cotanta attenzione.

Il legislatore penale, come già si è definito nel capitolo precedente, il grande assente della partita, è intervenuto in varie occasioni, ma non per risolvere la questione più annosa del concorso esterno, oppure, con un termine più adatto a inquadrare il comportamento socialmente riprovevole, della contiguità mafiosa. Dalla fattispecie di “associazione di tipo mafioso” di cui all’art. 416 *bis* c.p., l’aggravante al delitto di favoreggiamento personale per aver favorito taluno incriminato per aver commesso il delitto associativo – mafioso, introdotti con l. 13 settembre 1982, n. 646, allo “scambio elettorale politico –mafioso”, una specifica ipotesi di contiguità, di cui all’art. 416 *ter* c.p., introdotto con d.l. 8 giugno 1992, n. 306 e recentemente modificato con l. 17 aprile 2014, n. 62, passando per la nota aggravante di cui all’art. 7 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, il legislatore non è stato *in toto* inerte, mai ha però proceduto ad una tipizzazione del concorso esterno, nonostante le richieste provenienti della dottrina, le incertezze emergenti nella giurisprudenza anche di legittimità e le innumerevoli proposte avanzate dagli studiosi più interessati alla materia. Questo è stato l’atteggiamento di un legislatore che ha tentato di risolvere il problema per vie laterali, assente però sulla questione principale: *come* punire e, ancora prima, *se* punire chi dall’esterno, sfruttando posizioni assunte in contesti leciti, apporta contributi rilevanti per la vita e il rafforzamento delle associazioni mafiose. In questo senso, dunque, nonostante qualche segnale dell’ordinamento vi sia stato, si può parlare di una “mancata” risposta dell’ordinamento.

Di qui il “tormentato cammino” del concorso esterno, mai concluso, di cui resta apprezzabile l’impegno purtroppo vano profuso dalla dottrina, sia favorevole che contraria, e dalla giurisprudenza, entrambe chiamate a supplire chi sarebbe dovuto intervenire per rispondere ad esigenze di politica criminale e per attenuare un grave disagio interpretativo oggi ancora in atto nei tribunali italiani.

Di seguito sembra opportuno passare in rassegna l’attività di discussione scientifica posta in essere dalla dottrina penalistica italiana, impegnata in ricchi

¹⁹ R. CANTONE, *Discorso d’inaugurazione del corso di Diritto Penale*, cit.

dibattiti scientifici fertili di argomentazioni dogmatiche sulla configurabilità e in seguito sulla delimitazione dell'istituto, nessuna delle quali, valga il vero, riesce definitivamente a prevalere nella discussione. Soltanto la giurisprudenza prova a mettere ripetutamente fine alle discussioni, dando rilievo preponderante però più che a ragioni dogmatico – interpretative a esigenze certamente assai avvertite di difesa sociale²⁰, senza però risultati definitivi come il succedersi anomalo di quattro pronunce a sezioni unite e il perdurante contrasto sincronico e diacronico ancora in atto rende purtroppo evidente.

2. La supplenza alla legge: il ruolo e gli sforzi vani della dottrina

La mancata risposta del legislatore ai problemi di politica criminale sollevatisi dalla prassi giudiziaria ha determinato un forte impegno dei due restanti formanti del diritto, la dottrina e la giurisprudenza. Entrambe sono state impegnate a supplire in modo apprezzabile alla mancata tipizzazione di fattispecie incriminatrici *ad hoc* che, con maggiore precisione, avrebbero potuto inquadrare le condotte sotto una più chiara lente di ingrandimento. Sembra opportuno allora riportare le discussioni e le argomentazioni giuridiche avanzate, lungo tutta l'evoluzione giurisprudenziale del concorso esterno, da una dottrina impegnata in un'attività di ausilio e di suggerimento di soluzioni, aderendo a quell'invito - da più parti proveniente²¹ - a rendersi conto dell'attività co – fondativa del diritto svolta dai giudici e a fornire ad essi argomenti e soluzioni utili ai fini dell'integrazione del diritto in un campo caratterizzato da una vera e propria “delega all'interprete”²². Si è trattato cioè di un dialogo tra i due formanti ai quali deve essere attribuito il merito di un tentativo apprezzabile di integrare l'ordinamento in un ambito fra i più lacunosi e ostici del diritto penale: l'istituto

²⁰ G. INSOLERA, *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragion di Stato e gli inganni della dogmatica*, cit., p. 430. L'insigne studioso sembra rassegnarsi dinanzi a una partita impari in cui la dogmatica sembra essere chiamata a piegarsi alle ragioni di politica criminale quando afferma che sarebbe “ingenuo ritenere quindi che nel campo del c.d. concorso esterno, si giochino neutrali, quanto immaginarie, controversie dogmatiche”; ID., voce “*Concorso di persone nel reato*”, cit.

²¹ Su tutti, G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 239 ss.

²² P. MOROSINI, *La difficile tipizzazione giurisprudenziale*, cit., p. 587.

del concorso di persone, che - come qualcuno ha detto - rappresenta uno dei capitoli più oscuri della dogmatica penale²³.

Si riportano, di seguito, le argomentazioni avanzate dalla dottrina penalistica impegnata in un'attività responsabile e utile a fornire alla giurisprudenza soluzioni rispondenti ai principi di un diritto penale del fatto, a mitigare posizioni eccessivamente sbilanciate verso esigenze di mera difesa sociale, a sollevare problemi di aderenza delle soluzioni prospettate ai principi costituzionali di riferimento del penalista. L'impressione che si ricava da una lettura congiunta delle sentenze e dei contributi scientifici è quella di un moto circolare di argomentazioni²⁴ che hanno origine nei rispettivi ambiti di provenienza ma che circolano da formante a formante in una discussione che deve considerarsi sicuramente utile e proficua per la precisazione dell'istituto, ma che purtroppo non conduce – o forse non può condurre per ragioni estranee alla dogmatica penalistica – a una soluzione definitiva sia sull'ammissibilità del concorso esterno, sia sulla delimitazione dei confini dell'istituto stesso.

2.1 Il dibattito intorno alla configurabilità

Il dibattito intorno alla configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa, dopo un periodo di sostanziale disinteresse, si è sviluppato prevalentemente verso la fine degli anni '80 del secolo scorso e ha occupato numerosi penalisti in una produzione scientifica vastissima per un periodo assai prolungato²⁵. Sebbene oggi la discussione si sia spostata su aspetti diversi dalla generale ammissibilità dell'istituto, non è infrequente ritrovare riflessioni intorno all'argomento originario²⁶.

²³ T. PADOVANI, *Note sul c.d. concorso esterno*, cit., p. 487.

²⁴ Cass. Pen., Sez. Un., 30 ottobre 2002, *Carnevale*, cit., p. 453 ss. in cui si riportano, pur nel divieto di citare la dottrina, argomentazioni scientifiche che possono essere facilmente ricondotte all'elaborazione in materia di alcuni studiosi della materia.

²⁵ La letteratura in materia è sterminata, motivo per il quale si rinvia, per ora e soltanto per una rivisitazione di tutte le posizioni in campo a C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit.

²⁶ La problematica inerente all'ammissibilità del concorso esterno potrebbe tornare in auge in seguito a due decisioni assai rilevanti sull'argomento, Corte Cost. n. 48 del 2015 e Corte EDU, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, come si scorge da una recentissima sentenza del Tribunale di Catania, la quale, sulla base degli assunti formulati dalle due alte corti sopra citate, perviene alla conclusione dell'inammissibilità dell'istituto nell'ordinamento italiano.

Come propone Costantino Visconti in un suo saggio in materia²⁷, si possono individuare tre indirizzi di pensiero sull'ammissibilità del concorso esterno: i contrari (coloro i quali negano la configurabilità del concorso esterno almeno *de iure condito*)²⁸; i "disincantati" (coloro i quali ammettono teoricamente la configurabilità del concorso esterno ma ne paventano un uso indiscriminato oppure si mostrano scettici sulla sua concreta utilizzabilità)²⁹; i favorevoli (coloro che ammettono la configurabilità dell'istituto e ne promuovono un uso frequente per soddisfare esigenze di politica criminale)³⁰. Differenze che comunque si annullano dinanzi alla presa d'atto comune di quanto la contiguità mafiosa rappresenti un'esigenza di politica criminale forte, testimonianza di un "esigenza grave sollevata dalla prassi", come scriveva già Adelmo Manna, nonostante già ascrivibile alla schiera dei contrari, "i cui effetti degenerativi sul tessuto sociale appaiono troppo intensi e profondi da poter giustificare un atteggiamento di disinteresse da parte del legislatore penale"³¹

Partendo dalle obiezioni alla configurabilità dell'istituto, queste possono condensarsi in quattro tipologie di argomentazioni, le quali a loro volta attirano argomentazioni di segno contrario e favorevoli all'ammissibilità dell'istituto in un circolare di obiezioni e contro – obiezioni che non trova mai una definitiva risoluzione.

²⁷ C. VISCONTI, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa*, cit., p. 1307 ss. in cui si rinviene una riproposizione completa di tutte le argomentazioni che militano a sfavore della configurabilità del concorso esterno e ivi stesso l'Autore prova a confutarle. Una descrizione simile si rinviene in F. ARGIRÒ, *Note dommatiche*, cit., p. 785 ss.

²⁸ A. MANNA, *L'ammissibilità del c.d. concorso esterno*, cit.; F. SIRACUSANO, *Concorso esterno e fattispecie associative*, cit.; V. MUSCATIELLO, *Il concorso esterno nei reati associativi*, cit.; G. INSOLERA, *Concorso esterno nei delitti associativi: la ragion di Stato e gli inganni della dogmatica*, cit.; G. CONTENTO, *Il concorso di persone nei reati associativi e plurisoggettivi*, contributo dattiloscritto alla ricerca C.N.P.D.S. e C.N.R., su *La Riforma della parte generale del cod. pen.. Concorso di persone nel reato*, 1983, p. 10 ss.; M. RONCO, *L'art. 416 bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, cit., p. 84 ss. secondo il quale il concorso esterno è un istituto "illogico".

²⁹ G. FIANDACA, *La contiguità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale*, in *Foro It.*, 1991, II, p. 472 ss.; G. DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale*, cit.

³⁰ C. F. GROSSO, *Contiguità alla mafia*, cit.; L. DE LIGUORI, *L'associazione mafiosa: pregiudiziali sociologiche e problemi interpretativi*, cit.; G. PACI, *Osservazioni sull'ammissibilità del concorso eventuale nel reato di associazione a delinquere di tipo mafioso*, cit.; M. VALIANTE, *L'avvocato dei mafiosi*, cit.; C. VISCONTI, *Il tormentato cammino del concorso esterno*, cit.; M. CERASE, *Brevi note sul concorso eventuale ai reati associativi*, in *Cass. Pen.*, 1994, p. 2683 ss.; A. CENTONZE, G. TINEBRA, *Il concorso eventuale nell'associazione di tipo mafioso*, cit.

³¹ G. DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale*, cit., p. 1290 – 1291.

La prima argomentazione a sfavore dell'istituto è di ordine costituzionale: il concorso esterno viola il principio di uguaglianza perché applica indiscriminatamente il medesimo trattamento sanzionatorio al partecipe e al concorrente esterno e in più, v'è chi sostiene che quest'ultimo sarebbe punito anche più gravemente del primo perché soltanto all'estraneo si applica l'aggravante di cui all'art. 112 n.1 c.p.³². Inoltre, l'istituto in oggetto violerebbe anche il principio di tassatività e determinatezza di cui all'art. 25 co. 2 Cost. perché di applicazione incerta e imprecisa poiché non precisando quale sia il contributo rilevante ai fini dell'estensione della responsabilità penale si lascia ampia discrezionalità al giudice di attuare una giustizia del caso concreto nonché di consegnargli uno strumento formidabile di politica criminale³³. Si è detto, altresì, che trattasi di una fattispecie che ha origine dall'indeterminatezza congiunta dell'istituto generale del concorso di persone e dei reati associativi, cui sarebbe impossibile attribuire un contenuto oggettivo, coerente e razionale, con conseguente arbitrarietà nell'applicazione, riferibile a qualsiasi fatto utile al rafforzamento dell'associazione. A quest'ordine di obiezioni "costituzionali", sebbene davvero esistenti e innegabili, si oppone l'argomento secondo cui tali tensioni con i principi costituzionali appartengono all'intero istituto del concorso di persone nel reato così come previsto agli artt. 110 ss. c.p.³⁴. Nessuno contesta l'idea secondo la quale esso strida con i principi costituzionali suddetti, ma non per questo non si "contesta" l'applicazione dell'art. 110 c.p. al palo che partecipa alla rapina altrui e che sarà punito con il medesimo trattamento sanzionatorio. Il problema costituzionale del concorso esterno è il medesimo del concorso di persone, ma non v'è chi non veda come il problema risulti amplificato

³² A. MANNA, *L'ammissibilità del c.d. concorso esterno*, cit., p. 1194 ss.; V. MUSCATIELLO, *Il concorso esterno*, cit., p. 91 ss.; F. SIRACUSANO, *Concorso esterno e fattispecie associative*, cit., p. 1876.

³³ Su questo tipo di obiezioni, si aggiungono agli autori citati nella nota precedente, ampi riferimenti in G. INSOLERA, *Ancora sul problema del concorso esterno*, cit., p. 634 ss. il quale si riferisce ad esse come esempi di problemi di "tollerabilità costituzionale".

³⁴ G. PACI, *Osservazioni sull'ammissibilità del concorso*, cit., p. 548; sulle criticità dell'istituto del concorso di persone, aggravate dall'accostamento al delitto associativo, si rinvia a G. DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale*, cit., p. 1301 ss.; T. PADOVANI, *Note sul c.d. concorso esterno*, cit., p. 487 ss. Nella manualistica si rinviengono con assoluta frequenza considerazioni in merito alle criticità costituzionali dell'istituto concorsuale, si veda in proposito, fra gli altri, A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 516 – 517; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 515 – 516.

dall'accostamento anomalo di norme già sofferenti sul piano dell'aderenza ai principi costituzionali. Nonostante ciò, è altresì vero che nessuno ritiene veramente di farne a meno in ottica *de iure condendo* oppure di richiedere una dichiarazione generale di incostituzionalità di questi istituti. Si sostiene altresì, che l'art. 110 c.p. sia un contenitore vuoto che si affianca ad ogni fattispecie incriminatrice con una funzione di estensione della tipicità basata su un processo di tipizzazione causale. La determinatezza del contributo va ricercata in esso, sebbene d'altra parte è evidente come non sia possibile forse ottenere dall'idoneità offensiva al bene giuridico quella determinatezza richiesta perché altrettanto indeterminato e inafferrabile è anche il bene giuridico tutelato ³⁵. Sull'irragionevolezza del medesimo trattamento sanzionatorio, invece, v'è che chi sostiene che tale posizione sarebbe basata su una premessa errata: alla luce delle conoscenze criminologiche il contributo del magistrato che "assolve" i capi della cosca oppure del politico che assicura l'assegnazione di appalti pubblici alle imprese contigue non è meno pregno di disvalore criminale rispetto all'attività del "picciotto" siciliano. D'altra parte però si potrebbe obiettare che forse il "picciotto" non aumenta la forza della cosca in maniera consistente oppure non apporta un contributo insostituibile all'associazione alla pari di un uomo politico importante, ma la sua presenza quotidiana e costante al servizio dell'associazione rappresenta indice di pericolosità di un ente che, come per gli altri sodali, sa di poter contare per ogni questione e in ogni momento su di lui e ciò rende l'associazione altamente criminogena e particolarmente pericolosa per l'ordine pubblico perché in qualsiasi momento concretamente idonea a mettersi in funzione. Del resto, non si può celare che la forza delle associazioni mafiose è precipuamente nella consistente struttura a loro disposizione e nella capacità di radicamento capillare sul territorio tramite il quale i vertici possono gestire i diversi interessi, non soltanto illeciti, e cristallizzare quel senso di assoggettamento e di omertà posto alla base dell'associazione di cui all'art. 416

³⁵ F. M. IACOVIELLO, *L'organizzazione criminogena prevista dall'art. 416 c.p.*, cit., p. 574 ss.; G. DE VERO, *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, in *RIDPP*, 1993, p. 93 ss.; ribadisce la doppia indeterminatezza derivante dal combinato disposto artt. 110 – 416 bis c.p., G. FIANDACA, *Perché è il momento di rivoluzionare il concorso esterno*, in *Il Foglio*, 12 marzo 2016; in senso contrario, si veda Cass. Pen., Sez. Un., 30 ottobre 2002, *Carnevale*, cit., in materia di sufficientemente determinatezza delle fattispecie associative.

bis c.p. Si può già notare come le argomentazioni appena svolte siano passibili di ogni conclusione accettabile e nessuna di esse sembra davvero risolutiva.

La seconda argomentazione a sfavore è di ordine logico – giuridico, la sovrapponibilità delle condotte del partecipante e del concorrente esterno. La premessa indispensabile da farsi riguarda il nesso logico - concettuale tra le due condotte nel senso che in base al tipo di estensione che si dà alla partecipazione, ne deriva lo spazio concettuale esistente per il concorso esterno. Coloro i quali negano il concorso esterno partono dalla premessa che la condotta di partecipazione è a forma libera, non coincide con la “stabile permanenza del vincolo associativo” ma si delimita con riferimento all’associazione tramite una valutazione di idoneità offensiva causale, ossia attraverso il nesso esistente tra il contributo e l’associazione³⁶. Si è accolto quello che è stato definito come “paradigma causale”, in base al quale il soggetto che apporta un qualsiasi contributo causale minimo ma non insignificante già partecipa all’associazione³⁷. Non esiste spazio concettuale per il concorso esterno che finisce per coincidere sul piano oggettivo alla condotta del partecipante. Si è inoltre sostenuto che non vi sarebbe spazio in quanto ripercorrendo all’indietro il processo di tipizzazione causale si finirebbe per ricomprendere qualsiasi contributo causalmente rilevante all’associazione³⁸. Tale assunto non può essere confermato, a giudizio di altra dottrina, in quanto prova l’assurdo perché se così fosse allora a tutti i reati causalmente orientati non sarebbe applicabile l’ipotesi concorsuale ma nessuno ha mai dubitato che all’omicidio come alla rissa non sia ipotizzabile l’applicazione dell’art. 110 c.p. perché chiaramente individuabili sono le figure del concorrente e dell’autore del reato³⁹. Questa argomentazione, seppure interessante, sembra d’altra parte non considerare quanto frequentemente viene posto a premessa di varie pronunce e di diversi contributi scientifici: se non esistono generalmente dubbi sull’ammissibilità del concorso eventuale in qualsiasi fattispecie

³⁶ G. INSOLERA, *Il concorso esterno nei delitti associativi*, cit., p. 425 ss.; A. MANNA, *L’ammissibilità del c.d. concorso esterno*, cit., p. 1191 ss. in cui l’Autore tenta altresì di assegnare uno spazio concettuale alla condotta esterna, priva di efficienza causale, ma in qualche modo qualificabile come agevolatrice dell’associazione, senza però rinvenire dati normativi né argomenti concettuali utili ad ipotizzarne un’esistenza *de iure condito*.

³⁷ Cass. Pen., 23 aprile 1985, *Arslan*, in *Foro It.*, 1986, II, p. 595 ss.

³⁸ G. INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano, 1986, 148 ss.

³⁹ C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone*, cit., p. 41 come citato in C. VISCONTI, *Il concorso esterno nell’associazione mafiosa*, cit., p. 1323 ss.; ID, *Il tormentato cammino*, cit., p. 570.

plurisoggettiva, deve altresì valutarsi la compatibilità dell'istituto generale con ogni singola struttura di fattispecie sottoposta all'attenzione dell'interprete. Di qui coloro i quali pongono questa premessa, finiscono per ritenere incompatibile il concorso eventuale con il reato associativo, in particolare di tipo mafioso, considerata la sua particolare struttura inidonea a consentire un'estensione della tipicità concorsuale.

D'altra parte comunque, se si abbandona il paradigma causale a favore del "paradigma organizzatorio", avanza uno spazio logico – concettuale per inserirvi il concorrente esterno. Se si interpreta, come sembra che così ritenga la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria⁴⁰, la condotta di partecipazione come inserimento stabile in un ruolo dell'organizzazione, anche da considerarsi in senso "dinamico", oppure come semplice acquisizione di uno status in seguito a riti di affiliazione formale o anche da provarsi per *facta concludentia*, permane lo spazio per il soggetto che, estraneo alla struttura organizzativa del sodalizio perché non vi voglia aderire o perché non accettato dallo stesso, apporti comunque contributi rilevanti per l'associazione. Si recupera il *deficit* derivante dall'estraneità del soggetto tramite il rilievo al contributo causalmente rilevante. La tesi appena riportata troverebbe una solida base interpretativa nella lettera della disposizione poichè ivi si fa riferimento - qui il tenore letterale assume rilievo preponderante come si è più volte evidenziato - non al mero "per il solo fatto di partecipare", ma al "far parte", con ciò volendo sottolineare la stabile compenetrazione del sodale nel sodalizio, la dissoluzione dell'associato nell'associazione, così come d'altra parte, la qualifica di "uomo d'onore" non sarebbe un mero appellativo, ma indicherebbe uno *status* ricco di implicazioni socio – criminologiche, come si specifica precisamente anche in una decisione della Corte di Assise di Palermo nel

⁴⁰ Su tutti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 486 – 487; F. M. IACOVIELLO, *L'organizzazione criminogena*, cit., p. 574 ss. In particolare un autore, Mauro Ronco, ha scritto che sono tre i requisiti della partecipazione all'associazione mafiosa: l'adesione del soggetto ai vincoli del sodalizio ("*affectio societatis*"), il riconoscimento come socio da parte degli altri sodali (reato associativo come reato a concorso necessario) e il contributo stabile e causale al mantenimento dell'associazione. Per ulteriori riferimenti si rinvia a M. RONCO, *L'art. 416 bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, cit., p. 65 ss. In giurisprudenza l'indirizzo a favore del paradigma organizzatorio è ampiamente diffuso, si veda su tutte, Cass. Pen., 1 settembre 1994, *Graci*, cit., p. 541.

1987⁴¹. Si può inoltre aggiungere che è l'interpretazione della fattispecie associativa a richiedere l'esistenza di un'organizzazione strutturata e solida, idonea cioè a realizzare il programma criminoso, ad avvalersi sul territorio della forza di intimidazione e a creare quello stato di assoggettamento e omertà richiesto dalla disposizione stessa. D'altra parte comunque, non può sottrarsi la preoccupazione di chi sostiene che l'accoglimento del paradigma appena descritto, sia foriero di incertezze in riferimento alle cc.dd. nuove mafie etniche, rispetto alle quali non si possiedono le medesime conoscenze socio - criminologiche maturate in decenni di studio del fenomeno mafioso tradizionale. Stesso problema si potrebbe analogamente verificare con riferimento al processo di delocalizzazione delle mafie tradizionali verso contesti geografici tradizionalmente immuni, situazione nelle quali le organizzazioni mafiose creano piccole filiali che non integrano pedissequamente ogni elemento invece rinvenibile nel contesto geografico di origine⁴². Tali difficoltà renderebbero difficile anche l'individuazione delle due distinte condotte che sono concettualmente legate, così che la caduta del paradigma organizzatorio porterebbe con sé l'esaurimento dello spazio a disposizione per il concorso esterno⁴³. Di loro si potrebbe affermare, *simul stabunt, simul cadent*. Alle medesime conclusioni si perviene se si analizzano le più recenti analisi del fenomeno mafioso come impresa – rete in cui non sarebbe semplice distinguere

⁴¹ Corte Assise Palermo, 16 dicembre 1987, *Abbate*, cit., p. 78 in cui i giudici di merito si soffermano sulla pregnanza di implicazioni sociali derivanti dall'inserimento di un soggetto nella struttura di Cosa Nostra e nell'acquisizione della qualifica di "uomo d'onore" al fine di sostenere che il richiamo a tale *status* non sia specchio di un negativo ritorno a una forma di diritto penale d'autore.

⁴² Un esempio problematico di applicazione dei tradizionali strumenti interpretativi del fenomeno mafioso si rinviene nella sentenza emessa l'8 ottobre 2012 dal giudice per l'udienza preliminare del Tribunale di Torino nell'ambito della c.d. operazione Albachiara, relativo alla "locale" della '*ndrangheta*' operante nel basso Piemonte (e segnatamente nei comuni di Novi Ligure, Alba, Sommariva del Bosco e Asti). La suddetta decisione ha escluso la configurabilità del reato di associazione di tipo mafioso "in presenza di un preciso quadro probatorio sulla struttura interna di una locale di '*ndrangheta*', con la sua organizzazione, le sue regole, i collegamenti con la casa madre calabrese, per la ritenuta carenza di prova sul fatto che tale organizzazione si innestasse effettivamente nella società civile, ne alterasse le regole incutendo timore e soggezione, fosse *conosciuta*, sprigionasse attorno a sé, nel territorio piemontese, attualmente e non potenzialmente, una carica intimidatoria autonoma capace di generare un diffuso alone di intimidazione". Per ulteriori rilievi si rinvia a A. BALSAMO, S. RECCHIONE, *Mafie al nord. L'interpretazione dell'art. 416 bis e le strategie di contrasto*, in *penalecontemporaneo.it*.

⁴³ G. INSOLERA, *Ancora sul problema del concorso esterno*, cit., p. 640 – 643; G. TONA, *I reati associativi e di contiguità*, cit., p. 1141; G. DE FRANCESCO, *I poliedrici risvolti di un istituto senza pace*, in *Legislazione penale*, 2003, p. 709.

chi è dentro da chi è fuori, non esisterebbe una vera e propria struttura interna in cui inserire i partecipi in quanto l'impresa si forma su molteplici filiali esterne, sparse geograficamente e farebbe riferimento a svariati collaboratori e consulenti al punto da far cadere la tradizionale distinzione dentro/fuori a favore di un mero criterio utilitaristico. Ciò che conta non è la qualifica assunta, ma cosa si apporta all'associazione, così di fatto recuperando probabilmente il vecchio paradigma causale⁴⁴. Non esiste più soltanto la mafia tradizionale caratterizzata da una struttura organizzativa ampia e articolata utile al controllo del territorio in cui essa si insedia, ma il fenomeno mafioso si è evoluto e va verso forme più sfuggenti e liquide al punto tale da essere difficilmente riconducibili agli schemi classici tradizionalmente utilizzati dalla giurisprudenza per inquadrare il fenomeno.

Con riferimento al lato soggettivo, i “contrari” aggiungono l'argomentazione secondo la quale le condotte sarebbero sovrapponibili anche riguardo all'elemento psicologico. Attesa la concezione monistica del concorso di persone, una parte della dottrina ha sostenuto la tesi della c.d. unitarietà dei titoli soggettivi⁴⁵: non sarebbe ammissibile un concorso con titoli soggettivi differenziati, motivo per il quale concorrente e partecipe avrebbero il medesimo dolo specifico richiesto dalla fattispecie associativa e dunque non si distinguerebbero fra loro neanche sul piano psicologico. L'argomento a sostegno della tesi appena descritta si basa sull'idea che certamente il concorso di persone ha una funzione estensiva della punibilità per quanto concerne condotte atipiche di partecipazione al reato, “ma non contiene elementi testuali tali da far pensare anche ad un ampliamento delle forme di imputazione soggettiva” chè altrimenti “si assisterebbe ad una fattispecie totalmente diversa da quella monosoggettiva, sia sotto il profilo oggettivo, sia sotto quello soggettivo”. Dunque, come aveva in alcune decisioni sostenuto anche

⁴⁴ F. M. IACOVIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa*, cit., p. 2082 ss. in merito al tentativo di ricostruire l'organizzazione mafiosa come impresa economica e ricondurla in alcuni moduli esplicativi del diritto penale dell'economia; approccio sostanzialmente recepito in A. CENTONZE, G. TINEBRA, *Il concorso eventuale*, cit., p. 193 – 195. Questo approccio al tema, diretto a sviscere il paradigma organizzatorio perviene alla conclusione con un interrogativo significativo: “la domanda che dovremmo porci è questa: che differenza fa se uno esercita la stessa funzione stando dentro o fuori dell'organigramma gerarchico dell'impresa?”. Sulla distinzione della mafia come *power syndicate* e/o *enterprise syndacate*, si veda A. BALSAMO, A. LO PIPARO, *La contiguità all'associazione mafiosa e il problema del concorso eventuale*, p. 96 – 97.

⁴⁵ A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 529. In giurisprudenza, Cass. Pen., 23 agosto 1994, *Amato*, cit.; Cass. Pen., 3 giugno 1994, *Della Corte*, cit., p. 1114.

la giurisprudenza di legittimità favorevole al concorso esterno⁴⁶, così di fatto riducendone ampiamente la portata applicativa, nei reati a dolo specifico, perché si possa avere concorso di persone, è necessario che tutti i concorrenti abbiano il fine ulteriore che caratterizza il reato, ossia la realizzazione del programma criminoso.

Altra parte della dottrina⁴⁷, con il sostegno della successiva giurisprudenza maggioritaria⁴⁸, ha ritenuto invece accoglibile la possibilità di concorrere con dolo generico in un reato a dolo specifico, purché almeno uno dei concorrenti abbia il dolo richiesto dalla fattispecie incriminatrice. In base a questo orientamento, dunque, l'esterno può concorrere anche con un dolo generico che consiste nella coscienza e volontà del proprio contributo e della consapevolezza che esso sia diretto al rafforzamento di un'associazione criminale. Non v'è chi non veda, infatti, che sul piano criminologico, la contiguità si risolve in uno scambio tra soggetti autonomi i quali agiscono in forza di un *do ut des*, nella totale indifferenza per le sorti dell'altro contraente, del quale è ben possibile vogliano il peggior male possibile. Difficile allora immaginare che l'esterno possa volere la realizzazione del programma criminoso, ma, come frequentemente ripetuto in dottrina, egli agisce con interessi finalisticamente divergenti, agendo per scopi di esclusivo interesse personale se non addirittura disinteressandosi dell'associazione stessa, né sostengono altri, sarebbe immaginabile che l'estraneo possa condividere un programma criminoso che non ha contribuito né a ideare né a deliberare. V'è chi, ancora, come Carlo Federico Grosso, porta questo orientamento alle estreme conseguenze, ritenendo che sarebbe configurabile anche il concorso esterno quando l'*extraneus* concorra accettando il mero rischio di favorire un'associazione mafiosa, ossia con il dolo eventuale⁴⁹. Per completezza è opportuno riportare anche un'ulteriore argomentazione secondo la quale, sebbene

⁴⁶ Cass. Pen., 23 agosto 1994, *Amato*, cit.

⁴⁷ L. DE LIGUORI, *L'associazione mafiosa*, cit., p. 56 – 57; M. CERASE, *Brevi note sul concorso eventuale*, cit., p. 2684; si ribadisce questo orientamento anche in G. INSOLERA, voce “*Concorso di persone nel reato*”, cit., p. 476 in cui l'Autore, pur da annoverare tra i contrari all'ammissibilità del concorso esterno, scrive: “ben si può ipotizzare un concorso con dolo generico in un reato a dolo specifico, sempre che tale connotazione soggettiva sia ravvisabile in un altro concorrente. Il partecipe atipico, anche se privo della particolare proiezione intenzionale animante l'esecutore, dovrà esserne tuttavia consapevole”.

⁴⁸ Su tutte, Cass. Pen., Sez. Un., 5 ottobre 1994, *Demitry*, cit.

⁴⁹ C. F. GROSSO, *La contiguità alla mafia*, cit., p. 1192.

non indispensabile per ammettere il concorso esterno, il concorrente potrebbe agire con un dolo specifico, così come avviene nel concorso morale, in quanto ciò che permane a distinguerlo dal partecipe sarebbe la mancanza della c.d. *affectio societatis*⁵⁰, salvo poi rilevare come sia estremamente difficile basare una differenziazione di posizioni su un dato così labile e impercettibile a meno di non volerlo automaticamente desumere da eventuali c.d. cerimonie di ingresso⁵¹ o, peggio ancora, dalla posizione sociale assunta dal soggetto agente.

La terza obiezione a sfavore è di carattere testuale poiché si sostiene che il concorso esterno non è ammissibile in quanto l'art. 418 c.p. nell'espressione in esso contenuta "al di fuori dei casi di concorso", alla luce di una lettura sistematica, fa riferimento al concorso necessario (artt. 416 – 416 *bis* c.p.) e non al concorso eventuale perché le condotte in vario modo agevolatrici del singolo sodale o dell'associazione sono già tipizzate in altri termini dal legislatore⁵². Si tratta di un argomentare curioso perché dalla medesima espressione, la dottrina rinviene significati differenti e opposti con riferimento alla medesima questione. Si è affermato, al contrario, che l'argomento letterale vada a favore dell'ammissibilità dell'istituto perché s'è detto che se il legislatore avesse voluto riferirsi al concorso necessario, avrebbe utilizzato l'espressione già frequente "al di fuori dei casi previsti nell'articolo precedente" e in più giacché nella disposizione qui richiamata vi è già un riferimento alla partecipazione, il legislatore non avrebbe utilizzato due termini diversi per indicare la stessa condotta⁵³. Non assurdo però immaginare che il legislatore non avesse voluto indicare la stessa condotta, ma dovendo indicare l'intero fascio di condotte inerenti al reato associativo, abbia preferito utilizzare come espressione di sintesi del concorso necessario, la formula poi effettivamente utilizzata, la quale ricomprenderebbe la partecipazione, la direzione, la promozione e così via⁵⁴. Si tratta comunque di interpretazioni accumulate nel tempo, ognuna di esse

⁵⁰ Cass. Pen., 5 ottobre 1994, *Demitry*, cit., p. 438 – 439.

⁵¹ A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 551; G. INSOLERA, *Il concorso esterno nei delitti associativi*, cit., p. 427 – 428; C. VISCONTI, *Il concorso esterno*, cit., p. 1314 – 1315.

⁵² F. SIRACUSANO, *Il concorso esterno*, cit., p. 1875.

⁵³ M. CERASE, *Brevi note sul concorso eventuale*, cit., p. 2685; S. SAGLIA, *Osservazioni in tema di concorso eventuale nel reato di associazione di tipo mafioso*, in *Giustizia penale*, 1992, p. 310; C. F. GROSSO, *Contiguità alla mafia*, cit., p. 1191.

⁵⁴ C. VISCONTI, *Il tormentato cammino*, cit., p. 568.

plausibile e non risolutiva della questione al punto che più studiosi ritengono che l'argomento testuale – letterale sia inconcludente perché idoneo a offrire sostegno a tutte le ipotesi in campo⁵⁵.

Ultima obiezione di coloro che in precedenza si è definito come “contrari” è di ordine sistematico ma richiama a sé una forte tensione “costituzionale” in materia di tassatività e divieto di analogia *in malam partem*⁵⁶. Il legislatore ha espressamente tipizzato alcune forme di collateralismo alle associazioni criminali, v'è stata cioè una selezione di fatti, come si può osservare dagli artt. 307 – 418 c.p. in cui si puniscono specifiche forme di assistenza agli associati, l'aggravante di cui all'art. 378 co. 2 per chiunque abbia aiutato a eludere le investigazioni o a sottrarsi alle ricerche dell'autorità un soggetto che ha commesso il delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p., l'aggravante prevista ai sensi dell'art. 7 d.l. 152/1991 per colui il quale commette un delitto per agevolare l'associazione mafiosa e infine, l'ipotesi tipizzata di concorso esterno, lo scambio elettorale politico - mafioso di cui all'art. 416 *ter* c.p. che punisce il politico che ottiene la promessa di sostegno elettorale dalle associazioni mafiose in cambio di denaro o altra utilità. Se il legislatore ha provveduto alla scelta di ciò che è penalmente rilevante, allora tutto quanto rimane fuori deve considerarsi penalmente irrilevante. *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*⁵⁷, scrivevano secoli fa i latini. Non può il giudice accollarsi esigenze di politica criminale, supplendo al potere legislativo cui soltanto spettano le scelte incriminatrici, né si possono aggirare scelte di legislazione penale con il richiamo a istituti di parte generale. D'altra parte, si è comunque affermato che le

⁵⁵ G. INSOLERA, *Il concorso esterno nei delitti associativi*, cit., p. 429, in cui si parla di “vischiosità”, “inconcludenza” ed “equivocità” del criterio storico – letterale; così anche in C. VISCONTI, *Il tormentato cammino*, cit., p. 568. Secondo l'Autore “la questione meramente dogmatico – esegetica non si presta per sua natura ad essere risolta una volta per tutte in un senso o in un altro”. Per le diverse letture interpretative della Relazione ministeriale al progetto di codice penale, si rinvia altresì a Cass. Pen., 5 ottobre 1994, *Demitry*, cit., p. 441 – 442; F. ARGIRÒ, *Note dommatiche*, cit., p. 787.

⁵⁶ F. SIRACUSANO, *Il concorso esterno*, cit., p. 1875, secondo il quale “v'è nel codice una precisa indicazione circa la rilevanza di alcuni fatti del non associato, vi è una selezione di questi fatti in quanto ritenuti idonei per il conseguimento degli scopi del sodalizio”.

⁵⁷ Questo tipo di ragionamento è riportato in un *leading case* per l'inammissibilità del concorso esterno alla cui motivazione si rinvia a Cass. Pen., 18 maggio 1994, *Clementi*, cit., p. 575. In dottrina si veda A. MANNA, *L'ammissibilità di un concorso esterno*, cit., p. 1196 – 1197 in cui si legge che “la possibilità di venire puniti per una cooperazione *ab esterno* alla struttura associativa rappresenta, dunque, un'ipotesi particolare, applicabile in via esclusiva, alle poche fattispecie tassativamente previste dalla legge, escludendo, perciò, ogni margine applicativo ad ulteriori fattispecie, stante il divieto di analogia *in malam partem*”.

ipotesi tipizzate di cui sopra avrebbero un ambito di applicazione diverso dal concorso esterno, ossia sarebbero riferibili ad altre tipologie di condotte che non si sovrappongono alle condotte invece riconducibili al paradigma concorsuale. In altre sedi, v'è chi afferma altresì che comunque esse rappresentano il frutto di una legislazione emergenziale da cui non può desumersi, ad ogni modo, un'intenzione ragionata da parte del legislatore⁵⁸. Si è detto, con riferimento agli artt. 307 – 418 c.p., che trattasi di ipotesi aventi un oggetto di applicazione limitatissimo e che svolgono una funzione sussidiaria come indicato nella clausola di riserva iniziale e puniscono soltanto condotte di sostegno al singolo associato e non all'associazione nel suo complesso⁵⁹. Diverso anche il campo applicativo per l'aggravante di cui all'art. 378 co. 2 c.p., posto che il favoreggiamento si realizza dopo che fu commesso il reato, mentre il concorso è “nel medesimo reato”⁶⁰. Sull'aggravante della c.d. finalità mafiosa, su cui si sono soffermati più precisamente tutti gli studiosi, varie sono le ipotesi elaborate per distinguere il campo applicativo di essa rispetto al concorso esterno. Si è detto, per esempio, che se l'aggravante in oggetto si applica all'esterno che commette un delitto per agevolare l'associazione mafiosa, allora, ritenuto configurabile il concorso esterno, lo spazio applicativo di questo riguarderebbe le ipotesi di commissione di soli atti leciti, cc.dd. atti di militanza associativa. Se fosse configurabile il concorso esterno, dunque, si determinerebbe un'aporia logica poiché sarebbe punito irragionevolmente con un trattamento sanzionatorio più grave il concorrente che ha commesso un'attività lecita (artt. 110 – 416 *bis* c.p.) rispetto all'esterno che ha commesso un delitto (es. art. 575 c.p. – art. 7 d.l. 152/1991)⁶¹. Per evitare una tale situazione, si dovrebbe concludere che l'esterno può essere punito con l'aggravante della finalità mafiosa, giammai tramite il concorso esterno da considerarsi come inammissibile. Secondo la dottrina avversa, invece, ciò si basa su un'errata premessa, ovvero sia che l'attività del concorrente non deve considerarsi lecita, ma già di per sé illecita in forza della funzione

⁵⁸ C. VISCONTI, *Il tormentato cammino*, cit., p. 573.

⁵⁹ Su tutti, C. VISCONTI, *Il concorso esterno*, cit., p. 1310 -1311.

⁶⁰ M. CERASE, *Brevi note sul concorso eventuale*, cit., p. 2685; G. PACI, *Osservazioni sull'ammissibilità del concorso eventuale nel reato di associazione a delinquere di tipo mafioso*, cit., p. 547 - 548

⁶¹ F. SIRACUSANO, *Il concorso esterno*, cit., p. 1875 – 1876.

incriminatrice insita nell'art. 110 c.p. e dunque non esisterebbe alcuna irragionevolezza sanzionatoria⁶². D'altra parte si è anche sostenuto che la diversità risiede in altri elementi differenziali perché, mentre nell'aggravante rileva l'elemento soggettivo – finalistico che non deve realizzarsi, trattandosi di un'ipotesi di dolo specifico, nel concorso esterno il rafforzamento dell'associazione costituisce un elemento oggettivo che richiede una pronta e effettiva verifica⁶³. Altri ritengono che rilevi il tipo di contributo prestato perché, se isolato da un contesto di sostegno più ampio, cioè come svolgimento di un singolo e episodico comportamento per agevolare il sodalizio, si applica l'aggravante, se inserito in un contesto di disponibilità maggiore si applica il concorso esterno. Si è altresì utilizzato un altro criterio: se la condotta si concretizza in un delitto – scopo si applica l'aggravante, altrimenti se si pone in essere un atto di militanza associativa, il concorso esterno. Non isolato è altresì l'orientamento di chi ritiene che se il delitto – scopo commesso rilevi ai fini del rafforzamento dell'associazione o del suo mantenimento in vita, come avviene nel caso in cui l'esterno abbia commesso l'omicidio di un tale che si sia rivelato pericoloso per l'esistenza dell'associazione, si integri anche il concorso esterno⁶⁴, altrimenti se il delitto non rileva particolarmente per le sorti della stessa, si integra soltanto l'aggravante, anche se non v'è chi non veda che tale riflessione affida alla valutazione dell'associazione e alle sue strategie interne la scelta di una o un'altra norma incriminatrice⁶⁵.

Infine, lo scambio elettorale politico – mafioso, recentemente oggetto di un'opportuna modifica legislativa, è stato oggetto di diversi orientamenti dottrinali⁶⁶. Secondo coloro i quali sono stati definiti come contrari oppure

⁶² C. VISCONTI, *Il tormentato cammino*, cit., p. 572 – 573.

⁶³ G. DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale*, cit., p. 1296 ss.; C. VISCONTI, *Il concorso esterno nei reati associativi*, cit., p. 1311 – 1312.

⁶⁴ C. VISCONTI, *Il concorso esterno nei reati associativi*, cit., p. 1342 -1343, il quale paventa la violazione del *ne bis in idem* nei casi in cui l'esterno possa essere punito per un medesimo fatto a titolo di concorso esterno, del delitto – scopo commesso aggravato, inoltre, dalla c.d. finalità mafiosa.

⁶⁵ Cass. Pen., Sez. Un., 5 ottobre 1994, *Demitry*, cit., p. 440; *contra*, G. INSOLERA, *Il concorso esterno nei delitti associativi*, cit., p. 427 – 428.

⁶⁶ Si svolse un utile dibattito nel 1996 in merito allo spazio concettuale da attribuire all'art. 416 *ter* c.p. sulle colonne della storica rivista *Foro Italiano*. Sullo sfondo la vicenda che riguardò due onorevoli, Sgarbi e Maiolo, accusati dalla Procura della Repubblica di Catanzaro di aver ottenuto, da parte di una cosca, la promessa di voti in occasione delle consultazioni elettorali in cambio della promessa a impegnarsi in un'attività politico – parlamentare favorevole alla criminalità

“disincantati” come Giovanni Fiandaca, la tipizzazione del patto elettorale politico – mafioso escluderebbe la rilevanza penale di tutte le condotte non vi rientrino, perché il legislatore ha inteso punire quelle condotte e non altre. È punibile soltanto il patto ivi tipizzato, tutto ciò che ne rimane fuori è penalmente irrilevante, stante il principio di tassatività in materia penale e il carattere della frammentarietà che permea di sé il diritto penale⁶⁷.

D'altra parte, v'è chi, come Carlo Federico Grosso, ritiene, come poi confermato dalla giurisprudenza a Sezioni Unite Mannino II, che la disposizione di cui all'art. 416 *ter* c.p. non avrebbe una funzione delimitativa del penalmente rilevante, ma estensiva della punibilità perché avrebbe l'effetto di estendere la punibilità anche al mero patto o scambio pur in assenza di un contributo causalmente rilevante al rafforzamento associativo. In breve, se ogni contributo causalmente rilevante al rafforzamento dell'associazione rileva come concorso esterno secondo le norme della tipicità concorsuale, la *voluntas legis* avrebbe voluto estendere la rilevanza penale anche a tutti quei contributi che, pur non causalmente rilevanti o non in grado di realizzare il rafforzamento richiesto dalla tipicità concorsuale, per ragioni di politica criminale, devono essere puniti perché il bene giuridico dell'ordine pubblico è vulnerato per il solo fatto che un'associazione mafiosa “scenda in campo” più o meno apertamente in favore di un candidato⁶⁸. La tesi appena descritta, formulata in vigenza della vecchia formulazione della fattispecie in oggetto, sembrerebbe richiedere un aggiornamento in seguito alla modifica legislativa che ha investito la formulazione dell'art. 416 *ter* c.p. dal momento che l'estensione della punibilità del patto anche in seguito alla promessa delle famose “altre utilità” dovrebbe aver eroso ogni spazio applicativo al concorso esterno in associazione mafiosa, utilizzato proprio dalla giurisprudenza per motivi di politica criminale con il fine mascherato di sopperire a una scelta legislativa fin troppo “timida”. Resta soltanto da aggiungere che, se qualche spazio applicativo dovesse rimanere, non v'è chi

organizzata. Si rinvia per completezza, C. F. GROSSO, *Una configurazione possibile*, cit.; G. FIANDACA, *Un'espansione incontrollata del concorso criminale*, cit.

⁶⁷ M. LOMBARDO, *Lo scambio elettorale politico – mafioso*, in *Le associazioni di tipo mafioso*, cit., p. 257 ss.; M. RONCO, *L'art. 416 bis nella sua origine e nella sua portata applicativa*, cit., p. 153 ss.

⁶⁸ Cass. Pen., 16 marzo 2000, *Frasca*, in *Foro It.*, 2001, II, p. 80 ss.

non veda come la violazione della tassatività e del divieto di analogia *in malam partem* sarebbe sicuramente ben più evidente di quanto già non lo fosse in precedenza.

Ai diversi punti di vista in merito allo spazio di applicabilità delle fattispecie appena richiamate, si aggiungono altre prese di posizione sulla funzione da assegnare alla norma generale di cui all'art. 110 c.p. e in particolare alla seguente problematica: se la tipicità concorsuale si applichi generalmente a tutte le fattispecie di parte speciale oppure esistano alcune implicite deroghe applicative.

A tale proposito, se v'è stato chi ha sostenuto che, stanti alcune fattispecie espresse che descrivono scelte precise del legislatore ed escludono *naturaliter* l'applicazione dell'istituto generale⁶⁹, d'altra parte v'è chi ha sostenuto che un'obiezione di questo genere non potrebbe essere accolta proprio perchè esiste una disposizione generale applicabile a tutti i reati, salvo che sia diversamente stabilito *ex lege*. Non esiste alcuna disposizione espressamente derogatoria di un istituto generale come il concorso e nulla induce a ritenere che l'art. 110 c.p. sia una norma abrogata per le fattispecie associative⁷⁰. Si tratta di una contro – obiezione significativa, peraltro avallata dalle SS.UU. Mannino II, al punto che ogni proposta di riforma legislativa sul concorso esterno prevede un'esplicita norma che esclude l'applicabilità del concorso di persone al reato associativo. Si potrebbe, in ultima ipotesi, però sostenere che non è detto che tutti gli istituti generali si applichino indiscriminatamente a tutti i reati e ciò è desumibile, ad esempio, in materia di tentativo di reato di cui all'art. 56 c.p. il quale, come sostiene in modo condiviso la dottrina, non è generalmente applicabile ai reati di pericolo e in particolare ai delitti di attentato⁷¹.

Come si può osservare dalla ricostruzione delle obiezioni in materia di ammissibilità del concorso esterno, la circolarità delle argomentazioni non trova mai una definitiva conclusione a dispetto della più netta affermazione

⁶⁹ Il riferimento può essere esteso pressoché a tutti gli studiosi accreditabili nella categoria dei contrari all'ammissibilità del concorso esterno. Allo stesso modo, coloro i quali sono favorevoli all'ammissibilità ammettono *naturaliter* che l'art. 110 c.p. è norma generale e come tale si applica indiscriminatamente ad ogni fattispecie incriminatrice, salvo espresse deroghe.

⁷⁰ Alle medesime conclusioni giungeva, in epoca ormai remota, la Cassazione palermitana, cui si rinvia per completezza, Cass. Palermo, 17 giugno 1875, *Ciacchio*, cit.; Cass. Palermo, 1 luglio 1875, *Russo*, cit., p. 421 – 429.

⁷¹ A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 503.

giurisprudenziale della configurabilità del concorso esterno. Come si specificherà nel paragrafo successivo, dopo aver descritto, altresì, le argomentazioni intorno alla struttura del concorso esterno, anch'esse assolutamente non univoche e concludenti, la generale ammissibilità dell'istituto trova ragione al di fuori della dogmatica penalistica, in motivazioni che evidentemente oltrepassano il campo della scienza penalistica pura.

2.2 Il dibattito intorno alla delimitazione della fattispecie

Il dibattito sui confini da attribuire alle condotte penalmente rilevanti come concorso esterno in associazione mafiosa consta di una serie di incertezze interpretative su più punti qualificanti la figura del concorrente esterno tanto sul lato oggettivo, quanto sul lato soggettivo della stessa, senza trascurare poi l'ulteriore problema dell'applicabilità dei paradigmi generali elaborati alle variegata e specifiche forme di contiguità mafiosa, i cui parametri applicativi, le massime di esperienza e i dati criminologici propri di un determinato ambiente - imprenditoriale, politico, giudiziario - incidono in modo rilevante nelle decisioni giudiziarie.

Ferma dunque la varietà di criteri e soluzioni rinvenibili con riguardo alle specifiche forme di contiguità mafiosa sulle quali si ritiene opportuno ritornare in seguito, si può dare conto delle problematiche attinenti all'individuazione della condotta concorsuale soffermandosi su tre questioni: l'identificazione del contributo rilevante tramite una valutazione di idoneità *ex ante* alla stregua del tentativo di reato oppure tramite una causalità *ex post* alla stregua del concorso di persone nel reato, la descrizione del tipo di contributo dell'*extraneus* in forma idonea a distinguerlo dalla figura del partecipe all'associazione, l'elemento psicologico che accompagna le condotte di sostegno alla congrega. Si tratta di problematiche assai controverse che, se risolte, consegnerebbero una fattispecie di concorso esterno chiara e definita in ogni suo elemento costitutivo.

In questo arduo compito la giurisprudenza ha tentato di risolvere le suddette questioni senza raggiungere mai un'uniformità di vedute in seno ad essa, così che sembra che sia soltanto la legge idonea a raggiungere l'auspicata determinatezza

della fattispecie⁷². Sulle proposte legislative e sulle diverse opzioni di politica criminale in campo si tornerà in seguito, poiché sembra indispensabile prima volgere uno sguardo ai problemi di interpretazione giuridica e alle soluzioni prospettate dalla dottrina penalistica.

In merito alla problematica del processo di tipizzazione della fattispecie, con riferimento alla doppia opzione tra idoneità *ex ante* e causalità *ex post* del contributo del concorrente esterno, ampia e tormentata si è rivelata la discussione, peraltro aggravata da pronunce di giudici di legittimità che non possono essere considerate esempi di mirabile chiarezza e precisione. Da parte di coloro che si sono dichiarati favorevoli all'istituto e ne auspicano un ampio utilizzo per ragioni di politica criminale e giudiziaria, v'è una tendenza a ritenere che il contributo rilevante del concorrente esterno debba essere semplicemente obiettivamente adeguato e soggettivamente diretto a rafforzare o a consolidare l'associazione mafiosa, cosicché sarebbe sufficiente semplicemente per il politico una promessa ad attivarsi per realizzare un favore all'ente oppure, nel caso del magistrato, "un'attività reiterata e costante di intervento nell'ambito di una serie di procedimenti, specie se tutti dotati di particolare rilevanza per il sodalizio criminale"⁷³, oppure, altresì, secondo altri sembrerebbe essere sufficiente che il soggetto esterno si sia attivato in favore del sodalizio senza che sia necessario verificarne l'effettivo vantaggio o risultato ottenuto a beneficio dell'ente, secondo il paradigma della c.d. strumentalità cui fa già cenno Giovannangelo De Francesco⁷⁴. Un indirizzo non recente, già rinvenibile nella *dictum* Altivalle e

⁷² L'assunto risulta condiviso dalla dottrina maggioritaria, si rinvia, a V. MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, in *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, cit., p. 129 – 152.

⁷³ A. INGROIA, *La prassi giudiziaria fra modello causale e modello organizzatorio*, in *I reati associativi. Paradigmi concettuali e materiale probatorio*, cit., p. 207 ss. in cui lo studioso critica l'adozione del modello causale perché determinerebbe un'eccessiva discrezionalità giudiziaria nel valutare quando un contributo possa essere considerato rilevante ai fini di un rafforzamento dell'associazione. Interessante è l'immagine del mucchio di grano descritta dal magistrato: "è pacifico che mille chicchi di grano fanno un mucchio di grano e che due chicchi, per converso, non sono sufficienti per fare un mucchio, ma qual è il momento preciso in cui, iniziando con un chicco di grano ed aggiungendo un chicco per volta, potrà parlarsi di un vero mucchio di grano?". In rilievo anche la critica a una sorta di *giustizia diseguale* che si determina tra partecipe e concorrente esterno: se per il primo vale un giudizio di idoneità *ex ante* della condotta di inserimento nella congrega, per il secondo invece la prova sarebbe irragionevolmente più difficile da raggiungere perché il giudice dovrebbe verificare tramite un giudizio controfattuale che il contributo sia stato efficace *ex post* per la realizzazione del mega evento associativo.

⁷⁴ T. PADOVANI, *Note sul c.d. concorso esterno*, cit., p. 499.

confermato anche in sede di Sezioni Unite Carnevale. Si tratta di un orientamento sospinto da esigenze di politica giudiziaria, volto a evitare le forche caudine della prova dell'effettivo vantaggio conseguito dall'associazione mafiosa che si rivela frequentemente come una forma di *probatio diabolica*, causa di alcuni noti annullamenti in sede di cassazione. Invece l'accoglimento della teoria dell'idoneità della condotta, ossia di un aumento del rischio, tipico del tentativo, consente in sede probatoria di condannare provando semplicemente il contributo e la sua astratta idoneità offensiva. D'altra parte, non v'è chi non veda come il predetto orientamento sconti alcune ambiguità di fondo. Da un lato si scorge un assurdo giuridico poiché si rende il concorso esterno una forma di tentativo di reato proprio in un campo, il concorso di persone nel reato, in cui è generalmente ritenuto inammissibile il tentativo di concorso⁷⁵. Per usare le parole di un celebre penalista, il sommo Francesco Carrara, "si può essere complici di un tentativo, ma il tentativo di partecipazione non si ammette". D'altra parte, la dottrina più critica sull'utilizzabilità dell'istituto ritiene che il contributo del concorrente esterno debba essere effettivo, dotato di un'efficacia oggettiva di rafforzamento dell'associazione mafiosa da valutarsi *ex post*, come peraltro ha affermato la Corte di Cassazione a Sezioni Unite nella più recente pronuncia Mannino, in cui risulta questa volta indubbio che la causalità del contributo deve essere provata in giudizio alla stregua della nozione forte di causalità, già fatta propria in ambito penalistico dalle Sezioni Unite Franzese nel campo nella responsabilità medica. Si è detto a tale proposito, a sostegno di quanto qui si scrive, che se il concorso esterno nel reato associativo deve considerarsi ammissibile, allora come avviene in ogni caso di estensione della tipicità concorsuale, l'art. 110 c.p. richiede una serie di elementi e, fra questi, assume rilievo preponderante l'efficacia causale del contributo atipico del concorrente. Non può crearsi una forma di concorso atipico e anomalo rispetto all'istituto di parte generale, ma si deve considerare come inderogabile l'unico "statuto di tipicità" elaborato per qualsiasi campo del diritto penale. Ogni forma di deroga alla rigidità imposta dal concorso di persone nel reato determinerebbe un'espansione incontrollata e ingiustificata della responsabilità penale. *De iure condito*, se il concorso esterno è configurabile non

⁷⁵ A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 519.

può che essere così ricostruito, cioè alla stregua di un reato di evento, a meno di non volersi discostare in forme eclatanti dalla legalità formale e creare così apertamente una nuova fattispecie incriminatrice⁷⁶. A conferma di quanto qui si scrive un riferimento può essere rivolto all'art. 416 *ter* c.p., lo scambio elettorale politico – mafioso, esempio di intervento legislativo in materia di contiguità mafiosa⁷⁷. La disposizione serve a punire le condotte del politico che accetta la promessa di procurare voti in cambio della promessa di erogare denaro o altra utilità. Il legislatore ha previsto esplicitamente un'ipotesi di reato di pericolo in cui il giudice è chiamato a dover provare soltanto la promessa idonea *ex ante* a rafforzare l'associazione mafiosa. Ciò non escluderebbe la punibilità a titolo di concorso esterno, invece, punibile soltanto laddove il contributo sia tale da consentire la realizzazione effettiva e oggettiva di un concreto vantaggio all'associazione mafiosa, in conformità alle norme che regolano il concorso di persone, secondo quanto scriveva Carlo Federico Grosso tempo addietro. Questa conclusione va comunque, in seguito alla l. 62/2014, riveduta poiché sembra che la nuova formulazione dello scambio elettorale politico – mafioso, che fa rientrare anche le cc.dd. altre utilità, abbia coperto ogni spazio applicativo, precedentemente coperto dal concorso esterno.

In breve, il concorso di persone è costruito come un reato di evento, cosicché il concorso esterno si deve basare sulla valutazione *ex post* di un effettivo apporto causale e ciò fino a quando non sia lo stesso legislatore a intervenire tipizzando altre forme di contiguità mafiosa alla stregua di reati di pericolo.

Se tutto quanto appena scritto militasse in favore della risoluzione della problematica verso l'opzione più garantista, non costituirebbe scoperta eccezionale il rinvenire in giurisprudenza un richiamo frequentissimo all'idoneità proprio perché, come si spiegherà meglio nel successivo paragrafo, prevalgono le

⁷⁶ Sulla ricostruzione del concorso esterno sulla base di una nozione forte di causalità e sulle criticità rilevate nella prassi, si rinvia a C. F. GROSSO, *La contiguità alla mafia*, cit., p. 1191; C. VISCONTI, *Il concorso esterno*, cit., p. 1337 ss.; F. VIGANÒ, *Riflessioni conclusive in tema di "diritto penale giurisprudenziale", "partecipazione" e "concorso esterno"*, cit., p. 319 ss.; A. MANNA, *Concorso esterno (e partecipazione)*, cit., p. 477 ss.; A. CORVI, *Partecipazione e concorso esterno: un'indagine sul diritto vivente*, cit., p. 253 ss.; T. PADOVANI, *Note sul c.d. concorso esterno*, cit., p. 492 – 498; P. MOROSINI, *La difficile tipizzazione giurisprudenziale*, cit., p. 588 – 590; F. BORRELLI, *Tipizzazione della condotta e nesso di causalità*, cit., p. 3763 ss.

⁷⁷ M. LOMBARDO, *Lo scambio elettorale politico – mafioso*, cit., p. 253 ss.; G. AMARELLI, *La riforma del reato di scambio elettorale politico – mafioso*, in *penalecontemporaneo.it*, Rivista trimestrale 2/2014, p. 4 ss.

esigenze di difesa sociale e di politica criminale sul rispetto dei principi di garanzia del diritto penale. Come già scriveva Gaetano Insolera, questo è un campo in cui è inutile e ingenuo credere che si giochino partite neutrali: ciò che prevale nettamente è un senso di giustizia del caso concreto che sembra fare a meno delle ragioni della dogmatica penalistica.

Passando all'esame della seconda problematica, ovverossia la descrizione della tipologia del contributo punibile a titolo di concorso esterno in modo idoneo a tenerlo distinto dalla diversa condotta di partecipazione, la dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato una serie innumerevole e assai variegata di soluzioni interpretative. Si tratta di un campo in cui il diritto deve maggiormente fare i conti con la realtà criminologica del fenomeno onde evitare la cristallizzazione di condotte realisticamente non verificabili.

La problematicità sembra derivare dall'accostamento di due questioni problematiche, tuttavia strettamente e concettualmente collegate fra di loro: da un lato la definizione del contributo penalmente rilevante al rafforzamento dell'associazione, dall'altro la definizione dei criteri atti a distinguere partecipe e concorrente esterno. Si consideri che quest'ultima problematica costituisce un *prius* logico – giuridico per definire in cosa consista la condotta del concorrente esterno, come avverte Michele Papa, il quale utilizza il termine “strabismo” per indicare un errato atteggiamento di inversione interpretativa che desume la partecipazione dal concorso esterno e non viceversa⁷⁸. Sarebbe più logicamente e giuridicamente corretto desumere l'ipotesi concorsuale dall'ipotesi base prevista dalla fattispecie e non viceversa, così come si desume la condotta del palo dalla condotta del ladro e non seguendo il ragionamento inverso.

Seguendo questo suggerimento, in materia di partecipazione all'associazione, si deve ormai ritenere pacifico in dottrina e in giurisprudenza il richiamo a un paradigma “organizzatorio”, sebbene variamente espresso con riferimento al concetto di ruolo oppure di compito operativo assunto nell'associazione. Se il partecipante all'associazione assume un ruolo nell'organigramma associativo, oppure è destinato allo svolgimento di un compito operativo utile alla realizzazione del programma criminoso, il concorrente esterno sarebbe colui che,

⁷⁸ M. PAPA, *Un “baco del sistema”?*, cit., p. 698 ss.

esulando da una condizione di qualche intraneità associativa, apporta uno o più contributi causalmente rilevanti per il rafforzamento associativo. Come già detto in precedenza, il *deficit* di offensività derivante dal mancato inserimento nella struttura dell'ente che si traduce nella totale messa a disposizione per gli scopi illeciti della congrega criminosa, è recuperato sul campo dell'idoneità offensiva del contributo. Quanto appena scritto ricalca il pensiero della dottrina maggioritaria, ma non può sottacersi d'altra parte come l'analisi dell'evoluzione del fenomeno mafioso abbia sfumato alcune certezze interpretative che trovavano fondamento nell'analisi sociologica del fenomeno mafioso e nell'interpretazione generale data alla fattispecie associativa. Recenti studi dimostrano invece che l'associazione mafiosa non sarebbe più – soltanto - organizzata in forme tradizionali, radicata su un territorio che essa stessa controlla con l'uso della forza e del senso di omertà e assoggettamento che ne deriva sulla società civile, non si struttura più in modo pesante e statico come le prime indagini giudiziarie sul fenomeno mafioso avevano dimostrato. Diverse, altresì, erano state le sentenze in cui i giudici ricostruivano le strutture organizzative, gli organi, le competenze dell'associazione mafiosa "Cosa Nostra", con riferimenti frequenti alle "commissioni", alla "cupola", secondo conoscenze in particolar modo derivanti dalle dichiarazioni di pentiti eccellenti.

Si veda in proposito cosa scrive Giovanni Fiandaca in uno scritto a proposito dell'organizzazione assunta da Cosa Nostra, tale da potersi definire un ordinamento giuridico secondo le teorie di Santi Romano⁷⁹. Di contro, gli studi sull'evoluzione del fenomeno mafioso disegnano associazioni mafiose liquide, meno radicate sul territorio, oppure secondo altri, non soltanto radicate nel territorio di origine, che si strutturano in forme differenti creando filiali, reti di collegamenti esterni, contatti per collaborazioni continuative con professionisti in determinati settori. V'è chi ha parlato di connubio tra *power syndacate*, ovverosia controllo del territorio con ricorso all'estorsione e non all'impresa, ed *enterprise syndacate*, da intendersi come controllo dei mercati economici. Una mafia a "geometria variabile" che disorienta il vecchio interprete e i vecchi paradigmi

⁷⁹ G. FIANDACA, *La mafia come ordinamento giuridico*, cit.

interpretativi⁸⁰. Se Francesco Mauro Iacoviello aveva elaborato il concetto della c.d. impresa – rete, più recentemente un'altra studiosa descrive ulteriormente, con parole precise, il processo innovativo che ha cambiato la mafia e con essa le modalità attraverso cui leggere il fenomeno mafioso. Angela Lo Piparo scrive su un recente volume sulle associazioni mafiose che la vecchia mafia non esiste più, “i *cappidduzzi* all'antica, le coppole e le lupare sono per gran parte uno strascico di un recente passato ancora non sopito e non trascurabile, ma è necessario guardare oltre. C'è qualcosa di più moderno della *punciuta*” – e questo sembra già chiaro alla giurisprudenza che non si sofferma più esclusivamente sui riti di affiliazione formale per individuare condotte di partecipazione – ma esistono strumenti più moderni “come i *network*, le reti sociali anche a livelli altissimi che disegnano nuove e silenziose strategie del crimine organizzato. È il metodo mafioso che resta il medesimo”. Come già accennato, il nesso strutturale – concettuale che lega le condotte, determina un meccanismo sintetizzabile nel brocardo “*simul stabunt, simul cadent*”: caduto la possibilità di leggere la partecipazione come inserimento nelle strutture tradizionali, cade anche la possibilità di distinguere, come assunto in precedenza, la condotta concorsuale. Tutto diventa più sfumato. D'altra parte, il c.d. criterio utilitaristico sembra più capace di inquadrare le diverse condotte e assegnare loro un autonomo spazio applicativo: non conta il ruolo rivestito perché non conta l'organizzazione che si dà l'associazione mafiosa o almeno non conta formalmente chi si è per l'associazione, ma *cosa si fa* per l'associazione. In poche parole, conta il contributo al rafforzamento dell'associazione⁸¹. Come segnalato da Iacoviello, sembra evidente che il commercialista che gestisce l'impresa commerciale di proprietà mafiosa oppure il prestanome imprenditore nel settore edilizio non si inserisce nella struttura tradizionale della congrega criminosa, non è membro della “commissione” o di una sottocommissione, ma apporta un contributo stabile e continuativo al rafforzamento della cosca, gestendo l'attività contabile dell'impresa che ricicla il

⁸⁰ A. BALSAMO, A. LO PIPARO, *La contiguità all'associazione mafiosa e il problema del concorso eventuale*, cit., p. 96 ss.

⁸¹ F. M. IACOVIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa*, cit. p. 2083 ss. in cui l'autore descrive la teoria della c.d. impresa – rete che avrebbe il fine di sfumare le differenze tra chi è dentro e chi è fuori l'impresa mafia. In posizione conforme, G. TONA, *I reati associativi e di contiguità*, cit., p. 1141, il quale parla di “progressiva destrutturazione” e “crisi della distinzione tra intraneo ed estraneo”.

denaro sporco derivante da attività illecite oppure dell'imprenditore che spende il suo nome incensurato per gestire legalmente un'impresa edile utile attribuire un volto di rispettabilità all'attività economica svolta in mercati legali, così come il politico che riveste ruoli istituzionali in rappresentanza permanente dell'associazione. Secondo questo orientamento, non è partecipante – soltanto – chi occupa un ruolo interno all'associazione, secondo le pregresse conoscenze sociologiche, ma anche chi apporti dall'esterno un contributo duraturo al rafforzamento dell'associazione la quale sa di potere fare affidamento in ogni momento su tale apporto significativo. Si tratta di un orientamento che si basa su una lettura più aggiornata del fenomeno mafioso, più incentrato sulla tipologia del contributo prestato che sull'assunzione di ruoli e posizioni, il quale potrebbe peraltro essere valorizzato nel contrasto alle cc.dd. nuove mafie etniche, di cui certamente non si possiedono le medesime conoscenze raccolte in decenni di inchieste e studi sul fenomeno mafioso tradizionale, come si preoccupa di avvertire Gaetano Insolera. In sostanza, vale ancora la pena riportare il quesito che la dottrina si è posta: che differenza fa se uno esercita la stessa funzione stando dentro o fuori dell'organigramma gerarchico dell'impresa?⁸²

La risoluzione della suddetta problematica in un senso oppure nell'altro costituisce un *prius* logico – giuridico e, come tale, si riverbera inevitabilmente sulla descrizione della tipologia di contributo rilevante al rafforzamento dell'associazione. Se si adotta il criterio utilitaristico, così come prospettato da Iacoviello, il *discrimen* deve individuarsi stabilità/episodicità del contributo. Se il contributo prestato dall'esterno risulta stabile nel tempo e su di esso l'associazione sa di poter fare affidamento per raggiungere i suoi scopi, si avrà una partecipazione all'associazione, se episodico e isolato, si potrebbe integrare un concorso esterno in associazione mafiosa, oppure permanendo nel campo del penalmente rilevante ma seguendo altri indirizzi interpretativi, si rientrerebbe nel campo di applicazione dell'aggravante della c.d. finalità mafiosa. In tal senso, la versione interpretativa offerta da Antonio Cavaliere in una monografia

⁸² “Possiamo insomma affermare che il mafioso persegue il potere ma gran parte del suo potere glielo danno gli altri, in una dinamica di reciproci scambi, interconnessioni e sovrapposizioni di ruoli, nella quale rischia di attenuarsi e affievolirsi fino a scomparire del tutto la distinzione tra associato e contiguo”, F. SIRACUSANO, *La contiguità alla mafia tra paradigmi sociologici e rilevanza penale*, in *Arch. Pen.*, Rivista web, 2016, 1, p. 7 -8.

sull'argomento e ribadita nell'ambito di una giornata di studi in tema di diritto penale giurisprudenziale⁸³, partecipazione e concorso esterno, ove l'autore individua il *discrimen* nella coppia stabilità/occasionalità del contributo prestato. Viceversa se si adotta il criterio maggiormente diffuso in dottrina e in giurisprudenza, il criterio c.d. organizzatorio, ai fini della definizione del contributo concorsuale, molteplici sono le posizioni interpretative messe in campo nel corso dell'evoluzione scientifica in materia.

Si è detto che, se per partecipare serve "che un ingresso ci sia stato", allora il concorrente è colui il quale non accettato dall'associazione, abbia tuttavia prestato volontariamente un contributo, anche episodico e isolato, al rafforzamento dell'associazione⁸⁴. Non v'è chi non veda comunque come l'apporto di un contributo episodico e isolato di un esterno possa essere idoneo *ex ante* oppure efficace *ex post* a rafforzare complesse organizzazioni criminali, in particolar modo qualora si avvalori la presa di posizione di *Demitry* in cui si elabora la c.d. teoria della fibrillazione secondo cui il contributo deve essere tale da mantenere in vita l'associazione in un momento di fibrillazione⁸⁵. Da un lato ciò si potrebbe verificare nei casi in cui un politico di rilievo nazionale riesca a far annullare sentenze di condanna o misure cautelari di un certo rilievo adottate a danno di capi della cosca oppure, se patrimoniali, dirette a depauperare ingenti quantità di patrimonio associativo. Si tratta di casi eccezionali che sembrano tenere conto di un contesto di particolare delicatezza interpretativa in cui si muove la giurisprudenza, tendenti, in sostanza, a restringere l'uso dell'istituto a quelle ipotesi più intollerabili e più gravi di contiguità mafiosa, in ossequio a un principio di frammentarietà del diritto penale⁸⁶. A ciò si aggiungeva altresì

⁸³ A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nelle associazioni per delinquere e di tipo mafioso: dal diritto penale "vivente" a quello conforme alla legalità costituzionale*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio*, cit., p. 117 ss.

⁸⁴ Tutte le decisioni giudiziarie accolgono il paradigma "organizzatorio" relegando al concorso esterno tutto lo spazio concettuale formato da condotte causalmente rilevanti apportate da esterni alla struttura organizzativa dell'ente. Su tutte, si rinvia al *leading case*, Cass. Pen., 1 settembre 1994, *Graci*, cit.

⁸⁵ Sembrano scettici circa la praticabilità di un tale assunto, C. VISCONTI, *Il tormentato cammino*, cit., p. 571 – 572; G. DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale*, cit., p. 1289 – 1290.

⁸⁶ V. MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra crisi del principio di legalità e diritto penale del fatto*, cit., p. 61 ss. il quale afferma che la giurisprudenza si sia informata a un atteggiamento di *self restraint* nella delimitazione della fattispecie al fine di non aggravare le già evidenti tensioni con il principio di legalità.

l'assunto secondo cui tale orientamento avrebbe favorito la prova in giudizio dell'efficacia causale *ex post* di un contributo isolato al mantenimento in vita della congrega, altrimenti integrante ipotesi di *probatio diabolica* perché poste dinanzi a impercettibili rafforzamenti o consolidamenti associativi. Non si può non osservare, però, che la riduzione dell'uso del concorso esterno a ipotesi così eccezionali ridurrebbe a poca cosa l'utilità dell'istituto nel contrasto alla criminalità organizzata, la quale secondo studi sociologici si serve quotidianamente di apporti esterni in condizioni di normalità e non soltanto in casi patologici, giacché "corrisponde al fisiologico funzionamento della criminalità mafiosa"⁸⁷. Tenendo conto di queste criticità, varie letture del contributo punibile sono state prospettate dalla dottrina al fine di rendere più flessibile l'uso del concorso esterno. Un esempio si rinviene nella teoria dell'infungibilità⁸⁸, secondo la quale il contributo rilevante è un contributo che richiede competenze tali che l'associazione non avrebbe potuto rinvenire al suo interno, ma non si può trascurare la posizione di chi, in particolare fra quelli che sono stati definiti "disincantati", sostiene che si assisterebbe a una "sproporzione di scala" con riferimento al secondo termine della relazione causale, ossia l'evento poiché l'idea di un contributo singolo idoneo a mantenere o a rafforzare colossi associativi come le mafie tradizionali è alquanto peregrina e determina l'effetto di ridurre la configurabilità del concorso eventuale a dimensioni insignificanti. Sulla scorta di ciò, si è proposta una riduzione di scala dell'evento, appagandosi della dimostrazione del rafforzamento di un settore o di una "famiglia" dell'associazione⁸⁹.

Senza riportare le miriadi di posizioni rinvenibili sul tema, sembra che la discussione verta su coppie di concetti, quali occasionalità/ripetitività, episodicità/stabilità variamente vagliate dalla dottrina in relazione alla

⁸⁷ A. CORVI, *Partecipazione e concorso esterno: un'indagine sul diritto vivente*, cit., p. 251 – 252.

⁸⁸ C. VISCONTI, *Il concorso esterno*, cit., p. 1336.

⁸⁹ C. VISCONTI, *Il tormentato cammino*, cit., p. 572 il quale, tramite la riduzione di scala del mega evento associativo, risponde all'obiezione "inecepibile", secondo lo stesso studioso, secondo cui il riferimento all'associazione nel suo complesso, porterebbe alla conseguenza che "la configurabilità del concorso eventuale, pur se ammissibile sul piano astratto, verrebbe a restringersi entro spazi applicativi (...) praticamente insignificanti (...) per la difficoltà di differenziare – specialmente di fronte a un'attività esplicata in forma prolungata e continuativa – le ipotesi di concorso eventuale dalle condotte poste in essere in qualità di membri effettivi e permanenti dell'organizzazione delittuosa". Per ulteriori riferimenti, si veda G. DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale*, p. 1289 – 1290.

verificabilità empirica in giudizio⁹⁰. Di qui l'attenzione all'evento e alla connessa "riduzione di scala", così come all'individuazione nel termine finale nell'intero complesso associativo oppure nelle singole condotte associative, di cui comunque si è già discusso nel capitolo precedente, approdando, come suggerito ormai dalla dottrina maggioritaria, all'opzione di un concorso nell'associazione e non nella partecipazione all'associazione per diversi motivi, già ampiamente descritti, che spaziano dalla maggiore offensività rivestita da condotte di sostegno all'associazione rispetto ad altre di mera agevolazione della condotta partecipativa altrui alla ragionevolezza del trattamento sanzionatorio in quanto idoneo, peraltro, a evitare "paradossali effetti di inasprimento della punibilità, legati ad una possibile qualificazione in termini di concorso esterno – con il relativo carico sanzionatorio – di fatti altrimenti punibili a titolo di favoreggiamento o di aiuto al singolo associato".

Sul profilo psicologico, il dubbio interpretativo su cui si confrontano la dottrina e la giurisprudenza riguarda l'atteggiamento che dovrebbe accompagnare il concorrente esterno nelle condotte da questo apprestate a sostegno dell'ente criminale. Qualche approdo in materia è stato già anticipato quando si è reso opportuno elencare i punti di vista a sostegno della distinguibilità del partecipe e del concorrente sul piano psicologico, ma è opportuno ritornarvi, anche in ottica di un futuro intervento legislativo. Da un lato si pone la giurisprudenza maggioritaria che, a partire dalle Sezioni Unite Carnevale, rigetta l'opzione in favore di un mero dolo generico, sia perché darebbe ingresso anche all'ammissibilità del concorso esterno a titolo di dolo eventuale così allargando oltremodo la punibilità, sia perché sarebbe contraria all'art. 110 c.p. nella sua concezione monistica, così come riferisce assai criticamente Iacoviello in una nota alla nota sentenza *Villecco*, definendolo "un dolo di un altro reato" perché del dolo richiesto dalla fattispecie associativa "praticamente non c'è nulla...il problema del concorso esterno non è la mancanza del dolo specifico, ma proprio

⁹⁰ C. F. GROSSO, *La contiguità alla mafia*, cit., p. 1192, secondo il quale il contributo prestato può essere indifferentemente ripetuto oppure occasionale, purché abbia effettiva rilevanza causale al rafforzamento dell'associazione; in senso contrario, S. SAGLIA, *Osservazioni in tema di concorso eventuale*, cit., p. 309, a favore di una configurabilità del concorso esterno soltanto in presenza di un contributo isolato "per una volta".

la mancanza del dolo generico del reato associativo”⁹¹. Di qui il favore verso un atecnico e non precisato, secondo le categorie della dogmatica penalistica, “dolo diretto”. Il concorrente sarebbe colui il quale “sa e vuole” che il suo contributo sia diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso come scrivono i giudici di legittimità in *Carnevale* e in seguito in *Mannino*. Si tratta, come da più parti affermato, di una forma di dolo “atecnico”, senza alcuna volontà di fare riferimento a categorie consolidate, ma utilizzato al solo fine di ridurre l’ambito di punibilità eccessivamente allargato sul piano oggettivo. Si richiama la categoria del dolo diretto, con il pensiero rivolto al dolo specifico, soltanto al fine di escludere la “mera accettazione del rischio di verificazione dell’evento”, cioè il rafforzamento dell’associazione. Non v’è chi non veda, come ripetutamente ha affermato la dottrina maggioritaria⁹², che la scelta operata dalle sezioni unite sia “strabica” per diversi motivi: da un lato, la deroga arbitraria al regime della compartecipazione criminosa che ammette il concorso con dolo generico in un reato a dolo specifico purchè taluno dei soggetti abbia il dolo richiesto dalla legge, dall’altro, un errata valutazione dal punto di vista empirico – criminologico poiché risulta ampiamente dimostrato che l’*extraneus* non agisce perché condivide e vuole realizzare (anche parzialmente) gli scopi associativi oppure perché aspiri a divenirne membro, ma più semplicemente, come dimostra l’esperienza comune, i cc.dd. colletti bianchi agiscono egoisticamente al fine di sfruttare a proprio vantaggio le opportunità “innaturali” – come si è scritto con riferimento al mondo imprenditoriale – generate dalla contiguità criminale. Il politico oppure l’imprenditore non necessariamente condividono lo scopo della *societas sceleris*, ma agiscono al fine di realizzare uno scambio di favori in una tradizionale logica contrattuale, imperniata su un tipico *do ut des*. Ciò che si rinviene, come scrive ormai la dottrina maggioritaria sul punto, è uno stato di “indifferenza emotiva” verso l’associazione, ove, invece, risulta irrealistico parlare di “unitarietà di intenti”, di “adesione a un programma criminale condiviso” oppure, peggio

⁹¹ F. M. IACOVIELLO, *Concorso esterno*, cit., p. 2079 ss.

⁹² C. F. GROSSO, *Il concorso esterno nel reato associativo*, cit., p. 686 – 687; G. FIANDACA, *La tormentosa vicenda giurisprudenziale*, cit., p. 695 – 696; ID, *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, cit., p. 252; C. VISCONTI, G. FIANDACA, *Il concorso esterno come persistente istituto “polemogeno”*, cit., p. 497 – 500; M. PAPA, *Un “baco del sistema”?*, cit., p. 703 – 704; G. DE FRANCESCO, *I poliedrici risvolti di un istituto senza pace*, cit., p. 708 – 709.

ancora, di “approvazione emotiva delle finalità perseguite dal sodalizio” come affermano invece i giudici di legittimità nel caso Dell’Utri⁹³. Secondo coloro i quali militano a favore di questa soluzione, ciò che serve per integrare il dolo concorsuale sarebbe soltanto una coscienza e volontà del contributo prestato all’associazione nella consapevolezza dell’utilità di questo nei confronti dell’associazione, oppure, come scrivono Giovanni Fiandaca e Costantino Visconti, si potrebbe parlare ancora di “volontarietà” dell’effetto vantaggioso in senso lato nel senso che il concorrente vorrebbe il rafforzamento associativo al fine di conseguire la realizzazione del suo vantaggio egoistico e personale e in esecuzione di un contratto sinallagmatico⁹⁴. Per concludere comunque non si possono trascurare le riflessioni di chi dubita comunque della capacità di delimitazione della punibilità tramite l’elemento psicologico, giacché, come ormai generalmente sostenuto, da un lato in sede processuale il dolo si desume dal fatto storico provato in giudizio e non occupa più un autonomo spazio di riflessione del giudice penale, dall’altro l’opzione a favore o contro il dolo specifico da richiedere all’*extraneus* si risolve anche in questo caso in una mera disputa teorica, al punto che si scrive che “il dolo specifico è uno dei grandi inganni che il processo penale consuma ai danni del diritto penale [...] La funzione selettiva del dolo specifico è tanto esaltata sul piano sostanziale, quanto è emarginata sul piano processuale. Raramente i processi si risolvono sul punto del dolo [...] Nel processo il dolo non è volontà, ma è innanzitutto consapevolezza. Provata la consapevolezza, la volontà ne consegue”, ossia a dire nei processi per concorso esterno è sufficiente provare che l’imputato abbia consapevolezza oppure semplicemente sapesse di avere a che fare con un’associazione mafiosa perché il dolo sia provato, sicché forse colgono nel vero coloro i quali dubitano della reale

⁹³ Per una lettura del vicenda giudiziaria che ha interessato il sen. Marcello Dell’Utri, si rinvia a A. BELL, *La Corte di Cassazione scrive la parola fine sul processo Dell’Utri*, in *penalecontemporaneo.it*.

⁹⁴ C. VISCONTI, G. FIANDACA, *Il concorso esterno come persistente istituto “polemogeno”*, cit., p. 498, secondo i quali il dolo del concorrente sarebbe da considerare già integrato “dalla volontà di aiutare l’associazione, unitariamente alla consapevolezza che da tale aiuto quest’ultima riceverà un vantaggio (a prescindere dal fatto che tale vantaggio sia strettamente “voluto” o interiormente condiviso)”.

funzione orientativa dell'elemento psicologico alla prova della prassi giudiziaria⁹⁵.

Come si può facilmente constatare dalla disamina delle problematiche interpretative cui dà luogo il concorso esterno, non c'è un punto che non sia controverso nella ricostruzione dell'istituto. Ogni indirizzo interpretativo che è stato vagliato non può dirsi assolutamente immune da critiche. Questa riflessione vale con riferimento sia alle argomentazioni in materia di ammissibilità dell'istituto, sia a quelle, appena descritte in questo paragrafo, di delimitazione dello stesso, senza qui peraltro soffermarsi lungamente sulle plurime incertezze interpretative che coinvolgono le varie forme di contiguità mafiosa, in particolar modo il mondo assai controverso della contiguità mafia – imprenditoria. Qui la dottrina, cui si rimanda per maggiori riferimenti non potendo in questa sede essere esaustivi⁹⁶, prova a ricercare criteri idonei a distinguere la c.d. imprenditoria compiacente e soggiacente, punto nevralgico in cui si gioca il passaggio dal penalmente rilevante al penalmente irrilevante, facendo ricorso ad analisi socio – criminologiche che tentano a loro volta di comprendere un fenomeno sfumato e fortemente variabile nella stessa realtà delle cose. I criteri individuati sono numerosissimi e qui si riportano, ad esempio, il criterio della c.d. ineluttabile coartazione, secondo cui l'imprenditore che sia stato costretto a determinati comportamenti *contra legem* può considerarsi vittima dell'estorsione, il criterio dei benefici innaturali, secondo cui è punibile l'imprenditore che ottiene vantaggi che non avrebbe mai potuto ottenere nell'ambito di un'economia lecita, il criterio dell'iniziativa nelle trattative con l'organizzazione mafiosa territoriale per assicurarsi la stipula di un contratto di protezione, il criterio dei cc.dd. costi innaturali che l'imprenditore soggiacente è costretto a calcolare dinanzi alla forza intimidatrice esercitata dall'associazione oppure, *last but not least*, quello del "reciproco vantaggio" che forse più di ogni altro sembra idoneo a individuare nell'imprenditore compiacente colui il quale si accosta al fenomeno mafioso in

⁹⁵ F. M. IACOVIELLO, *Concorso esterno*, cit., p. 2081 – 2082; M. DONINI, *Teoria del reato*, in *Dig. disc. Pen.*, XIV, Torino, 1999, p. 287: secondo l'Autore, la giurisprudenza ritiene che agire rappresentandosi l'alta probabilità di un evento significhi volerlo; a sua volta, però, la soggettiva rappresentazione dell'alta probabilità dell'evento è desunta dalla sua oggettiva alta rappresentabilità.

⁹⁶ A. BALSAMO, A. LO PIPARO, *La contiguità all'associazione mafiosa e il problema del concorso eventuale*, cit., p. 139 – 162; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., p. 327 – 386.

un'ottica di scambio contrattuale . A riprova dell'incertezza interpretativa che aleggia in materia di contiguità imprenditoriale e del forte condizionamento che la sociologia esercita sulla giurisprudenza, si possono riportare due *decisa*. In essi si rinviene l'uso di criteri che risentono di concetti e risultati provenienti da studi sociologici e come tali risentono della capacità generalizzatrice di queste scienze, inadatta all'attività di sussunzione di un caso concreto in una norma astratta. In un primo *decisum*⁹⁷, la Cassazione distingue la contiguità compiacente da quella soggiacente affermando che “l'imprenditore che, nell'attivarsi per l'acquisizione dell'appalto di un'opera pubblica, abbia contemporaneamente instaurato rapporti con il ceto politico – amministrativo (per assicurarsi l'aggiudicazione del contratto) e con organizzazioni camorristiche (per rimuovere preventivamente gli ostacoli all'esecuzione dei lavori, accollandosi un programmato costo concordato sulla base di un “patto di protezione”) può considerarsi vittima di estorsioni soltanto laddove dimostri nei suoi confronti una condizione di ineluttabile coartazione”, poiché altrimenti, conclude la Corte, il suo comportamento dovrà essere ricondotto alla partecipazione oppure al concorso esterno nell'associazione stessa. Nel caso *sub iudice*, l'imputato non poteva considerarsi vittima poiché, sulla base di massime di esperienza, si escludeva che l'imprenditore che assumesse l'iniziativa nei confronti dell'organizzazione criminale potesse considerarsi soggetto estorto e, qui il punto nevralgico, perché “corrisponde ad una inaccettabile astrazione generalizzante il modello sociologico di comportamento ad avviso del quale nelle zone d'Italia meridionale dominate da organizzazioni mafiose gli imprenditori [sono] costretti a venire a patti con i gruppi criminali”. Sulla base di questa premessa socio – criminologica, l'imprenditore che ha avviato trattative o stretto accordi non può essere esente da responsabilità penale. In un altro *decisum*⁹⁸, invece, fermi i medesimi paradigmi interpretativi utilizzati nella sentenza appena descritta, si perviene a soluzione opposta soltanto mutando la premessa socio – criminologica. Nella decisione del Tribunale di Palermo, infatti, si considera un dato acclarato che gli imprenditori devono far fronte ad una serie di difficoltà che derivano dal controllo “mafioso”

⁹⁷ Cass. Pen., 5 gennaio 1999, *Cabib*, in *Foro It.*, 1999, II, p. 631 ss.

⁹⁸ Trib. Palermo, 21 marzo 2001, *Cavallotti* (inedita), di cui si sono riportate nel testo alcune parti riprese in C. VISCONTI, *La punibilità della contiguità alla mafia*, cit., p. 1862.

del territorio, implicante la c.d. messa a posto al fine di svolgere la propria attività economica. Sulla base di tale assunto, “il carattere obbligatorio dell’inserimento nel predetto contesto ambientale (condizione necessaria per poter lavorare), in qualche modo attestato dall’imponente diffusione del fenomeno nel mondo imprenditoriale siciliano induce ad escludere che il consapevole coinvolgimento nell’articolato sistema di relazioni imposto dall’organizzazione mafiosa (raccomandazioni, aggiustamenti di gare d’appalto, pizzo) possa essere valutato come condotta censurabile ai sensi dell’art. 416 *bis* c.p.”, ch  altrimenti si giungerebbe alla paradossale conclusione che, proseguono i giudici palermitani, “tutti gli imprenditori operanti nelle province siciliane sottoposte al controllo mafioso si siano resi responsabili di analoghi comportamenti illeciti”, ossia, in termini pi  chiari, che tutti gli imprenditori siciliani siano mafiosi.

Si noti come il medesimo caso concreto, nei tratti generali esposto ai medesimi risultati interpretativi in materia di partecipazione e concorso esterno, trova soluzioni differenti in base a due premesse criminologiche differenti. Qui l’incertezza delle soluzioni raggiunge la sua massima problematicit  che, come si   appena detto, aggrava non di poco i problemi interpretativi generali descritti in questo paragrafo.

Volendo comunque tracciare le fila del discorso, con il pensiero ancora rivolto a quel moto infinito e inconcludente di argomentazioni appena esaminate, sembrano pi  che mai appropriate le parole di un noto filosofo, gi  riportate da Costantino Visconti decenni addietro, il quale scrive: “non c’  nessuna idea che non vada a pezzi quando viene esaminata nei dettagli”⁹⁹. Questa espressione sembra contenere in s  il tormentato cammino del concorso esterno, un istituto che quotidianamente cambia volto nella mente degli studiosi e nelle aule di giustizia in cui quotidianamente   tirato in ballo.

3. La fisiologica incertezza giurisprudenziale

“Difficile respingere la sensazione che le ragioni dogmatiche – tanto pi  in un terreno vischioso come quello della compartecipazione criminosa – siano state

⁹⁹ P. FEYERABEND, *Idee: balocchi intellettuali o guide per la vita?*, in *Il caso e la libert *, a cura di M. Ceruti, P. Fabbri, G. Giorello, P. Petra, Bari, 1994, p. 30.

piegate ad opzioni politico – criminali vicariamente assunte dalla giurisprudenza di fronte a fenomeni irriducibili ai tipi normativi vigenti [...]. Ingenuo ritenere quindi che nel campo del c.d. concorso esterno, si giochino neutrali, quanto immaginarie, controversie dogmatiche”¹⁰⁰. Così si esprimeva già decenni addietro Gaetano Insolera, il quale sembra tracciare il solco di quanto si è tentato di spiegare in questa sede. Non si comprenderebbe se non ricercando al di là delle soluzioni offerte dalla dottrina, perché la giurisprudenza, seppure in forma sofferta e non esente da sbandamenti, abbia accolto un indirizzo anziché un altro. Si è cercato sopra di dimostrare come le argomentazioni dogmatiche in materia di ammissibilità del concorso esterno, nonché le argomentazioni volte a dare legittimità a una forma dell’istituto anziché a un’altra, possono essere vicendevolmente confutate e nessuna di esse si erge a verità incontrastata e incontrastabile una volta posta dinanzi alle ragionevoli obiezioni avanzate da esponenti di pensiero differente. Si potrebbe dire, all’inverso, che tutte le soluzioni dogmatiche proposte possono forse considerarsi teoricamente corrette. Dunque, se la giurisprudenza ha assunto una posizione assolutamente maggioritaria in materia di configurabilità dell’istituto, quantomeno dalle Sezioni Unite Demitry, il motivo deve essere rinvenuto in questioni extragiuridiche collocate al di là della discussione teorico – dogmatica sull’istituto. A sostegno di quanto appena detto, anche Giovanni Fiandaca scrive: “le discussioni vivaci e le polemiche aspre che sono talora divampate tra i rispettivi fronti dei fautori e dei critici non si spiegherebbero se in giuoco fosse soltanto una controvertibile questione tecnico – giuridica confinabile nei chiusi e asettici recinti della dogmatica”¹⁰¹. Se non per ragioni dogmatiche, dunque, è evidente che altre sono le questioni che hanno indirizzato, non senza problemi di tenuta applicativa, la giurisprudenza. Su tutte, posto preminente occupa la recrudescenza del fenomeno

¹⁰⁰ G. INSOLERA, *Il concorso esterno*, cit., p. 429 – 430.

¹⁰¹ G. FIANDACA, *La tormentosa vicenda giurisprudenziale*, cit., p. 691; sulla stessa linea di pensiero si colloca C. VISCONTI, *Sui modelli di incriminazione della contiguità*, cit., p. 190, in cui si legge che “la vera anomalia, più che nel concorso esterno in sé e per sé considerato sotto il profilo strettamente giuridico, risiede nel fatto che la discussione intorno alla repressione penale della contiguità alla mafia ha toccato in Italia livelli di drammatizzazione impensabili in altri paesi [...] il ciclico riscontro di diffuse e perduranti forme di cooperazione tra le mafie e significativi settori del mondo politico, imprenditoriale e professionale, ha sospinto la giustizia penale a solcare il procellosi mari della criminalità del potere, sollevando problemi che travalicano senz’altro il dato puramente tecnico – giuridico”.

mafioso. È noto a tutti come le cruente stragi mafiose e gli attacchi ai cc.dd. pezzi dello Stato, verificatesi tra gli anni '80 e '90, hanno determinato un risveglio sociale delle coscienze, un moto popolare di rigetto del fenomeno mafioso inteso come struttura di potere parallelo allo Stato, nonché come sistema di valori imperniato sul ricatto, sulla violenza e sulla sopraffazione. Dalle stragi di Capaci e di Via d'Amelio, qualcosa è mutato nella coscienza popolare. Si è passati da una tendenziale immunità del mondo mafioso, come raccontavano già secoli fa Leopoldo Franchetti e Sidney Sonnino¹⁰², alla consapevolezza collettiva dell'intollerabilità del c.d. modello "subculturale" mafioso. Non sono pochi i movimenti contro le mafie e i magistrati che trovano ispirazione di vita negli sforzi compiuti nella lotta alle mafie da valorosi magistrati uccisi dalla criminalità organizzata, al punto che si è giunto financo a parlare di "generazione Falcone e Borsellino", per indicare una generazione di operatori del diritto cresciuta seguendo le figure dei due "eroi nazionali"¹⁰³. E allora come scrive anche Costantino Visconti, "siamo forse autorizzati a congetturare questo: cioè sono proprio i risvolti extragiuridici a costituire la vera costante problematica del

¹⁰² L. FRANCHETTI, *Condizioni politiche ed amministrative della Sicilia*, cit., il quale sostiene, con riferimento alla Sicilia, che si è diffusa una certa base valoriale per cui "tutte le specie di relazioni coi malfattori sono moralmente lecite in modo uguale", così come il valersi di quelli "negli animi dei cittadini non è legato il concetto di immoralità"; sulle medesime premesse, si basa una famosa decisione del Tribunale di Catania sui cc.dd. cavalieri del lavoro. Si veda, Trib. Catania, 28 marzo 1991, *Amato*, cit., p. 472 ss. con nota di G. FIANDACA, *La contiguità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale*.

¹⁰³ La svolta in campo giudiziario si colloca nell'ambito del c.d. maxiprocesso istruito da Giovanni Falcone, la cui ordinanza – sentenza, già citata, contiene alcuni passi fondamentali per le strategie di contrasto alla criminalità organizzata, nonché una rivisitazione del concetto di "contiguità mafiosa", da espressione che indica comportamenti di vicinanza penalmente irrilevanti a veicolo di un giudizio penale che ravvisa nelle condotte di sostegno esterno un fenomeno riprovevole e pericoloso. Si legge nel documento, infatti, che "alcune attività della c.d. criminalità dei colletti bianchi in tema di riciclaggio di danaro si risolvono in un contributo causale, spesso di notevole rilievo, al perseguimento degli scopi di Cosa Nostra e al rafforzamento della stessa [...] Ed è proprio questa convergenza di interessi col potere mafioso, già richiamata a proposito di alcuni delitti mafiosi, che costituisce una delle cause maggiormente rilevanti nella crescita di Cosa Nostra e della sua struttura di contropotere, nonché, correlativamente, delle difficoltà incontrate nel reprimerne le manifestazioni criminali". Per ulteriori riferimenti, si rinvia a Trib. Palermo, Ufficio Istruzione, 8 novembre 1985, *Abbate, inedita*. Sulle figure di Giovanni Falcone e il nuovo metodo di contrasto alle mafie da lui ideato, si esprime il compianto collega Paolo Borsellino in un discorso pronunciato il 23 giugno 1992, un mese dopo la strage di Capaci: "Falcone iniziò a lavorare in modo tutto nuovo. E non solo nelle tecniche di indagine. Ma anche consapevole che il lavoro di magistrato doveva entrare nella stessa lunghezza d'onda di ognuno [...] il suo lavoro stava anche smuovendo le coscienze, rompendo i sentimenti di accettazione della convivenza con la mafia, che costituiscono la vera forza di essa", da P. BORSELLINO, *Oltre il muro dell'omertà. Scritti su verità, giustizia e impegno civile*, Milano, 2011, p. 221.

concorso esterno”¹⁰⁴ e non, evidentemente, le diverse e contrastanti ragioni dogmatiche descritte nel paragrafo precedente. Le pressanti aspettative della collettività, il condizionamento ambientale subito dai giudici chiamati, non di rado, a decidere l’assoluzione o la condanna di un politico o di un magistrato “in odore di mafia”, l’assenza di un legislatore inerte nel sobbarcarsi il ruolo legittimo di lotta alla criminalità organizzata e alla contiguità mafiosa, hanno determinato un orientamento prevalente in magistratura volto a combattere con ogni strumento possibile certe manifestazioni di criminalità organizzata, intollerabili nella coscienza popolare, anche al costo di forzare i principi costituzionali e gli strumenti normativi esistenti. Il giudice come paladino della giustizia, inteso come giudice che sobbarca su di sé l’impegno nella lotta a forme intollerabili di ingiustizia a danno della collettività, inaccettabile in uno Stato democratico in cui vige la separazione dei poteri, deriva da situazioni del tipo appena accennato. Se il percorso della criminalizzazione di certi comportamenti passa dal bisogno di una collettività che reclama la punizione di fatti considerati intollerabili alla stregua di una certa gamma di valori diffusi, è necessario che qualcuno raccolga tali esigenze di politica criminale. Se le esigenze di politica criminale, però, sono raccolte dalla magistratura, qualcosa non è a posto nella sana gestione della vita democratica e in particolare in un sistema penale liberale che vede soltanto nella figura del legislatore la volontà collettiva e a esso soltanto affida il compito di veicolare messaggi di politica criminale e di difendere beni giuridici minacciati da comportamenti gravissimi e inaccettabili¹⁰⁵. Non è accaduto questo in materia di contiguità mafiosa e ciò è agevolmente rinvenibile in diversi casi giudiziari eclatanti che hanno coinvolto personaggi politici noti, in cui si rende evidente una certa sovraesposizione politica della magistratura: si pensi al caso dell’ex Presidente della Regione Sicilia, Salvatore Cuffaro, condannato prima per rivelazione di segreti d’ufficio e favoreggiamento aggravato dalla c.d. finalità

¹⁰⁴ C. VISCONTI, *La punibilità della contiguità*, cit., p. 1858.

¹⁰⁵ Sulla posizione che deve assumere il magistrato in uno Stato di diritto, C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 39 ss.; F. VIGANÒ, *Riflessioni conclusive in tema di diritto penale giurisprudenziale, partecipazione e concorso esterno*, cit., p. 301 ss. il quale esprime una riflessione sul fenomeno dei “giudici giustizialisti” e diritto penale giurisprudenziale; sull’esposizione politico – mediatica del magistrato requirente, A. GAMBERINI, *La crisi della tipicità. Appunti per una riflessione sulla trasformazione della giustizia penale*, in *penalecontemporaneo.it*, p. 10 – 12.

mafiosa, poi successivamente iscritto di nuovo nel registro degli indagati, per i medesimi fatti, a titolo di concorso esterno in associazione mafiosa nonostante un'evidente violazione del *ne bis in idem* sostanziale. Non è comunque l'unico caso perché frequente è il *modus agendi* consistente nel contestare il concorso esterno, pur consapevoli delle difficoltà probatorie e dell'incertezza dell'istituto, anziché un'altra fattispecie in cui il fatto potrebbe comunque essere ricondotto, soltanto al fine di veicolare messaggi politici alla collettività e porsi all'attenzione dei più come paladina della legalità¹⁰⁶, con la complicità di certi *mass media*, come racconta Giovanni Fiandaca in famoso scritto sulla mediaticità nefasta che accompagna il concorso esterno. Altrettanto esemplari possono considerarsi le parole utilizzate dal magistrato Piergiorgio Morosini, giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Palermo, il quale elogiando l'utilità del concorso esterno, scrive: “ [...] la magistratura, con il concorso esterno, ha dimostrato di non volersi fermare sulla soglia del potere. È stata capace di attraversare quella sottile linea di demarcazione che di rado nella storia italiana era stata valicata”¹⁰⁷. Non è difficile notare un messaggio di politica criminale nella descrizione “trionfante” dell'operato della magistratura se non un plauso a una magistratura erta impropriamente a paladina della legalità. Si può scorgere da certe vicende come le questioni che in questo campo agitano la magistratura non siano mai quasi di puro diritto, ma siano ricche di implicazioni sociali e politiche, così come, *mutatis mutandis*, le oscillazioni giurisprudenziali in merito a un'applicazione più o meno larga dell'istituto – con riferimento, ad esempio, alla valutazione del contributo rilevante in base a un giudizio di idoneità *ex ante* oppure di efficacia *ex post* – sembrano costituire “rivestimenti” dogmatici a scelte di valore che impropriamente assume la magistratura, peraltro inaccettabilmente differenti da giudice a giudice, in particolare da giudici di merito a giudici di legittimità¹⁰⁸. È utile sgombrare a questo punto il campo da possibili luoghi

¹⁰⁶ G. FIANDACA, *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, cit., p. 253, in cui l'autore denuncia l'attività di una magistratura mossa da evidenti impulsi a sfondo etico – moraleggiante nella formulazione delle imputazioni a carico di noti soggetti politici.

¹⁰⁷ P. MOROSINI, *Il concorso esterno oltre le aule di giustizia*, cit., p. 261 – 262.

¹⁰⁸ Vicende emblematiche di oscillazione giurisprudenziale del concorso esterno, si rinvencono nei casi riguardanti due noti uomini politici, Giulio Andreotti e Calogero Mannino, nelle cui vicende giudiziarie si può osservare l'andamento ondivago della giurisprudenza tra primo grado, appello e Cassazione.

comuni: qui non è messa in discussione l'esigenza di politica criminale, che non può non considerarsi specchio di un problema gravissimo e da contrastare con ogni mezzo possibile, purché legittimo. Qui si vuole invece fare notare come il clamore mediatico, la rissa politico – giornalistica, l'assunzione del ruolo di attore politico assunto da alcune Procure della Repubblica dimostrano le ragioni di un'irrisolvibile e strutturale fragilità dell'istituto. Un istituto, così come delineato dalla giurisprudenza, non fondato sulle solide basi della dogmatica penalistica, ma sulle fragili fondamenta di un'opzione di politica criminale vicariamente assunta dalle procure italiane anziché dalle scelte stabili di un legislatore.

Non c'è da meravigliarsi, allora, dinanzi alle oscillazioni giurisprudenziali e all'incertezza derivante dalle decisioni giudiziarie che da tribunale a tribunale oppure da sezione a sezione risolvono diversamente le problematiche del concorso esterno. Si assiste a fisiologiche oscillazioni giurisprudenziali, specchio di opzioni di politica criminale e "visioni del mondo" naturalmente e logicamente differenti da uomo a uomo così come da giudice a giudice che, dunque, nel caso del concorso esterno, variano dalle magistrature di merito, presentatesi quasi come vecchi "pretori d'assalto" di altri momenti della storia giudiziaria italiana, e magistratura di legittimità, la quale, invece, tende a mostrare una maggiore attenzione alle categorie dogmatiche e quantomeno tenta di mitigare l'eccesso di criminalizzazione e di vitalità dei tribunali e delle procure¹⁰⁹.

Questo è quanto generalmente avviene quando l'istituto non si fonda su solide basi strutturali a livello dogmatico e si basa, invece, su scelte fluide di politica criminale che, essendo a loro volta dipendenti da motivi ideologici, non possono che variare da giudice a giudice così come da pubblico ministero a pubblico ministero, perché parti di quell'ineliminabile pre - comprensione che permea di sé ogni scelta in sede di giudizio. Non esiste essere umano che non abbia una propria visione del mondo, che non proponga anche inconsciamente valutazioni di favore o sfavore su qualsiasi fatto gli si venga a presentare dinanzi. Quanto appena detto può essere sacrosanto, giusto, nonché ineliminabile nell'ambito della discussione

¹⁰⁹ V. MAIELLO, *Luci e ombre nella cultura giudiziaria del concorso esterno*, cit., p. 267, il quale nota una divergenza nei "giudizi di meritevolezza e rilevanza politico – criminale, diffusi nei circuiti di discussione e di confronto da cui traggono alimento gli orientamenti valoriali di fondo della nostra magistratura" rispetto alla ricostruzione garantista dell'istituto compiuta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione Mannino.

politico – parlamentare, non nell’attività giudiziaria ove non sarebbe accettabile l’eventualità che l’esito di un giudizio, si badi, *penale*, muti da un giudice a un altro, da una certa composizione della corte a un’altra oppure da un certo tribunale a un altro, come troppo spesso avvenuto negli ultimi decenni.

Sembra che il concorso esterno ripercorra le medesime vicende applicative di un altro istituto controverso del diritto penale, il quale proprio per il suo “tormentato cammino”, si presenta come una sorta di mistero giurisprudenziale: il dolo eventuale¹¹⁰. Il richiamo a questo istituto potrebbe apparire *prima facie* non inerente all’oggetto di lavoro, ma soltanto apparentemente. Si vuole porre all’attenzione di chi legge come entrambi gli istituti vivano la medesima vita travagliata in base a medesime condizioni di esistenza. Tralasciando i contenuti di entrambi, ovviamente attinenti a campi differenti del diritto penale, si tratta di analizzare le condizioni esteriori che sembrano, rimarcando una certa somiglianza, indurre alla medesima conclusione. Si tratta di istituti nati dall’esperienza giurisprudenziale, tendenti a espandere e/o ad aggravare la responsabilità penale come esigenza di una chiara opzione di politica criminale e di difesa sociale, esposti a tensioni latenti con i principi costituzionali, e in particolare entrambi assoggettati ad una condizione di oscillazione giurisprudenziale da un grado di giudizio all’altro e da giudizio a giudizio. Se in materia di dolo eventuale l’oscillazione riguarda il passaggio dal dolo eventuale alla colpa cosciente e viceversa, in materia di concorso esterno, il passaggio dalla partecipazione al concorso e viceversa. Entrambi, peraltro, estremamente variabili sulla base dei disponibili compendi probatori del caso concreto e dell’ineliminabile precomprensione del giudice penale, nonché sulla base di stereotipi criminali condizionanti la sussunzione giudiziaria sotto certe qualificazioni giuridiche anziché altre. Non soltanto, ma la particolare vicinanza degli istituti si vede anche nell’esposizione mediatica dei casi *sub iudice*, così come, nel condizionamento ambientale subito dagli organi giudicanti. Così come il dolo eventuale subisce una vita travagliata, o meglio, considerato il raffronto qui

¹¹⁰ Per un’ampia trattazione dell’istituto e della sua travagliata vita giurisprudenziale si rinvia a A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 382 – 402, il quale espone, altresì, l’idea della c.d. concezione termica del processo, così come “bonariamente” denominata dal Prof. Franco Coppi.

proposto, un “tormentato cammino”¹¹¹ giurisprudenziale, perché caratterizzato da un’evidente fragilità strutturale dell’istituto, come ha sostenuto Adelmo Manna in diverse sedi ¹¹², anche il concorso esterno vive una fisiologica incertezza giurisprudenziale sulla base delle stesse premesse. Il problema è da rinvenirsi nelle basi poste a fondamento dell’istituto: una fragilità della base dogmatica, pieghevole in base all’esigenza del momento e alle pressanti esigenze di difesa sociale, e una liquida e sfuggente base di politica criminale assunta a fondamento da un singolo giudice e non con una stabilità che soltanto la legge può garantire. Non v’è dunque da meravigliarsi, con queste premesse, delle oscillazioni giurisprudenziali: esse costituiscono parte fisiologica della vita di qualsiasi istituto giuridico, del dolo eventuale così come, *mutatis mutandis*, del concorso esterno. In chiusura di paragrafo, si riporta un ultimo dato di natura statistica, il quale possiede il pregio di proiettare su dati visibili a tutti come l’istituto alla prova dei fatti non regga. Come si rinviene dai dati messi a disposizione dalla procura nazionale antimafia, la statistica giudiziaria mette in mostra uno scarto sensibile tra il numero delle indagini avviate a titolo di concorso esterno e processi conclusi: su un numero di 7.190 soggetti indagati, si sarebbero conclusi con sentenza soltanto 542 processi. Un divario imponente che dimostra empiricamente la fragilità strutturale che l’istituto ha raggiunto, con inevitabili frustrazioni per le esigenze di difesa sociale, ma anche per le garanzie degli imputati, costretti a subire misure cautelari, gogne mediatiche per imputazioni infondate e non di rado, generiche, indeterminate e sfuggenti, le quali, altresì, mostrano come anche in ambito processuale l’istituto non riesca a proiettarsi in forme chiare, solide e determinate, con evidenti problemi per l’impostazione delle strategie difensive per gli imputati e per l’ordine logico del giusto processo “riflesso nella struttura della sentenza: imputazione – motivazione – decisione”¹¹³. Indice quest’ultimo che neanche per i giudici che abbiano a cuore il giusto processo, un istituto così

¹¹¹ L’espressione fu utilizzata per la prima volta da Costantino Visconti in un contributo scientifico apparso sul Foro Italiano nel 1994, anche qui ampiamente citato, e di lì frequentemente utilizzato per descrivere la controversa vita del concorso esterno in associazione mafiosa.

¹¹² A. MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale. L’indistinto confine e la fine del principio di stretta legalità*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2012, p. 214 ss.

¹¹³ Sulle critiche avanzate ai modi di configurare le imputazioni nei processi a titolo di concorso esterno in associazione mafiosa, si rinvia a F. M. IACOVIELLO, *Schema di requisitoria integrato con note d’udienza (processo Dell’Utri)*, in *penalecontemporaneo.it*; D. PULITANÒ, *La requisitoria di Iacoviello: problemi da prendere sul serio*, cit., p. 257 – 258.

delineato, non militi a favore del diritto. Dati, questi appena riportati, di cui non si può certo andare orgogliosi, come già fa notare Costantino Visconti.

In breve, l'istituto del concorso esterno, già noto alla tradizione giuridica italiana, vive oggi una "vita travagliata" perché mancante sia di solide basi dogmatiche che si ritengono indispensabili per la stabilità giurisprudenziale di ogni istituto, sia di una chiara e stabile scelta di valore politico – criminale assunta dal legislatore, unico soggetto idoneo a individuarla all'esito di un regolare processo di discussione democratica. L'affidamento dei giudici a motivazioni di carattere extragiuridico, risolvendosi in una vera e propria "delega in bianco" all'interprete, oltre a evidenziarsi in ambito processuale nelle contestazioni e nelle motivazioni generiche, determina una fragilità strutturale dell'istituto, con l'effetto di un'inevitabile e fisiologica oscillazione giurisprudenziale sincronica e diacronica. La soluzione passa, allora, soltanto attraverso l'intervento della legge. Si badi, non di una qualsiasi legge, ma di un intervento normativo all'esito di un laico e non ostile confronto dialettico in ambito politico e giuridico, lontano da preconcetti e da quel clima di lotta religiosa che ha pervaso la società italiana, di cui unico beneficiario risulta, a giudicare dall'estensione raggiunta dalla sua forza di intimidazione e dal suo potere economico, proprio chi, a giudizio – si spera - di tutti gli attori in campo, non avrebbe dovuto esserlo: la criminalità organizzata e la correlata rete di relazioni sociali che ad essa fa riferimento.

4. "La parola passi alla legge": le opzioni di politica del diritto e le proposte in campo

La riflessione fin qui svolta ha evidenziato i problemi cui ha dato luogo l'assenza di una legislazione *ad hoc* volta a reprimere le svariate forme di contiguità alla mafia, problemi che vanno dall'attività di elaborazione scientifica svolta dalla dottrina, inutile perché mai tradottasi in concrete riforme legislative oppure in soluzioni giurisprudenziali definitive, fino all'incertezza latente, se non, come più gravemente definita da Vincenzo Maiello, all'anarchia interpretativa della giurisprudenza italiana divisa sulla configurabilità, nonché sui giudizi di valore da sottendere a tali comportamenti nell'uso di un istituto controverso quanto

indeterminato come il concorso esterno. Si rende opportuno, dunque, passare a una riflessione *de iure condendo* valutando se e come debba risolversi definitivamente il problema e soprattutto valutando se vi siano margini concreti di realizzazione di una riforma che “metta a posto” l’ordinamento italiano, già recentemente bacchettato dalla Corte di Strasburgo nell’*affaire* Contrada.

Alcune premesse sono opportune, prima di addentrarsi nella riflessione sulle prospettive future dell’istituto. Da un lato, premessa indispensabile riguarda le diverse posizioni dottrinali in campo, già descritte nei paragrafi precedenti: come già in quella sede evidenziato, la dottrina si era sempre divisa sulla configurabilità e sulla delimitazione del concorso esterno *de iure condito*, ma nessuno obiettava qualcosa in merito all’esistenza di grave esigenza di politica criminale, di un grave problema di criminalità organizzata che in qualche modo avrebbe dovuto trovare soluzione¹¹⁴. Dall’altro, v’è altresì da premettere che le considerazioni già svolte in questo lavoro, sui limiti della giurisprudenza e sulla mancanza di una precisa scelta valoriale da sottendere alla criminalizzazione di certi comportamenti di “contiguità mafiosa”, lasciano propendere per un ricorso alla legge perché l’istituto, così controverso quanto liquido e sfuggente, ritorni nell’alveo della legalità, ovverosia trovi la sua legittimità, fino a oggi così “sofferente”, in una precisa scelta legislativa. In altri termini, come sostiene la dottrina maggioritaria in termini quasi plebiscitari, sembra opportuno che sia il legislatore, in un ordinamento di *civil law* improntato alla riserva di legge, a “sbrogliare la complicata matassa” del concorso esterno¹¹⁵.

¹¹⁴ C. VISCONTI, *Il concorso esterno*, cit., p. 1307 in cui l’Autore, dopo aver classificato le posizioni assunte dalla dottrina interessata alla questione, precisa che le diverse posizioni divergevano soltanto in merito alla configurabilità *de iure condito*, giammai intorno al riconoscimento della notevole esigenza di politica criminale sottesa che faceva da sfondo alla questione.

¹¹⁵ A. MANNA, *L’ammissibilità del c.d. concorso esterno*, cit., p. 1199 – 1200; ID, *Concorso esterno (e partecipazione)*, cit., p. 483 ss.; G. DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale*, cit., p. 1302 – 1303; ID, *Paradigmi generali e concrete scelte repressive nella risposta penale alle forme di cooperazione in attività mafiosa*, cit., p. 3499 – 3500; C. VISCONTI, *Il concorso esterno*, cit., p. 1344 – 1346; ID, *Sui modelli di incriminazione della contiguità*, cit., p. 189 ss.; ID, *Contiguità alla mafia*, cit.; F. ARGIRÒ, *Note dommatiche*, cit., p. 803 ss.; G. DE VERO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Diritto penale e processo*, 2003, p. 1326 – 1328; G. INSOLERA, *Ancora sul problema del concorso esterno*, cit., p. 648; G. FIANDACA, *Il concorso esterno tra sociologia e diritto penale*, cit., p. 182; ID, *La tormentosa vicenda giurisprudenziale*, cit., p. 696 – 697; ID, *Perché è il momento di rivoluzionare il concorso esterno*, cit., p. 4; ID, *Prefazione*, in *Il concorso esterno tra*

Si possono addurre svariati motivi a sostegno di quanto appena scritto, tali da fare propendere sicuramente verso una soluzione legislativa del problema, si badi, sempre che il legislatore ne sia seriamente intenzionato e svolga razionalmente il suo compito. In primo luogo, il tormentato cammino giurisprudenziale dell'istituto costituisce già di per sé valido motivo per abbandonare gli incerti lidi del diritto giurisprudenziale a favore di un intervento legislativo. È noto che le Sezioni Unite Mannino abbiano delineato un concorso esterno imperniato su una ricostruzione rigorosa della causalità, troppo frequentemente disattesa da giudici di merito, ma anche dalle stesse sezioni semplici della Corte di Cassazione e non soltanto per motivi di natura tecnico – processuale. Da un lato, sembra che i giudici di legittimità abbiano affermato, con estrema schiettezza, come possa configurarsi il concorso esterno *de iure condito*: qualsiasi altra ipotesi ricostruttiva che possa riferirsi a nozioni deboli della causalità o a forme più anticipate di tutela non può delinearsi se non oltrepassando il dato normativo esistente. Così, seppure velatamente, i giudici di legittimità sembrano affermare che qualsiasi altra ipotesi di politica criminale utile a un migliore contrasto alla contiguità mafiosa può essere raggiunto soltanto con un intervento legislativo *ad hoc*. D'altra parte, e ciò costituisce un altro motivo valido per auspicare che il legislatore dia un segno di vitalità, si è sostenuto che la divergenza applicativa del concorso esterno sia specchio di una divergenza valoriale in seno al mondo giudiziario, in quanto “è verosimile che specie presso la magistratura di merito persista e resista un tipo di precomprensione punitiva, basata su un sottostante giudizio di valore etico – sociale, che induce a considerare come bisognose e meritevoli di repressione penale anche forme di contiguità che, invece, secondo le sezioni unite, dovrebbero essere qualificate come penalmente irrilevanti”¹¹⁶. Sembra ovvio che un tale stato di cose, ovverosia l'esistenza di “sensibilità differenti” in seno alla magistratura, costituisca valido motivo per un improrogabile ricorso alla legge poiché, valga il vero e fino a prova contraria, il giudice “applica” la legge – quantomeno in senso

indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale, cit., p. XI – XIV; V. MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, cit., p. 149 ss.

¹¹⁶ G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto polemogeno*, cit., p. 496.

lato - e giammai può decidere sulla base di personali giudizi di valore sulla meritevolezza di pena di questa o di quell'altra forma di contiguità.

In secondo luogo, il “ritorno alla legge” sembra oltremodo necessario per superare uno stato di cose anomalo nella ripartizione delle competenze tipicamente assegnate ai poteri dello Stato costituzionale. Qualsiasi operatore del diritto non crede più al mito del giudice *bouche de la loi*, ovverosia può dirsi che l'attuale assetto dei poteri non induce certamente a ritenere che il giudice si limiti a un'applicazione meccanica di un diritto creato esclusivamente dal legislatore. Nulla di più falso come può agevolmente costatarsi con riferimento a svariati ambiti del diritto penale. Ciò non può indurre, però, all'eccesso opposto, ossia all'accettazione di un giudice che si sostituisce al legislatore e crea autonomamente il diritto. Si è detto, invece, in modo più ragionevole, anche alla luce degli studi in materia di ermeneutica giudiziaria, che se al legislatore spetta certamente creare la legge, al giudice spetta il compito di “continuare la legge” nel solco individuato dal legislatore, giammai di sostituirsi ad esso, in un'attività di co – fondazione del diritto e giammai di autonoma creazione dello stesso¹¹⁷. Alla luce di quanto appena scritto, allora il ricorso alla legge “si alimenta di un bisogno di riportare al regime della riserva di legge un campo di materia – il concorso esterno – connotato da complesse e problematiche opzioni di tutela, restituendo alle procedure democratiche di esercizio della sovranità il potere di de – finire l'area dell'illiceità penale”¹¹⁸.

In ultimo, *last but not least*, non può mancare un cenno alla criticata sovraesposizione mediatica dell'istituto. La tormentata vicenda giurisprudenziale del concorso esterno ha messo in evidenza uno stato assai critico dei rapporti tra

¹¹⁷ 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. 161 ss. L'Autore definisce l'interpretazione giudiziale come un “argomentare problematico” che si risolve in decisioni e giudizi conformati in senso ermeneutico, riflettenti cioè entità di valore relativo, poiché destinate a ricevere una specifica dimensione di significato solo in rapporto a cose e/o accadimenti concreti storici. Così l'interpretazione si risolve in un ragionamento complesso, connotato da un andamento circolare tra fatto e norma, in cui il giudice, attraverso momenti propriamente valutativi, “continua l'opera della legge” con provvedimenti che “riferiscono al caso concreto il programma di tutela formalizzato dal sistema legale”. Diversamente dall'interpretazione eversiva, nella quale, invece, il giudice si scosta dalla norma e, da consumatore/interprete delle decisioni politico – criminali, ne diventa autore sostituendosi al legittimo produttore delle stesse, il Parlamento.

¹¹⁸ ID, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, cit., p. 130.

politica e magistratura, ormai divenuto insostenibile. L'uso frequente - e forse eccessivo - dell'istituto, il quale trova la sua naturale applicazione a danno di esponenti delle classi dirigenti, non poteva che far sorgere svariate risse mediatiche su ogni singolo caso giudiziario che interessasse un personaggio politico, come emblematicamente avvenuto nel caso Dell'Utri oppure nel caso Andreotti¹¹⁹. Lungi da chi scrive il volere dubitare della neutralità e della professionalità della magistratura, ma proprio a favore della stessa si rende più che mai evidente la necessità di ricorrere alla legge, perché nessuno possa avere anche soltanto il dubbio che l'istituto possa essere utilizzato per scopi politici, anche soltanto al fine di delegittimare mediaticamente una parte politica a favore di un'altra. Una magistratura che si rispetti non deve avere scopi politici sicuramente, ma nemmeno deve creare il dubbio che ciò possa verificarsi.

Il "ritorno alla legge" servirebbe a evitare uno scontro, peraltro assai pericoloso perché intacca le corde di un rapporto delicato già di per sé teso negli ultimi decenni e in più espone la magistratura a un dibattito politico che, a prescindere dagli esiti, ne elide l'autorevolezza.

Si potrebbero addurre altri motivi a sostegno dell'opzione legislativa, ma già quanto riportato può essere sufficiente perché il concorso esterno si congedi dalla sua esperienza giurisprudenziale. Un'esperienza che non può che essere accompagnata da una valutazione di apprezzamento per quanto la magistratura ha tentato di fare dinanzi al silenzio "assordante" del legislatore¹²⁰. D'altra parte, però, non costituisce un'opzione peregrina esercitare una nota di disaccordo rispetto a quanto fin qui affermato. Infatti, non senza argomenti ragionevoli, v'è chi ha sostenuto che "di fronte all'oggettiva difficoltà in cui inevitabilmente ci si trova quando si mette mano a definire specie, natura e qualità dei rapporti delle

¹¹⁹ Un cenno alle questioni extragiuridiche che hanno accompagnato la tormentata vicenda del concorso esterno e sulle conseguenze derivanti nei rapporti politica – magistratura, si rinviene in G. FIANDACA, *La tormentosa vicenda giurisprudenziale*, cit., p. 691; M. PAPA, *Un "baco del sistema"?*, cit., p. 697 – 698.

¹²⁰ V. MAIELLO, *Principio di legalità ed ermeneutica*, cit., p. 165 – 167, il quale sostiene che l'interpretazione eversiva non è addebitabile *in toto* a un'infedeltà della magistratura ai principi di stretta legalità, ma dipende dalla qualità del dato normativo, inteso come "un problema, la cui positiva soluzione dipende da condizioni che non si esauriscono nella mera esistenza di un qualsiasi *dictum* legislativo". Il paradigma eversivo attecchisce e si espande, in modo direttamente proporzionale, all'imprecisione del dettato normativo e al suo carente grado di persuasività assiologica. In presenza dei suddetti fattori, il giudice sarà portato a sfruttare le maglie larghe della norma, "secondo gli *input* di tutela segnalati dai fatti storici di volta in volta giudicati".

organizzazioni mafiose con il mondo della politica, degli affari, degli operatori economici, delle professioni, ecc., 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”¹²¹. Una posizione che Carlo Federico Grosso conferma anche più recentemente¹²², semplicemente per due ordini di motivi: il primo da rinvenirsi nell’impossibilità di tipizzare le miriadi di forme relazionali tra società civile e criminalità mafiosa perché “varie” e “variegate”, il secondo perché lo strumento legislativo è rigido e ciò costituirebbe un ostacolo alle esigenze di contrasto a una criminalità che cambia e muta paradigmi con una velocità cui la legge non riesce a stare dietro. Se non si può certamente tacciare questa tesi come assolutamente infondata, sembra però che i motivi a sostegno dell’intervento legislativo siano più pregnanti e soprattutto più aderenti alla tenuta del sistema e ai suoi principi costituzionali portanti: se costituisce un dato veritiero l’assoluta variabilità delle relazioni che si instaurano in questo campo criminale, non si può verosimilmente lasciare la soluzione dei singoli casi concreti alla discrezionalità giudiziaria “nella speranza che ci sia un giudice a Berlino” oppure - sarebbe meglio dire di questi tempi - a Strasburgo. In gioco, come l’esperienza ha dimostrato, vi sono costi umani insormontabili. Occorre però, come già si avvertiva all’inizio di questo paragrafo, non un qualsiasi *dictum* legislativo¹²³, ma una o più fattispecie incriminatrici che siano idonee a inquadrare correttamente il problema da risolversi, perché siano utili strumenti di contrasto alla criminalità organizzata. Se ciò non fosse possibile, vi

¹²¹ C. F. GROSSO, *La contiguità alla mafia*, cit., p. 1190.

¹²² ID, *Il concorso esterno*, cit., p. 690 – 691: l’Autore, ribadendo la sua contrarietà all’opzione legislativa, racconta che nel corso dei lavori di riforma della parte generale del codice penale compiuti dalla commissione da lui stesso presieduta, la componente degli avvocati aveva proposto di abolire espressamente il concorso esterno a causa della sua asserita elasticità, e di procedere, appunto, in sua sostituzione, alla redazione di fattispecie *ad hoc*. Non convinto della proposta, l’Autore, chiedeva agli avvocati di persuaderlo presentandogli un progetto di fattispecie *ad hoc* da inserire nel codice, ma nessuno mai gli consegnò quel progetto, segno, secondo il Grosso, che evidentemente si trattasse di un’impresa impossibile al punto tale da convincere gli stessi avvocati a desistere.

¹²³ “Il valore vincolante della legalità formale va assunto non come un dato, ma come un problema, la cui positiva soluzione dipende da condizioni che non si esauriscono nella mera esistenza di un qualsiasi *dictum* del legislatore”. L’espressione si rinviene in D. PULITANÒ, *La dottrina penalistica italiana alle soglie del 2000*, in *La dottrina giuridica italiana alla fine del XX secolo*, a cura di B. Montanari, Milano, 1998, p. 114.

sarebbe allora soltanto da rassegnarsi a una gestione giurisprudenziale dell'istituto. In una riflessione *de iure condendo*, non possono trascurarsi due strumenti fondamentali per un corretto inquadramento fenomenologico e tecnico – giuridico della problematica. Infatti, non v'è chi non veda, in primo luogo, come qualsiasi buona proposta legislativa non può che fare riferimento a due ambiti fondamentali che non possono che rientrare in una qualsiasi proposta di tipizzazione: gli studi socio – criminologici e la giurisprudenza maturata in decenni di contrasti decisionali. Da un lato, una buona legislazione deve elevare a fatti di reato comportamenti che siano generalmente riconosciuti come pregni di un certo disvalore, offensivi di beni giuridici tangibili e come tali meritevoli di pena, riconoscibili come tali da qualsiasi cittadino¹²⁴. In una tale attività, il legislatore non può che attingere a piene mani dalle conoscenze sociologiche sul fenomeno che si vuole regolare e tentare di “ingabbiare”. In secondo luogo, la giurisprudenza, la quale ha offerto un notevole apporto nella ricostruzione dell'istituto, da cui sembra opportuno trarre qualche elemento di riflessione, quantomeno su come non deve essere tipizzato il concorso esterno se si vogliono raggiungere utili obiettivi di politica criminale. Peraltro, quello qui suggerito, non rappresenta un modo di procedere nuovo, poiché così già si scelse di operare nella redazione della fattispecie di associazione di tipo mafioso: dai termini palesemente extragiuridici come “omertà” oppure “forza di intimidazione” fino all'intera definizione di associazione mafiosa, il legislatore attinse a piene mani dalle conoscenze sociologiche sul fenomeno e dalla giurisprudenza fino a allora maturata in materia di misure di prevenzione¹²⁵.

Si può agevolmente immaginare un percorso argomentativo da cui un buon legislatore dovrebbe almeno partire per giungere a un risultato aderente al fenomeno che si intende contrastare. Un buon legislatore dovrebbe porsi le seguenti domande e dalla risoluzione di queste, pervenire ad una o più fattispecie incriminatrici: se e in che modalità esistono nella realtà sociologica forme di fiancheggiamento alle organizzazioni mafiose, se siano più o meno diffuse, se

¹²⁴ G. FORTI, *L'immane concretezza*, Milano, 2000, p. 143 – 149.

¹²⁵ A. BALSAMO, voce “Codice antimafia”, in *Dig. Disc. Pen.*, Aggiornamento, VIII, Torino, 2014, il quale tratta della prudenza che il giudice (e il legislatore, si aggiunge) deve nutrire verso le conoscenze empiriche per via della loro estrema variabilità e flessibilità, si veda Cass. pen., 5 gennaio 1999, *Cabib*, cit., in materia di contiguità nel mondo economico – imprenditoriale.

esse possano considerarsi come pericolose e come tali pregne di disvalore e, se da considerate pregne di disvalore, quali soglie di comportamento dovrebbero integrare una responsabilità penale e quali essere considerate soltanto come espressione di un malcostume o di una subcultura riprovevole. Se le suddette domande attengono più che altro al lato sociologico o alle scelte politiche, come tali implicanti l'uso delle conoscenze socio – criminologiche, le successive questioni invece da porsi riguardano le modalità di incriminazione e come tali chiamano in causa una valutazione di insieme del tormentato cammino giurisprudenziale. Prima di porsi queste, però, con l'ausilio delle scienze sociologiche, si può pervenire alle prime considerazioni. È evidente da una miriade di studi sociologici sull'argomento ¹²⁶, come la mafia si serva costantemente di soggetti esterni, come già ampiamente riferito in parti precedenti di questo lavoro, al punto di immaginarla, secondo schemi innovativi, come un'impresa – rete costellata da numerose filiali esterne, oppure come di un'impresa dotata di un enorme “capitale sociale”, rappresentato da una folta schiera di politici, imprenditori, magistrati che, in una logica di scambio contrattuale di favori reciproci, apportano contributi fondamentali per il consolidamento del potere mafioso. Un apporto tanto fondamentale che non si potrebbe esplicitare meglio di quanto abbia fatto Don Luigi Ciotti, coordinatore dell'associazione “Libera contro le mafie”, il quale ebbe occasione di affermare che “la mafia senza la politica non può esistere” e ciò da contezza della sicura rilevanza che la rete esterna di relazioni sociali possiede per il fenomeno mafioso. Ma ciò non può ancora essere sufficiente per inquadrare il fenomeno. È opportuno constatare, per dissolvere ogni dubbio, come il fenomeno della contiguità si presenti come una sorta di clientelismo, ove come tutti già sanno, persone appartenenti ai più diversi ambiti, si scambiano favori e raccomandazioni reciproche. Se così soltanto fosse descritto il fenomeno in oggetto, vista l'estrema diffusione nella cultura italiana di tale *modus agendi*, mancherebbe la grave esigenza di politica criminale da porre alla base di una responsabilità penale, salvo che non si acceda all'idea secondo cui dovrebbe incriminarsi quello che può ritenersi un vero costume sociale italiano il

¹²⁶ Per una visione d'insieme degli studi sociologici compiuti in materia di criminalità organizzata, F. SIRACUSANO, *La contiguità alla mafia tra paradigmi sociologici e rilevanza penale*, cit., p. 1 ss.; G. FIANDACA, *Il concorso esterno tra sociologia e diritto penale*, cit., p. 176 – 181.

quale potrebbe essere integrato, in una logica elettorale ad esempio, nell'abitudine, "congenita" alla maggior parte dei candidati a elezioni politiche, di promettere posti di lavoro o controprestazioni di ogni genere in cambio di voti. Un'ipotesi alquanto peregrina e sicuramente da scartare, motivo per il quale, allora il disvalore penale di questa particolare forma di clientelismo si deve rinvenire nel fatto che tali contributi siano diretti a rafforzare un'"organizzazione che delinque"¹²⁷, già di per sé illecita e pericolosissima per l'ordine pubblico, l'associazione mafiosa. Già questo è indice di una scelta politica ma ciò non è ancora sufficiente. La scelta politica più spinosa, su cui non v'è alcuna posizione comune, è la decisione in merito a quali condotte siano da incriminare: in altri termini, quale sia la soglia di punibilità per utilizzare l'arma del diritto penale. Per meglio intendersi, il politico deve realizzare effettivamente quanto promesso così apportando un vantaggio concreto all'associazione, deve soltanto adoperarsi ponendo in essere comportamenti idonei all'obiettivo a prescindere dal risultato, oppure è sufficiente che, ad esempio, il politico si dimostri disponibile ad accettare i voti in cambio di altre utilità a prescindere da un'attivazione nella direzione richiesta dal sodalizio. Su questo si gioca fondamentalmente la scelta politica e su questo si è frequentemente divisa la magistratura di merito e quella di legittimità. Questa è la scelta fondamentale da cui dipende anche l'opzione per una tecnica di tipizzazione anziché per un'altra. Nonostante questo spinoso e qui irrisolvibile problema, si può tentare di dare una risposta alle problematiche tecniche, la risposta alle quali trova spunto nell'analisi della giurisprudenza maturata in lustri di contrasti in materia. Da essi bisogna sicuramente congedarsi, ma "senza buttare il bambino con l'acqua sporca", ovvero senza trascurare gli utili risultati interpretativi cui si è giunti. Si può laconicamente affermare che se la giurisprudenza non sia stata in grado di consegnare una precisa definizione di come debba ricostruirsi il concorso esterno, ha certamente contribuito a suggerire come *non* debba essere ricostruito l'istituto. Non v'è chi non veda, infatti, come la

¹²⁷ M. RONCO, *L'art. 416 bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, cit., p. 61 – 62, il quale scrive che la fattispecie di cui all'art. 416 bis prevede un reato di danno all'ordine pubblico e non di pericolo, poiché l'associazione mafiosa non è un mero accordo "per delinquere" in futuro", ma incentrandosi sull'esercizio del c.d. metodo mafioso, è "associazione che delinque", "poiché esercita attraverso l'intimidazione un controllo immanente sul corpo sociale di riferimento", così concretizzando un danno effettivo e attuale all'ordine pubblico, a prescindere dalla realizzazione dei delitti – scopo.

giurisprudenza successiva alle Sezioni Unite Mannino, sulla scorta di una diversa sensibilità valoriale e delle difficoltà processual – probatorie di verifica *ex post* dell’incidenza del contributo, abbia operato in ogni modo per congedarsi dal rigoroso paradigma causale. Questo non può che condurre, in un’ottica *de iure condendo*, all’abbandono del modello del reato di danno per sostituirvi quello del reato di pericolo, così evitando le forche caudine probatorie¹²⁸. Si tende così a evitare una vera e propria *probatio diabolica* che avrebbe invece l’effetto di “depenalizzare” in sostanza la fattispecie stessa, considerato che l’esistenza di un evento impalpabile e l’assenza di massime di esperienza di empirica plausibilità avrebbe di fatto reso improbabile se non estremamente difficile pervenire anche una sola sentenza di condanna, come le recenti esperienze giudiziarie rendono evidente. Peraltro a suffragio di quanto sostenuto da una buona parte della dottrina, si può citare anche quanto già scrisse Cesare Pedrazzi, riguardo alla migliore tecnica di tipizzazione con riferimento al bene giuridico tutelato, poiché, afferma l’Autore, “quando vengono in considerazione interessi diffusi, soprattutto di carattere economico o politico, riferibili alla collettività o ad intere categorie, l’offesa si diluisce e si fa sfuggente: la natura diffusiva rende ardua l’individuazione di precisi correlati fenomenici. Una repressione ancorata all’accertamento in concreto del danno o del pericolo di danno rischierebbe la paralisi”¹²⁹. Se, come è evidente, il bene tutelato è l’ordine pubblico, allora la fattispecie non può che essere costruita secondo lo schema del reato di pericolo. Una conclusione, dunque, cui si perviene, seguendo diverse direttive, non soltanto seguendo l’analisi del tormentato cammino giurisprudenziale oppure affidandosi alla migliore dottrina penalistica, come sopra descritto. Alla medesima conclusione può giungersi sfruttando altresì le conoscenze sociologiche del fenomeno. La rete di relazioni sociali che lega mafiosi e “professionisti” si basa, già storicamente, sul paradigma del “contratto di protezione”¹³⁰, secondo il quale

¹²⁸ A. MANNA, *Concorso esterno (e partecipazione)*, cit., p. 483 – 485; C. VISCONTI, *Sui modelli di incriminazione della contiguità*, cit., p. 200 – 202; G. DE VERO, *Il concorso esterno*, cit., p. 1327 - 1328; V. PATALANO, *Riflessioni e spunti sulla contiguità alla mafia*, in *Riv. Pen.*, 2004, p. 933.

¹²⁹ C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, cit., p. 32 – 33.

¹³⁰ “Nelle zone ove, invece, Cosa Nostra ha da tempo monopolizzato tutte le attività illecite di rilievo si è affermato da lunghissimo tempo un modo diverso di estorsione, costituito dall’imposizione di una prestazione economica all’azienda in cambio della promessa di assicurare

la mafia fornisce la protezione in cambio del pagamento di un pizzo in denaro o in altre utilità, oppure sul concetto di manutengolismo, inteso come un insieme di prestazioni che legano due parti. Da questa considerazione storico – sociologica, si perviene alla conclusione che sarebbe utile affidarsi al paradigma di fondo, come desumibile dalle scienze sociologiche e come già attuato nello scambio elettorale politico – mafioso, del “contratto di protezione”, con riferimento in particolare modo alla contiguità imprenditoriale, oppure al criterio del reciproco vantaggio, in una generale logica di scambio contrattuale imperniato sul *do ut des*. In definitiva, ciò che si pone alla base delle condotte in oggetto e che potrebbe costituire la base della tipizzazione legislativa è proprio l’immagine del *pactum sceleris*, tipica dei cc.dd. reati – contratto, come la corruzione in cui si punisce il comportamento di un pubblico ufficiale che in cambio di una controprestazione in denaro o altra utilità strumentalizza la sua funzione in favore di terzi. Se si tiene a mente lo schema della corruzione, tipico esempio di un *do ut des* scellerato, non vi sarebbero difficoltà a immaginare il concorso esterno come una forma particolare di corruzione delle proprie funzioni politiche, imprenditoriali o *latu sensu* professionali idoneo a rafforzare l’associazione mafiosa. Uno schema che può considerarsi anche aderente al dato sociologico secondo cui l’*extraneus* si disinteressa dell’associazione criminale, della quale può teoricamente anche volerne il peggio e con essa venga in rapporti esclusivamente informati al soddisfacimento di interessi personali, nella logica tradizionale di “uno scambio illecito di favori”. Non interessa il danno o l’evento cui si giunge, ma la condotta pregnante di disvalore di chi fa mercimonio di una funzione¹³¹. Se quanto sopra scritto vale, allora il concorso esterno, come la corruzione, sarebbe da elaborare come un reato – contratto e come tale non orientato al modello di reato di danno, ma di pericolo. Un pericolo per l’ordine pubblico derivante dal fatto che il politico o il magistrato di turno sia sceso a patti con l’organizzazione malavitosa.

protezione da ogni inconveniente che dovesse provenire dall’ambiente malavitoso (furti, rapine, altre estorsioni, ecc.), sia esterno sia interno alla stessa organizzazione”, Trib. Catania, 28 marzo 1991, *Amato*, cit., p. 482.

¹³¹ Un parallelismo tra le ipotesi di contiguità mafiosa e delitti di corruzione si rinviene in A. MANNA, *Concorso esterno (e partecipazione)*, cit., p. 484 – 485; G. FIANDACA, *Il concorso esterno tra sociologia e diritto penale*, cit., p. 182.

Se le suddette valutazioni costituiscono esclusivamente un punto di partenza per una proposta di riforma legislativa, diverse sono le ipotesi prospettate in dottrina, frutto di un attento vaglio del fenomeno mafioso e degli esiti della giurisprudenza in materia. Certamente non è immaginabile in questa sede, ripercorrere analiticamente tutte le ragionevoli scelte operate da un'attenta dottrina cimentatasi nell'offrire al legislatore proposte riformatrici della materia, ma comunque è possibile quantomeno segnalare come le proposte siano classificabili seguendo due possibili indirizzi, i quali condividono l'opzione principale su cui ci si è ampiamente soffermati, il modello di reato di pericolo¹³².

Secondo un primo indirizzo, sulla scorta dell'articolo 416 *ter* c.p., si potrebbero ritagliare e selezionare altri “quadri di vita” che, secondo le conoscenze criminologiche, sarebbero idonei a integrare pericolose forme di contiguità mafiosa. Si tratterebbe peraltro di un modo per valorizzare anche l'attività giurisprudenziale di sistemazione della realtà concreta attraverso i cc.dd. casi tipologici, come ad esempio il famoso “aggiustamento dei processi” oppure il già tipizzato, “scambio elettorale politico – mafioso”¹³³. In questa direzione si pone la proposta di Giovanni Fiandaca, il quale propone una fattispecie così descritta: “Chiunque, strumentalizzando una pubblica funzione o un pubblico servizio, ovvero eccedendo i limiti del legittimo esercizio di un'attività politica, economica, professionale o di altra natura, opera a vantaggio di un'associazione criminale, in cambio di vantaggi ingiusti per sé o per altri, è punito ...”. Procedendo per gradi, si possono svolgere alcune considerazioni su questa proposta, dando ormai per assunto il favore per il modello di reato di pericolo. La proposta suddetta ha il

¹³² Si segnala che una parte della dottrina ritiene più utile una riforma complessiva dei reati associativi, alla luce peraltro dell'evoluzione strutturale delle mafie, nonché della difficoltà di estendere certi paradigmi consolidati alle nuove mafie oppure alle cc.dd. filiali di *franchising* di quelle tradizionali diffuse in territori precedentemente immuni. Si veda, in proposito, G. INSOLERA, *Ancora sul problema del concorso esterno*, cit., p. 640 – 648; A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003, p. 337 ss., in cui l'Autore, criticando l'opzione a favore di una tutela anticipata, propone, da un lato, una riforma integrale dei reati associativi in forme più aderenti al diritto penale del fatto e dall'altro, una revisione della normativa in materia di concorso di persone diretta ad un ritorno al c.d. modello differenziato, già previsto nel codice penale previgente Zanardelli.

¹³³ G. FIANDACA, *La tormentosa vicenda giurisprudenziale*, cit., p. 697, secondo cui l'intervento del legislatore “dovrebbe tradursi nella previsione di una o più fattispecie incriminatrici specifiche, finalizzate a ritagliare le forme di contiguità associativa da considerare alla luce della recente esperienza più bisognose e meritevoli di punizione”.

merito di “fotografare” il mercimonio della funzione esercitata dalla c.d. borghesia mafiosa, in particolare di riprendere il concetto di contiguità mafiosa come scambio contrattuale imperniato sul *do ut des*, qui descritto dal sinallagma “opera a vantaggio...in cambio di vantaggi ingiusti”. In particolare il richiamo alla strumentalizzazione della funzione, tipico dei reati di corruzione cui ci si è ispirati, ha il pregio di escludere la rilevanza penale delle azioni neutrali, cioè quelle corrispondenti all’esercizio di funzioni istituzionalmente doverose o all’esercizio di attività professionali richieste dalla legge come esplicazione di un diritto costituzionalmente garantito. Si pensi al più volte discusso problema dell’avvocato penalista che si trovi a stretto contatto con soggetti malavitosi nell’esercizio del diritto di difesa, costituzionalmente garantito ex art. 24 Cost. Come già aveva suggerito la dottrina, onde evitare la criminalizzazione di chiunque venga a contatto con le organizzazioni criminali, la responsabilità penale è strettamente collegata all’uso improprio e all’abuso nell’esercizio di una professione legittima¹³⁴. Altro motivo di interesse si rinviene nel termine “vantaggio”, idoneo a risolvere un altro problema rinvenuto nella prassi giudiziaria: sorge la responsabilità penale nei confronti di chi ottiene un vantaggio dalle relazioni con le cosche e non chi subisce un danno, così risolvendo il dilemma della distinzione vittima – complice. Volendo proprio ricercare un motivo di criticità, forse sarebbe opportuno, per consegnare un criterio discrezionale più marcante, aggiungervi l’aggettivo “innaturale”, proprio perché si evince dalla prassi giudiziaria che comunemente si ottiene un vantaggio anche minimo, ad esempio nella protezione dei cantieri in cambio del pagamento del pizzo, valorizzando in tale modo il criterio, da più parti apprezzato, del c.d. vantaggio o beneficio innaturale¹³⁵.

Secondo l’altro indirizzo, al fine di evitare che un’eccessiva frammentarietà faccia permanere vuoti di tutela, si potrebbe, viceversa, formulare una fattispecie autonoma di agevolazione dolosa dell’organizzazione mafiosa, idonea a garantire una maggiore tutela al bene protetto in quanto basata non sul rigoroso paradigma

¹³⁴ Già in tale senso, C.F. GROSSO, *La contiguità alla mafia*, cit., p. 1204 – 1205; M. VALIANTE, *L’avvocato dei mafiosi*, cit., p. 830 – 831.

¹³⁵ A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 555; A. BALSAMO, A. LO PIPARO, *La contiguità all’associazione mafiosa e il problema del concorso eventuale*, cit., p. 153, in cui si elencano i vari criteri di natura sociologica cui si potrebbe affidare la delicata distinzione in oggetto.

causale, ma su forme più flessibili di causalità, con riferimento alla causalità agevolatrice oppure alla valutazione di obbiettiva idoneità *ex ante* della condotta posta in essere ad avvantaggiare l'associazione¹³⁶. A questa soluzione si può accostare la proposta elaborata da Costantino Visconti all'esito di un lavoro di ricerca fra i più completi sulla materia in oggetto, volto a dare una sistemazione a tutti i problemi riscontrati nella prassi giudiziaria. Probabilmente, certamente senza nulla togliere alla proposta precedentemente descritta, la proposta che si analizza di seguito rappresenta il tentativo più completo di sistemazione dell'argomento ad opera della dottrina. Si propone, infatti, di introdurre una fattispecie di parte speciale, composta da cinque commi, così formulata: "1. Risponde di partecipazione ed è punito con la reclusione da tre a sei anni, chiunque risulti stabilmente inserito in un'associazione di tipo mafioso per avervi fatto ingresso come membro secondo le regole che essa si è data o per avere ripetutamente operato nell'ambito delle attività della medesima condividendone gli scopi. 2. Fuori dai casi di partecipazione e salvo che la condotta integri un reato più grave, è punito (...) chiunque, strumentalizzando il ruolo ricoperto in enti pubblici o privati, oppure l'esercizio di una professione o di un'attività economica, si adopera per avvantaggiare un'associazione di tipo mafioso. 3. Nei casi previsti nel comma precedente, si applica la pena della reclusione non inferiore (...) quando alla condotta realizzata consegue il risultato vantaggioso per l'associazione. 4. 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 un grave nocumento alla persona ovvero di evitare un danno patrimoniale di così rilevante entità da comprometterne l'esercizio della propria impresa o professione". Si tratta di una proposta che si accontenta del solo "adoperarsi per avvantaggiare", in conformità alla scelta condivisa di arretramento della punibilità per evitare le

¹³⁶ Su questa direzione si muovono le proposte di legge in discussione al Senato della Repubblica, che si esamineranno in seguito, a firma dei senatori Barani e Casson. Si deve qui già avvertire che la dottrina è divisa sui caratteri da attribuire alle condotte di agevolazione, poiché da un lato, v'è chi sostiene che essa debba valutarsi sulla base di un giudizio prognostico di idoneità *ex ante* in concreto e a base totale, alla stregua del tentativo di reato, e chi, d'altra parte, sostiene che il concetto di agevolazione si accompagni a quello di causalità agevolatrice, il cui criterio selettivo è dato dalla "significatività", ossia dalla capacità di rendere più grave, più sicuro e più facile il reato. In tale senso, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, III ed., Torino, 2008, p. 502 ss.

forche caudine del reato di danno, evitando cioè di verificare *ex post* il risultato conseguito invece configurato soltanto come una circostanza aggravante. Qualche altra considerazione può essere anche qui formulata. Si evince immediatamente come si attinga a piene mani dal “tormentato cammino giurisprudenziale” in più punti della formulazione: dalla condotta di partecipazione, nella cui descrizione è evidente il riferimento all’interpretazione evolutiva e dinamica datane dalle più recenti Sezioni Unite Mannino, nonché forse la migliore possibile per inquadrare le più recenti evoluzioni del fenomeno mafioso non più soltanto formato da *punciuti*, ma da schiere di soggetti insospettabili che anche dall’esterno, “operano ripetutamente nell’ambito delle attività” associative condividendone gli scopi, fino alla clausola di riserva “salvo che la condotta integri un reato più grave” prevista al secondo comma allo scopo di evitare l’inutile moltiplicarsi di imputazioni per i medesimi fatti, come di non rado purtroppo verificatosi nella giurisprudenza ¹³⁷. Si rinvencono, altresì, echi di giurisprudenza nella formulazione del quarto comma, in cui si prevede una particolare ipotesi di stato di necessità o di generale inesigibilità di un comportamento conforme al precetto. Si scrisse, infatti, in una nota sentenza, che l’imprenditore non sarebbe complice “ove tale contiguità sia imposta dall’esigenza di trovare soluzioni di non conflittualità con la mafia, posto che nello scontro frontale risulterebbe perdente sia il più modesto degli esercenti sia il più ricco titolare di grandi complessi aziendali”. Così, allo stesso modo, la formulazione del suddetto comma può avere trovato ispirazione nella logica del criterio del vantaggio reciproco oppure del c.d. vantaggio innaturale o naturale, secondo il quale l’imprenditore che non ricavi vantaggi altrimenti non ottenibili in una logica naturale di mercato *non certat de lucro captando*, ma *certat de damno evitando*, seguendo la tipica logica discreitiva usata in materia di corruzione – concussione ¹³⁸.

¹³⁷ Si ricordi il caso di Salvatore Cuffaro, ex Presidente della Regione Sicilia, prima indagato e condannato per rivelazione di segreti d’ufficio aggravato dalla c.d. finalità mafiosa, poi di nuovo, iscritto nel registro degli indagati a titolo di concorso esterno in associazione mafiosa, per i medesimi fatti pe’ i quali era stato già precedentemente condannato. In dottrina, si evidenzia il rischio di violazione del principio del *ne bis in idem* in C. VISCONTI, *Il concorso esterno*, cit., p. 1341 – 1343.

¹³⁸ Sul criterio distintivo tra concussione e corruzione, G. FORTE, *La mercificazione della funzione pubblica al bivio tra concussione e corruzione*, in *Materiali sulla riforma dei reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. Manna, Padova, 2007, p. 275 ss. Nella manualistica, una

Si aggiunge, infine, un ultimo comma che deve considerarsi fondamentale per la buona riuscita della riforma, la cui mancanza, in buona sostanza, segnerebbe l'inutilità di qualsiasi sforzo legislativo. Se il problema del concorso esterno si concentra nell'estrema genericità del concorso di persone nel reato, nell'estrema discrezionalità che questo istituto generale assegna alla giurisprudenza, allora premessa indispensabile per ogni proposta è l'inserimento di un comma come il seguente, diretto a escludere esplicitamente l'applicazione dell'art. 110 c.p. altrimenti applicabile a tutti i reati, compresi quelli associativi, come peraltro rimarcano le Sezioni Unite Mannino: "5. Non sono applicabili le norme sul concorso di persone a condotte che non risultano punibili ai sensi dei commi precedenti". In sostanza, dopo aver tipizzato le specifiche ipotesi di contiguità mafiosa penalmente rilevante, tassello fondamentale è l'inserimento della suddetta clausola d'inapplicabilità delle disposizioni in materia di concorso di persone¹³⁹. Si vuole così evitare quanto già accaduto, sia all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 416 *ter*, ove, infatti, non era previsto un simile accorgimento, sia in materia di associazioni con finalità di terrorismo di cui agli artt. 270 *bis* ss., ove nonostante siano state introdotte svariate forme di sostegno esterno all'associazione, in assenza della clausola di cui sopra, la giurisprudenza non si è astenuta dal far operare comunque l'istituto del concorso di persone¹⁴⁰.

Si potrebbe proseguire oltre, ma le proposte in campo sopra descritte rappresentano il *non plus ultra* cui è pervenuta la dottrina penalistica italiana.

Non resta a questo punto che sperare che tali proposte, così perfette nell'inquadrare il fenomeno della contiguità mafiosa, siano integralmente riportate in proposte di legge parlamentari. Ma si farebbe finta di vivere in un mondo fiabesco se soltanto si pensasse che esse possano diventare *sic et simpliciter* proposte di legge prima e leggi poi senza entrare nel tormentato agone politico, in cui l'inevitabile discussione parlamentare, preludio al compromesso partitico, tende a confondere e a annacquare qualsiasi idea di partenza. Alle proposte di

ricognizione sintetica dei criteri distintivi si rinviene in G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 221 – 222.

¹³⁹ V. MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, cit., p. 152; C. VISCONTI, *Sui modelli di incriminazione della contiguità*, cit., p. 202; G. DE VERO, *Il concorso esterno*, cit., p. 1327.

¹⁴⁰ Cass. pen., 11 ottobre 2006, *Bouyahia*, in *Foro It.*, 2007, II, p. 77 ss.

legge in discussione attualmente al Senato della Repubblica si farà un cenno in seguito, non prima di aver, anche se soltanto “a volo d’uccello”, indagato sulle strategie di contrasto adottate nei Paesi dell’Europa continentale, come si ritiene indispensabile per una buona legislazione.

In conclusione, non può che auspicarsi, allora, che il necessario dibattito politico, in cui le proposte scendono dal mondo delle idee al mondo dei fatti, non snaturi eccessivamente i risultati cui le scienze giuridiche e non sono pervenute all’esito di un lungo sforzo di elaborazione dottrinale.

4.1 Uno sguardo al di là dei confini nazionali

Nel campo di indagine del concorso esterno si è spesso indotti a credere che il problema della contiguità alla criminalità organizzata sia una peculiarità tutta italiana e che, come già accennato in precedenza, l’istituto del concorso esterno sia un’invenzione di qualche “cervellotico magistrato italiano”. Non esiste presa di posizione più errata, poiché, come si enuncerà di seguito, ogni ordinamento straniero appresta una qualche forma di tutela contro le condotte di sostegno esterno alle associazioni più pericolose per l’ordine pubblico. Come scriveva qualche anno fa Costantino Visconti¹⁴¹, l’unica peculiarità non è da rinvenirsi nell’istituto giuridicamente considerato, ma in tutto quanto v’è intorno, compreso il dibattito politico – giornalistico e il “livello di drammatizzazione” raggiunto da esso, impensabile in tutti gli altri paesi. Sorvolando questi aspetti, uno sguardo al di là dei confini nazionali assume un’importanza non trascurabile ai fini di una riflessione *de iure condendo*, per “vedere” come reagiscono gli altri dinanzi a una, se non identica, ma simile emergenza, se in essi si rinvencono i medesimi problemi di determinatezza e tassatività dell’istituto, se le soluzioni adottate in Italia non siano un *unicum* a livello internazionale.

Cominciando con l’area francese, comprendente Francia, Belgio e Lussemburgo, già si assiste alla predisposizione di due modelli differenti: la punibilità tramite l’istituto generale del concorso di persone nel reato e la predisposizione di un norma *ad hoc* diretta a incriminare alcune forme di sostegno esterno a certe

¹⁴¹ C. VISCONTI, *Sui modelli di incriminazione della contiguità*, cit., p. 189 -190.

associazioni criminali. La prima strada è stata seguita dal legislatore francese, il quale nella redazione del nuovo codice penale, datato 1994, mantenendo la tradizionale fattispecie di associazione di malfattori, preferisce però eliminare la vecchia fattispecie di assistenza. Si scrive, infatti, nella relazione al codice, che, ai fini della punibilità dei concorrenti esterni, si raccomanda l'uso dell'istituto generale del concorso di persone e in particolare della "complicità". Si tratta di una soluzione analoga a quella adottata nell'ordinamento italiano, certamente non brillante per determinatezza e tassatività. La seconda strada è stata seguita da Belgio e Lussemburgo. Qui i due legislatori adottano la medesima soluzione che consiste, da un lato, nel mantenere nei rispettivi codici le tradizionali fattispecie di origine napoleonica, ovverosia l'associazione di malfattori e la tradizionale contiguità, dall'altro, nell'integrare la tutela apprestata con l'inserimento della nuova fattispecie di organizzazione criminale che prevede la punibilità non solo di "chiunque ne fa attivamente parte", ma anche di "chi partecipa alla preparazione o alla *realizzazione di qualsiasi attività lecita* dell'organizzazione criminale" e di chi "*partecipa a qualsiasi decisione* nel quadro delle attività dell'organizzazione criminale con la consapevolezza di contribuire agli obiettivi di essa".

Passando all'area tedesca, comprendente Germania, Svizzera e Austria si assiste anche qui a soluzioni differenziate, collegabili tra di loro da un medesimo filo rosso, invero rinvenibile in tutti gli ordinamenti esaminati. Il codice penale tedesco contiene fattispecie associative che prevedono la punibilità non solo di chi "partecipa come membro" – intendendosi come colui che, aderendo, contribuisce materialmente all'associazione – ma anche di chi "fa propaganda per l'associazione" e di "chi la *sostiene* dall'esterno". Si aggiunga, altresì, che anche in Germania, come già visto in Italia e Francia, la dottrina e la giurisprudenza ritengono applicabile il concorso di persone nel reato, la "complicità", per evidentemente far rientrare tutto ciò che non sarebbe inquadrabile nella fattispecie anzidetta. Diverse soluzioni, forse apparentemente più miti, si rinengono in Svizzera e Austria. Il codice penale svizzero prevede una fattispecie specifica di sostegno esterno, ove si legge che è punibile chi apporti un sostegno alle attività criminali dell'associazione. Spostandosi un po' più verso est, il codice penale austriaco risolve la problematica tramite una lettura ampia della nozione di

partecipazione, come peraltro riteneva anche la giurisprudenza italiana in alcune sentenze, integrata sia da “chi realizza una condotta punibile nell’ambito delle attività scopi criminali dell’associazione”, sia da “chi partecipa consapevolmente alle attività dell’associazione attraverso l’apprestamento di informazioni o di valori patrimoniali *o in altra maniera*, in modo da *agevolare* l’associazione o le sue azioni criminose”.

Nell’area iberica, comprendente Spagna e Portogallo, si rinvencono le soluzioni più rassicuranti poiché dirette alla realizzazione del migliore compromesso possibile tra esigenze di difesa sociale e rispetto dei principi di determinatezza e tassatività della norma penale. Una descrizione più analitica delle condotte di sostegno esterno si rinviene già nel codice penale portoghese, in cui per le associazioni criminali comuni, si punisce la condotta di “chi appoggia l’associazione, fornendo armi, munizioni o strumenti di delitto, protezione o locali per le riunioni, o qualsiasi aiuto al fine del reclutamento di nuovi elementi”. Nell’ordinamento spagnolo, invece, si rinviene una disciplina più articolata prevedendo due disposizioni differenti in materia di contiguità, per l’associazione criminale comune e per l’associazione criminale politico – terroristica. Con riferimento alla prima, si punisce la condotta di “chiunque con la sua cooperazione economica o *di qualsiasi altro tipo*, in ogni caso *rilevante*, favorisce la fondazione, l’organizzazione o l’attività dell’associazione illecita”. Con riferimento alla seconda, il collaboratore esterno punibile è colui il quale “effettua, ottiene o facilita un atto di collaborazione alle attività o alle finalità” dell’organizzazione politico – terroristica, come ad esempio, elencando le varie ipotesi di collaborazione, “le attività di indagine e la vigilanza su persone, beni o impianti”, “la costruzione, predisposizione, cessione o utilizzazione di depositi, alloggiamenti”, “l’occultamento o il trasferimento di persone affiliate all’associazione” e infine, con una clausola di chiusura onnicomprensiva che rende vano ogni sforzo tassativizzante precedente, è punibile chi collabora in “*qualsiasi altra forma equivalente* di cooperazione, aiuto, intervento, economico *o di altro genere*, alle attività” delle suddette organizzazioni. Si aggiunga, altresì, analogamente a quanto accade nell’ordinamento tedesco, la giurisprudenza spagnola ritiene generalmente applicabile il concorso di persone nel reato

associativo, così di fatto, predisponendo una tutela onnicomprensiva nel campo in oggetto.

All'esito della breve rassegna comparatistica, si rendono necessarie alcune considerazioni che possono essere utili ai fini della riflessione *de iure condendo* che investe l'ordinamento italiano. Da un lato, sembra ormai evidente che il concorso di persone nel reato associativo non è un "mostro" tutto italiano, ma è parte di una tradizione giuridica continentale. Qua e là esso è generalmente applicato alle condotte di sostegno esterno, in alcuni ordinamenti, quale unico strumento di contrasto alla contiguità, come in Francia e in Italia, in altri, quale *surplus* di altre fattispecie specificamente previste per il contrasto ai comportamenti di complicità, come appena rinvenuto in Germania e in Spagna.

Dall'altro, a chiusura di questo rapido quanto utile sguardo di là dei confini, sembra potersi affermare che tutte le soluzioni rinvenute tendono "a includere quanto più possibile" e ad estendere al massimo le maglie della punibilità. Ma il dato che maggiormente deve a questo punto far riflettere il legislatore e lo studioso è il persistente *deficit* di determinatezza, rinvenibile in diverse espressioni opportunamente riportate in corsivo in questo testo, a dimostrazione forse di come sia impossibile riuscire a tipizzare con estrema precisione le miriadi di relazioni che intercorrono tra professionisti provenienti da diversi mondi professionali e le associazioni criminali¹⁴², ragion per cui tutti i legislatori, preoccupati da un fenomeno pericolosissimo per l'ordine pubblico e per il timore di "lasciare qualcosa fuori", preferiscono cedere qualcosa in termini di principi costituzionali pur di non arretrare in termini di difesa sociale. Si vede immediatamente in queste riflessioni *de iure condendo* come sia indispensabile che la scienza giuridica si confronti con il realismo, per evitare la creazione di norme forse perfette dal punto di vista dogmatico, ma inefficaci rispetto agli obiettivi preposti, in pratica sostanzialmente inutili.

¹⁴² C. F. GROSSO, *Il concorso esterno nel reato associativo*, cit., p. 690 – 691: ivi l'Autore riprende la sua presa di posizione in merito all'impossibilità di tipizzare la contiguità mafiosa perché troppe e così variabili sono le relazioni istaurabili tra le associazioni criminali e i mondi professionali.

4.2 Le recenti proposte di legge in discussione al Senato della Repubblica

All'esito della riflessione sulle prospettive che si dispiegano dinanzi al legislatore penale, qualche riflessione pare opportuna in merito alle più recenti proposte di legge in materia, presentate nel corso della XVII Legislatura e ora in discussione al Senato della Repubblica. Non perché qualcuno nutra qualche segreta speranza che queste possano divenire legge, ma soltanto al fine di tornare a vedere cosa accada quando "dal mondo delle idee" si passi "al mondo dei fatti", con quella diffidenza con cui ci si era congedati dalle ottime proposte elaborate dalla migliore dottrina penalistica.

In una direzione più conforme alle proposte dottrinali sopra esposte, si muove la proposta di legge n. 686 di iniziativa del senatore Casson, recante "modifiche al codice penale in materia di associazioni di tipo mafioso"¹⁴³. Si tratta di una proposta che prevede l'inserimento di un ottavo comma all'interno dell'articolo 416 *bis*, come già previsto in altri ordinamenti, così chiarendo che non si tratta di un delitto autonomo, ma di una diversa modalità di realizzazione della medesima offesa prevista dalla fattispecie incriminatrice, punita però con una pena mitigata rispetto a quella prevista per il partecipe, in ossequio a quei dubbi di ragionevolezza sollevati già in dottrina¹⁴⁴. In breve, la disposizione proposta prevede la punibilità di "chiunque, [...], eccedendo i limiti del legittimo esercizio di un'attività politica, economica, professionale o di altra natura, ovvero abusando dei poteri o violando i doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio, protegge o comunque agevola un'associazione di tipo mafioso". La proposta si inserisce nell'opzione dell'ipotesi di agevolazione dolosa generica, imperniata su una nozione flessibile di causalità, in cui si fanno rientrare tutte le condotte di soggetti esterni che, strumentalizzando o abusando del loro ruolo, agevolano in qualche modo l'associazione mafiosa. Non v'è chi non veda che la proposta in oggetto prenda spunto - essendo in alcuni tratti identica - dalla proposta di Giovanni Fiandaca¹⁴⁵, dalla quale però si distingue per l'assenza di qualsiasi riferimento al paradigma di base del "contratto di protezione", di quel *do*

¹⁴³ Senato della Repubblica, *Disegno di Legge (Modifiche al codice penale in materia di associazioni di tipo mafioso)*, n. 686, XVII Legislatura, 22 maggio 2013.

¹⁴⁴ Su tutti, A. MANNA, *L'ammissibilità del c.d. concorso esterno*, cit., p. 1194.

¹⁴⁵ A. BALSAMO, A. LO PIPARO, *La contiguità all'associazione mafiosa e il problema del concorso eventuale*, cit., p. 178.

ut des che le conoscenze sociologiche ripongono alla base delle relazioni mafia – mondo professionale. Qualche considerazione ulteriore si rende necessaria, anche se tutto sommato, la proposta sembra risentire poco del passaggio al mondo dei fatti. Da un lato si rende utile il richiamo ai concetti di “strumentalizzare” e “abusare” per evitare di incriminare le “azioni neutrali”, come già ricordato con riferimento alla proposta Fiandaca, dall’altro il mancato riferimento ai “vantaggi ingiusti” come controprestazione, oltre a far esulare la proposta in oggetto dall’ambito dei cc.dd. reati – contratto, rischia di non distinguere complici e vittime, cioè chi dalla relazione riceve un vantaggio e chi invece subisce un danno. In ultimo ancora, l’utilizzo di verbi come “proteggere” e “agevolare” semplifica il linguaggio, rendendolo più accessibile ai destinatari delle norme, poiché valorizzano termini che la tradizione sociologica ha sempre ricollegato al fenomeno della contiguità mafiosa¹⁴⁶. Resta soltanto da fare notare un unico profilo di criticità nel trattamento sanzionatorio, il quale, mitigato correttamente rispetto all’ipotesi di partecipazione *tout court*, mostra un’irragionevole disparità rispetto all’altra ipotesi tipizzata e recentemente riformata di contiguità mafiosa, lo scambio elettorale politico – mafioso, ove è stata prevista una pena detentiva più lieve nonostante le condotte siano sostanzialmente esplicative di un medesimo disvalore¹⁴⁷.

L’altra proposta di legge, n. 698 di iniziativa legislativa del senatore Barani¹⁴⁸, il cui relatore in Commissione Giustizia è il sen. D’Ascola, sembra allontanarsi maggiormente dalle proposte elaborate dalla dottrina, presentando aspetti peculiari sui quali sarà opportuno soffermarsi in misura maggiore. Si tratta di una proposta che si colloca nel solco già tracciato da proposte presentate in precedenti legislature a firma dell’on. Pisapia¹⁴⁹, il quale, seguendo indicazioni fornite da una

¹⁴⁶ G. FIANDACA, *Il concorso esterno tra sociologia e diritto penale*, cit., p. 182.

¹⁴⁷ Per completezza espositiva si riporta di seguito la formulazione dell’art. 416 *ter*, evidenziando il trattamento sanzionatorio ivi previsto: “Chiunque accetta la promessa di procurare voti mediante le modalità di cui al 3° comma dell’art. 416 *bis* in cambio dell’erogazione o della promessa di denaro o di altra utilità è punito con la *reclusione da quattro a dieci anni*. La stessa pena si applica a chi promette di procurare voti con le modalità di cui al primo comma”.

¹⁴⁸ Senato della Repubblica, *Disegno di Legge (Modifiche al codice penale concernenti il cosiddetto concorso esterno in associazione mafiosa)*, n. 698, XVII Legislatura, 22 maggio 2013.

¹⁴⁹ Camera dei Deputati, *Proposta di legge (Introduzione dell’art. 379 bis del codice penale [...])*, n. 4779, XIII Legislatura, 8 aprile 1998. La proposta prevedeva l’introduzione di una norma, rubricata “Favoreggiamento o agevolazione dell’associazione mafiosa”, così recante: “Chiunque, al di fuori delle ipotesi previste dall’art. 416 *bis*, favorisce o agevola in modo occasionale l’attività,

parte della dottrina, riteneva fosse più opportuno collocare le disposizioni in materia di “favoreggiamento alle associazioni mafiose” nel Titolo III del libro II del codice penale relativo ai delitti contro l’amministrazione della giustizia. Si ritiene, secondo i proponenti, che le condotte di contiguità mafiosa siano riconducibili al *genus* dei delitti di favoreggiamento poiché il bene giuridico interessato è “l’amministrazione della giustizia che viene indubbiamente lesa da ogni comportamento illecito che agevoli l’associazione mafiosa così tenacemente perseguita dall’ordinamento” e si distingue dal favoreggiamento personale e reale perché la condotta agevolatrice non mira a favorire il singolo reo, ma si rivolge a favorire indistintamente l’associazione criminale in modo tale da opporre ostacoli allo sforzo profuso dallo Stato nel contrasto alla criminalità organizzata. Questo cambio di prospettiva non può non lasciare perplessi. Da un lato, verrebbe allora da affermare che anche il partecipe entrando a fare parte dell’associazione, rafforzandone così la struttura, rende più difficile la lotta che lo Stato ingaggia contro le associazioni mafiose ma non per questo nessuno ha mai immaginato di collocare la fattispecie di partecipazione all’associazione mafiosa al di fuori del titolo relativo alla tutela dell’ordine pubblico¹⁵⁰. È più ragionevole ritenere, infatti, che la partecipazione, così come la condotta di agevolazione esterna che si concreta in attività che rafforzano l’associazione mafiosa, renda più pericolosa l’associazione per l’ordine pubblico, aumentandone la forza intimidatrice sulla società civile, destabilizzando l’ordine economico, sociale e politico, imprimendo alla stessa una maggiore carica criminogena. Identicamente avviene nei casi di sostegno dall’esterno: si aggrava il *vulnus* di tranquillità per l’ordine pubblico, perché l’ente si rafforza, accumula più potere e perpetua se stesso nel tempo. Dall’altro, le condotte di sostegno esterno non sarebbero nemmeno collocabili nell’ambito del *genus* dei delitti di favoreggiamento¹⁵¹, proprio perché le condotte

è punito con la reclusione da due a cinque anni. La disposizione del primo comma si applica anche alla camorra e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo, perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso”.

¹⁵⁰ Per una ricostruzione del bene giuridico “ordine pubblico”, leso dall’esistenza di un’associazione di tipo mafioso, si rimanda a F.M. IACOVIELLO, *L’organizzazione criminogena*, cit., p. 574 ss.; M. RONCO, *L’art. 416 bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, cit., p. 61 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 491 ss.

¹⁵¹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 404 ss. (con riferimento ai delitti di favoreggiamento). Utile riportare in questa sede, per evidenziare il *discrimen* tra il

considerate non si realizzano “dopo che fu commesso il reato”, ma nel medesimo reato, ossia si colloca nel medesimo momento in cui si realizza il reato base, aggravandone gli effetti. Sarebbero rinvenibili altri elementi che rendono evidente come la proposta di inserire il concorso esterno nell’ambito dei delitti di favoreggiamento sia da considerarsi peregrina, ma sia sufficiente, in questa sede, tentare di dare una spiegazione a quanto previsto in questa proposta nel fatto che probabilmente il proponente immaginava il caso dell’attività del magistrato oppure del funzionario di polizia che aiuta l’associazione a scampare dall’esecuzione di qualche misura cautelare oppure di una condanna in tribunale, sulla falsariga del c.d. aggiustamento dei processi, così di fatto ostacolando l’attività investigativa e repressiva statale¹⁵². Tanto detto può essere plausibile anche ponendo uno sguardo alla proposta di un articolo 379 *quinquies*, ove si è prevista un’aggravante se il soggetto agente sia un “giudice, pubblico ministero, componente del Consiglio Superiore della Magistratura”, irragionevolmente escludendo ad esempio, i politici ricoprenti una carica istituzionale oppure i dirigenti amministrativi, che pur ricoprendo una carica pubblica possono apportare significativi apporti al rafforzamento dell’associazione.

Per il resto, qualche considerazione si rende necessaria in seguito a una prima lettura delle norme proposte. L’art. 379 *ter* punisce a titolo di favoreggiamento di associazioni di tipo mafioso “chiunque [...] agevola deliberatamente la sopravvivenza, il consolidamento o l’espansione di un’associazione di tipo mafioso [...] con la reclusione da venti a ventiquattro anni”. La formulazione di base riprende, come afferma chiaramente il relatore della proposta, gli esiti cui è pervenuta la giurisprudenza, in particolare modo riprendendo sia la teoria della fibrillazione nel termine utilizzato “sopravvivenza”, così come nell’avverbio

concorso esterno e il favoreggiamento, già più volte chiarito dalla giurisprudenza, altri elementi. Si è scritto che non può essere considerato favoreggiatore ma concorrente nel delitto, chi arrechi un qualsiasi contributo, materiale o morale, ad un fatto collettivo, così come, tradizionalmente si afferma che il favoreggiamento commesso durante la permanenza di un reato principale – qual è l’associazione mafiosa – integri sempre il concorso criminoso e non il favoreggiamento. Si rinvia, *in subiecta materia*, a V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V, ult. ed., a cura di P. Nuvolone, G. D. Pisapia, Torino, 1981, p. 846.

¹⁵² In senso contrario a questa ipotesi interpretativa, D. PULITANÒ, *Il favoreggiamento tra diritto e processo penale*, Milano, 1981, *passim*, in cui l’autore scrive che le ipotesi di favoreggiamento si adattano a quelle attività che ostacolano gli interventi a caldo degli investigatori e non quelle condotte che intralcino attività di amministrazione della giustizia meno immediatamente legate alla realizzazione del delitto.

“deliberatamente”, ove l’intento perseguito è escludere l’ammissibilità del dolo eventuale. La fattispecie che ne deriva, collocabile chiaramente nel solco delle ipotesi di agevolazione dolosa, si sgancia dal rigoroso paradigma causale ma rimane assolutamente indeterminata in quanto non v’è chi non veda che il verbo generico “agevolare” legato a una serie di eventi così ampia non può selezionare efficacemente alcunché, con l’esito che non sarebbe ugualmente risolto il problema della discrezionalità giudiziaria. Un’ultima chiosa non può che riguardare un dato che non può certamente passare inosservato: la norma prevede la pena della reclusione da venti a ventiquattro anni, introducendo nel codice penale addirittura un’ipotesi di reato notevolmente sanzionata più gravemente di un omicidio, il delitto per eccellenza, certamente esprimente un disvalore sociale percepibile a chiunque. Ma il legislatore, evidentemente in preda a un furore sanzionatorio irrefrenabile, prevede, l’ergastolo in una circostanza aggravante, cui si è già fatto cenno sopra, la quale opera nel caso in cui il reato sia commesso da un soggetto mentre ricopre incarichi giudiziari. Una deriva sanzionatoria che sa di forte prevenzione generale, peraltro non presente nell’originaria proposta Pisapia, nella quale, più ragionevolmente si prevedeva un trattamento sanzionatorio – dai due ai cinque anni – addirittura più mite rispetto alle pena prevista per il partecipe. Segno forse di un imbarbarimento della legislazione italiana?

Nonostante le proposte di legge appena descritte presentino alcuni punti critici, l’idea che qualcuno ne discuta e la stessa riproposizione in più legislature di svariate proposte di legge in materia di concorso esterno in associazione mafiosa, come si è ricordato per la proposta dell’on. Pisapia, lascia aperta quantomeno la speranza che dalla discussione in sede parlamentare, prima o poi, si pervenga alla soluzione di un problema così trascurato quanto gravissimo che il legislatore oggi non può più far finta di non vedere alla luce dei riflettori che l’*affaire* Contrada ha finalmente acceso sull’ordinamento italiano.

5. La mancata legittimazione interna del concorso esterno tra perdurante anarchia interpretativa e diffidenze politiche

Alla domanda se vi siano spiragli di luce in fondo al tormentato cammino del concorso esterno in associazione mafiosa non è possibile dare una risposta positiva. L'intricato groviglio in cui sembra essere inserito, lo scontro tra politica e magistratura cui sembra essere soggetto, la condizione di precarietà che emerge dalla giurisprudenza così come dai (rari) dibattiti parlamentari in cui è coinvolto non possono far pervenire ad un esito differente. Potrebbe dirsi che il fenomeno della contiguità mafiosa, espressione di un fenomeno generalmente riconosciuto come gravissimo, sia tanto grave quanto lontano da una concreta risoluzione.

Per un verso, conviene non illudersi sulla possibilità di pervenire a un'imminente tipizzazione legislativa. Non esiste studioso che, dopo aver immaginato come potrebbe essere costruito, *de iure condendo*, il concorso esterno, non esprima note di scetticismo e di diffidenza verso una concreta svolta nella soluzione definitiva del problema, poiché "passando dalla teoria costituzionale alla realtà politico – partitica odierna, un serio impegno legislativo in questa direzione sembra esulare da ogni previsione realistica"¹⁵³. Non soltanto, perché vi è stato anche chi, forse ormai sopito da decenni di "silenzio assordante" del legislatore, giunge a credere che esista un tacito *pactum sceleris*¹⁵⁴ tra chi, da un lato, non ha interesse che si intervenga perché ritiene che il concorso esterno nell'attuale configurazione consenta un ampio potere di indagine e magari di pubblica interdizione e/o stigmatizzazione nei confronti delle classi dirigenti, e chi, dall'altro, vuole lasciare alla magistratura tale potere perché in questo modo può continuare a evidenziarne gli errori o esagerazioni e così a delegittimarne ruolo e funzioni.

Un'altra posizione, più che condivisibile alla luce dei frequenti scandali giudiziari che coinvolgono le classi dirigenti di questo Paese, si rinviene in Adelmo Manna, il quale, sarcasticamente, scrive che "è ben difficile ritenere che il legislatore decida di intervenire, proprio perché, evidentemente, potrebbe preferire lo stato attuale della giurisprudenza che, almeno per quanto riguarda la categoria dei politici, sembra orientata nel senso – per ragioni beninteso soltanto tecnico – giuridiche – di rendere sempre più improbabile una loro condanna. È un dato di

¹⁵³ G. FIANDACA, *Perché è il momento di rivoluzionare il concorso esterno*, cit.

¹⁵⁴ C. VISCONTI, *Sui modelli di incriminazione*, cit., p. 192.

comune esperienza quanto a tutto ciò siano particolarmente sensibili molti parlamentari della nostra Repubblica”¹⁵⁵.

Per altro verso, proprio quello stato della giurisprudenza, di cui sopra, sembra avere raggiunto livelli di pura anarchia giudiziaria, ormai insostenibile, come dimostrato da una recente sentenza del Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Catania¹⁵⁶. Nella decisione in oggetto, un giudice perviene, all’esito di un ragionamento basato su due decisioni assai rilevanti, la sentenza della Corte Costituzionale, n. 48 del 2015¹⁵⁷ e la sentenza Contrada della Corte Europea dei Diritti Umani¹⁵⁸, alla singolare conclusione che l’istituto del concorso esterno non esiste nell’ordinamento italiano. Il ragionamento svolto dal giudice per le indagini preliminari è lineare. Se non esiste discordia in merito al “pacifico riconoscimento tra le parti del concorso esterno in associazione mafiosa quale figura criminosa di origine giurisprudenziale”, se anche una sentenza della Corte Costituzionale valuta il concorso esterno alla stregua di una fattispecie autonoma e non di una mera estensione concorsuale del reato associativo, allora non è possibile configurare il concorso esterno, perché “se i giudici sono soggetti soltanto alla legge, occorre una norma di legge affinché il giudice adotti un provvedimento giurisdizionale motivato”. Dal momento che si è in presenza di una tipicità autonoma sprovvista di un base legale, si tratta, allora, di una tipica ipotesi di “diritto penale giurisprudenziale” che, come tale, non può esistere in un ordinamento di *civil law* basato sul *nullum crimen sine lege*, come prescrive l’art. 25 co. 2 Cost. Per meglio intendersi, senza entrare in questa sede nel merito del ragionamento svolto dall’organo giudiziario monocratico, dopo quasi trent’anni di

¹⁵⁵ A. MANNA, *Concorso esterno (e partecipazione)*, cit., p. 486.

¹⁵⁶ Trib. Catania, 16 febbraio 2016, *Ciancio*, in *giurisprudenzapenale.com*.

¹⁵⁷ Corte Cost., 26 marzo 2015, n. 48, cit., p. 1008 ss. In breve, il giudice delle leggi dichiara illegittimo l’art. 275 co. 3, secondo periodo, c.p.p. che prevede una presunzione assoluta di scelta della custodia in carcere per alcune ipotesi di reato – compresa l’associazione di tipo mafioso ex art. 416 bis c.p. – poiché specifica che, se è ragionevole tale presunzione per il reato associativo, in quanto non vi sarebbe altro modo per rompere il forte legame associato – associazione, la medesima motivazione non può reggere con riferimento al concorso esterno, il quale si connota proprio per l’estraneità del soggetto al sodalizio e dunque per la mancanza di quel forte legame che la custodia in carcere ha il compito di spezzare. Mancando tale elemento, non può rinvenirsi alcuna ragionevolezza che giustifichi la presunzione assoluta, in luogo di una meramente relativa. Sulla c.d. doppia tipicità che sembra desumersi dal ragionamento svolto dalla Corte e che il giudice catanese pone a base del suo ragionamento, si rinvia a V. MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, cit.

¹⁵⁸ Per una dettagliata analisi della sentenza Contrada c. Italia, n.3, si rinvia al capitolo III.

pronunce che avevano pacificamente ammesso il concorso esterno, costellate peraltro da ben quattro sezioni unite della Corte di Cassazione, una singola persona perviene a una conclusione che sa di pura anarchia, in barba a qualsiasi esigenza di prevedibilità del diritto e tenuta dell'ordinamento.

La conferma di uno stato confusionale in cui si agita la giurisprudenza proviene dalle dichiarazioni rilasciate dal Presidente dello stesso ufficio cui appartiene il giudice estensore della sentenza, il quale, prendendone pubblicamente le distanze, afferma che “la negazione del reato di concorso esterno è una decisione del tutto *personale* e isolata”¹⁵⁹. Forse una dichiarazione che mostra uno stato delle cose peggiore di quello che evidentemente si voleva nascondere.

In conclusione, non v'è chi non veda come si assista a una situazione intollerabile, non soltanto per l'operatore del diritto, ma per l'ordinamento stesso e per la sua credibilità dinanzi agli occhi dei consociati.

Uno stato di cose inaccettabile si apre davanti allo studioso. Da un lato, per via di un'anarchia giudiziaria ormai invalsa, come dimostra la pronuncia appena descritta, ove un giudice, sulla base di posizioni del tutto “personali”, perviene a una decisione “isolata”, in barba a qualsiasi idea di prevedibilità dell'esito giudiziario e di rispetto di una giurisprudenza, di merito e di legittimità, consolidatasi nel tempo. Dall'altro, per via dell'esistenza di un problema gravissimo che, sebbene da tutti tanto riconosciuto e stigmatizzato, il legislatore non sembra avere alcuna intenzione di risolvere, quantomeno nel breve periodo.

Una domanda sorge spontanea giunti a questo punto.

Si è forse costretti a sperare che qualcuno, forse da Strasburgo o perché no, da Lussemburgo, venga a risolvere il problema?

¹⁵⁹ Fonte: ansa.it

CAPITOLO III

Il “concorso esterno” al vaglio della Corte Europea dei Diritti Umani: la violazione dell’art. 7 CEDU nel caso Contrada

SOMMARIO: 1. La sentenza Corte EDU 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia* n.3. Strasburgo condanna l’Italia. – 2. La nozione di legalità convenzionale, il linguaggio della Corte e alcuni precedenti sulla “prevedibilità europea”. – 3. La prevedibilità di *Contrada*. Dal diritto al caso concreto. – 4 Uno sguardo alle conseguenze pratiche: gli effetti di *Contrada*. – 4.1 Gli effetti sul ricorrente e sui “fratelli minori”. – 4.2 Gli effetti sull’ordinamento italiano. – 5. *Contrada*, lo specchio di una legalità sofferente.

1. Strasburgo condanna l’Italia. La sentenza Corte EDU 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, n.3¹.

“C’è un giudice a ...Strasburgo”, così si potrebbe rileggere la storia del mugnaio di Potsdam² a proposito della complessa vicenda del concorso esterno in associazione mafiosa, la quale, dopo anni di irrisolte polemiche e contrasti giurisprudenziali, giunge finalmente all’attenzione dei giudici “europei”.

Il caso risolto dalla Corte Europea dei Diritti Umani, immediatamente giunto alla ribalta dei *media*, costituirà probabilmente un *leading case* nella soluzione dei problemi a esso connessi, nonché un argomento di altissimo rilievo problematico per la scienza penalistica italiana e non solo.

Si rende dunque opportuno ripercorrere i fatti e il ragionamento svolto dalla Corte al fine di capire le conseguenze che una tale dirompente decisione possa avere sull’ordinamento italiano, sullo stesso ricorrente e sui soggetti che versino in condizioni sostanzialmente analoghe - cc.dd. fratelli minori - secondo gli orientamenti già delineati dalla giurisprudenza di legittimità in vicende simili.

¹ Corte eur. dir. uomo, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia* n. 3, cit.

² L’espressione “c’è un giudice a Berlino” anche ripresa nella forma “ci sarà pure un giudice a Berlino” è tratta dalla storia, vera o inventata, di un mugnaio della città di Potsdam, il quale, nel 1700, per contrastare un sopruso di un nobile, dopo essersi rivolto, senza esito, a tutti i giudici germanici per avere riconosciuto il suo diritto, volle arrivare addirittura a Federico il Grande di Prussia. Si recò quindi nella capitale, a Berlino, dove l’umile ma testardo mugnaio ebbe giustizia. Oggi si utilizza frequentemente per indicare un caso d’ingiustizia sostanziale finalmente risolto con l’adizione di un giudice “lontano”, capace di porre fine ad una situazione considerata ingiusta dal ricorrente. Si veda, ad esempio, C. CERASA, *C’è un giudice a Strasburgo. Arrivano buone notizie per il Cavaliere per il ricorso sulla Severino*, in *Il Foglio*, 28 marzo 2015.

Bruno Contrada era stato condannato dall'autorità giudiziaria italiana per concorso esterno in associazione mafiosa perché, in qualità di funzionario di polizia poi capo di gabinetto dell'alto commissariato per la lotta alla mafia poi vicedirettore dei servizi segreti civili (SISDE), aveva “apportato sistematicamente un contributo alle attività e al perseguimento degli scopi illeciti dell'associazione mafiosa denominata Cosa Nostra. Secondo il tribunale, il ricorrente aveva fornito ai membri della commissione provinciale di Palermo della suddetta associazione informazioni riservate riguardanti le indagini e le operazioni di polizia di cui essi ed altri membri dell'associazione in questione, formavano oggetto”³.

Con ricorso n. 66655/13 proposto contro l'Italia, il sig. Bruno Contrada, condannato alla pena di dieci anni di reclusione dal Tribunale di Palermo con sentenza del 5 aprile 1996, poi a seguito di alterne vicende processuali divenuta definitiva il 10 maggio 2007, lamentava la violazione dell'art. 7 CEDU, ossia il principio di legalità dei delitti e delle pene, il quale solennemente prescrive che “nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il *diritto* interno o internazionale”, poiché, sostiene il ricorrente, “il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso per il quale è stato condannato è il risultato di un'evoluzione della giurisprudenza successiva all'epoca dei fatti di causa”, con conseguente impossibilità di prevedere le conseguenze cui sarebbe andato incontro. *In medias res*, il sig. Bruno Contrada sostiene, come si legge nel ricorso presentato dai suoi legali, che la giurisprudenza in materia di concorso esterno

³ Merita di essere riportato brevemente l'*iter* processuale che ha coinvolto il sig. Bruno Contrada fino alla sentenza definitiva di condanna a dieci anni di reclusione per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa. Con sentenza in data 5 aprile 1996 il Tribunale di Palermo affermava la responsabilità penale di C. per avere sistematicamente apportato un contributo utile al perseguimento degli scopi illeciti dell'associazione mafiosa Cosa Nostra sulla base di numerose dichiarazioni e informazioni fornite da più collaboratori di giustizia, già membri dell'associazione criminale siciliana. La successiva sentenza assolutoria resa dalla Corte di Appello di Palermo in data 4 maggio 2001 perché “il fatto non sussiste”, alla luce di una rivalutazione del quadro probatorio e in particolare della credibilità di numerosi pentiti e della affidabilità delle loro dichiarazioni, veniva annullata dalla Corte di Cassazione con rinvio ad altra sezione della Corte di Appello poiché veniva censurata la qualificazione giuridica dei fatti assunta dal giudice di appello e soprattutto un'errata valutazione delle prove. In sede di rinvio la Corte di Appello confermava la condanna con sentenza del 25 febbraio 2006, divenuta poi definitiva il 10 maggio 2007, dopo un ulteriore pronunciamento della Cassazione che aveva verificato la correttezza della motivazione e il rispetto dei principi posti alla base della sentenza di annullamento precedente. Per un'elencazione analitica dei singoli episodi contestati al Contrada si rinvia alla decisione di inammissibilità dell'istanza di revisione, App. Caltanissetta, 17 marzo 2016, *Contrada*, in *giurisprudenzapenale.com*, p. 5 – 7.

non fosse assolutamente chiara e prevedibile all'epoca dei fatti. Non sarebbe stato possibile prevedere le conseguenze dell'esito giudiziario e, all'epoca in cui sono stati commessi i fatti, non sarebbe stata assicurata la funzione principale del diritto, la c.d. sicurezza giuridica, ossia la possibilità per il cittadino di essere messo in condizione di conoscere preventivamente la legge penale al fine di poter orientare le proprie scelte pienamente consapevole delle conseguenze. D'altra parte, il Governo, a difesa della legittimità delle scelte compiute dall'ordinamento italiano, sosteneva che le doglianze anzidette fossero infondate. Il ricorrente – così nella memoria presentata dal Governo – avrebbe potuto, anche in forza della posizione rivestita e del grado di esperienza e di cultura maturato nel campo della lotta alla criminalità organizzata, prevedere la possibilità che il contribuire sistematicamente alla conservazione e al rafforzamento di Cosa Nostra con “eventi di favoritismo e in particolare di rilascio di patenti e porti d'armi a vantaggio di soggetti mafiosi già noti al Contrada come tali per ragioni d'ufficio” oppure, tra gli altri riportati nelle sentenze dei giudici italiani, “agevolare la latitanza di mafiosi, tra i quali lo stesso Salvatore Riina” fossero comportamenti pregni di disvalore etico – sociale, certamente percepibile a un alto funzionario statale impegnato in prima linea nella lotta alla mafia⁴. Non solo. Il ricorrente avrebbe potuto prevedere la contestazione del “concorso esterno” poiché la giurisprudenza, da un lato aveva già utilizzato tale costrutto giuridico in materia di contiguità alle associazioni eversive dell'ordine politico e a quelle di matrice terroristica a partire almeno dagli anni '60⁵, dall'altro, nonostante fosse contrastante, la posizione a favore della configurabilità dell'istituto era

⁴ Un'analoga valutazione si rinviene nella sentenza della Corte di Appello di Caltanissetta, già citata, in cui si legge che al C., “funzionario di Polizia attivo negli uffici investigativi impegnati nel contrasto alla criminalità organizzata, non potevano mancare elementi chiari e univoci per avere consapevolezza dell'esistenza del concorso esterno e della sanzionabilità in sede penale di condotte che offrivano un contributo alle organizzazioni mafiose, anche se rimanendo estranei alla compagine del sodalizio”, App. Caltanissetta, 17 marzo 2016, *Contrada*, cit., p. 16 – 17. Alla medesima conclusione giungono in dottrina, tra gli altri, G. MARINO, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in *penalecontemporaneo.it*; D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *penalecontemporaneo.it*, Rivista trimestrale 2/2015, p. 51 – 52.

⁵ Cass. Pen., 27 novembre 1968, *Muther*, cit.; Cass. Pen., 25 ottobre 1983, *Arancio*, cit.

assolutamente maggioritaria, come poi definitivamente affermato e confermato dalle successive pronunce a sezioni unite⁶.

All'esito della rassegna delle posizioni delle parti, la Corte di Strasburgo deve "verificare che nel momento in cui un imputato ha commesso l'atto che ha comportato l'esercizio dell'azione penale e la condanna, esistesse una disposizione di legge che rendeva l'atto punibile, e che la pena inflitta non eccedesse i limiti fissati da tale disposizione", cioè deve limitarsi alla verifica della compatibilità alla Convenzione degli effetti dell'interpretazione interna. Tradotto in termini più evidenti, la Corte di Strasburgo deve verificare se, all'epoca dei fatti, la condanna del ricorrente si fondasse su una base legale sufficientemente chiara e prevedibile, se la legge applicabile all'epoca dei fatti definisse chiaramente il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso esaminando "se, a partire dal testo delle disposizioni pertinenti e con l'aiuto dell'interpretazione della legge fornita dai tribunali interni, il ricorrente potesse conoscere le conseguenze dei suoi atti sul piano penale".

Il ragionamento sviluppato dai giudici "europei" è apparentemente lineare da un punto di vista meramente logico⁷, se non si considerano – per il momento - alcuni punti che lasciano il giurista continentale alquanto perplesso. Lo schema è sorprendentemente semplice e logico, lo stile è conciso, privo di orpelli giuridici, di divagazioni e altri *obiter dicta*, cui sono abituate le corti italiane. Con poche e precise parole, i giudici della Corte di Strasburgo creano un *leading case* che presumibilmente darà luogo a fiumi di inchiostro su un argomento assolutamente non immune da eco mediatiche e accanimenti scientifici⁸.

⁶ Cass. Pen., Sez. Un., 5 ottobre 1994, *Demitry*, cit.; Cass. Pen., Sez. Un., 27 settembre 1995, *Mannino*, cit.; Cass. Pen., Sez. Un., 30 ottobre 2002, *Carnevale*, cit.; Cass. Pen., Sez. Un., 12 luglio 2005, *Mannino*, cit.

⁷ "Il ragionamento è stringato e non fa una piega, ma la sensazione che lascia in bocca è agrodolce", O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *penalecontemporaneo.it*.

⁸ Fra le prime letture sull'argomento, S. CIVELLO CONIGLIARO, *La Corte EDU sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada*, in *penalecontemporaneo.it*; G. TARTAGLIA POLCINI, *Risarcimento Contrada: all'epoca il reato di concorso esterno in associazione mafiosa non era chiaro e prevedibile*, in *Guida al diritto* (online), 6 giugno 2015; E. NICOSIA, *Il caso Contrada e il concorso esterno in associazione mafiosa davanti alla Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *sidi-isil.org* (Società italiana di diritto internazionale e dell'Unione Europea); S. E. GIORDANO, *Il "concorso esterno" al vaglio della Corte EDU. Prime riflessioni sulla sentenza Contrada contro Italia*, in *Arch. Pen.*, Rivista web, 2015, fascicolo 2; G. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 12

Rinviando al paragrafo successivo per un'analisi più dettagliata del modo in cui la Corte EDU concepisce il principio dei principi, il *nullum crimen sine lege*, è sufficiente in questa sede premettere che la legalità convenzionale si concentra sulla “prevedibilità” dell'esito giudiziario⁹, ovvero sulla sussistenza di una base legale che consenta al cittadino di prevedere le conseguenze penali delle sue condotte senza fare riferimento a una tipologia di fonte legale escludendone un'altra. Ciò che interessa, a livello convenzionale, è assicurare quel *minimum* di garanzia che si rinviene nella certezza del diritto, peraltro costituente l'*incipit* delle teorie beccariane, poste alla base della legalità continentale.

Nel caso *sub iudice*, “non è oggetto di contestazione tra le parti il fatto che il concorso esterno in associazione di tipo mafioso costituisca un reato di origine giurisprudenziale” – *ergo* una legge non esisterebbe o qualora esistesse non sarebbe assolutamente chiara e determinata – e in più “l'analisi della giurisprudenza citata dalle parti dimostra che la Corte di Cassazione ha menzionato la prima volta il reato [...] nella sua sentenza Cillari, n. 8092 del 14 luglio 1987. Nel caso di specie, la Corte di Cassazione ha contestato l'esistenza di un tale reato e ribadito questa posizione in altre sentenze successive, in particolare Agostani, n. 8864 del 27 giugno 1989 e Abbate e Clementi, nn. 2342 e 2348 del 27 giugno 1994. Nel frattempo, in altre cause, la Corte di Cassazione ha riconosciuto l'esistenza del reato [...] (si vedano le sentenze Altivalle, n. 3492, del 13 giugno 1987 e, successivamente, Altomonte, n. 4805 del 23 novembre 1992, Turiano, n. 2902 del 18 giugno 1993, Di Corrado, del 31 agosto 1993)”. Non esiste, dunque, neanche un apporto idoneo della giurisprudenza a delineare chiaramente la base legale applicabile al caso di specie in quanto essa è patologicamente contrastante – e, sia consentito, probabilmente lo è ancora oggi a differenza di quanto ritiene la Corte EDU¹⁰ – almeno fino alle Sezioni Unite

ss.; E. SELVAGGI, *Concorso esterno e principio di legalità (nullum crimen sine lege): opportuni ulteriori chiarimenti da parte della Corte Europea?*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2865 ss.

⁹“Perché una legge sia *predictable*, viene apprezzata, anzitutto la determinatezza della norma incriminatrice, posto che si può considerare legge soltanto una norma enunciata con una precisione tale da permettere al cittadino di regolare la propria condotta; eventualmente facendo ricorsi a consigli chiarificatori, questi deve avere la possibilità di *prevedere*, con un grado ragionevole di approssimazione in rapporto alle circostanze del caso, le conseguenze che possono derivare da un atto determinato”, in Corte eur. dir. uomo, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, § 49.

¹⁰ Sul punto si esprimono chiaramente, F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Diritto penale e processo*, 2015, p. 1062; A. MANNA, *La sentenza Contrada e i suoi*

Demity (1994) poiché “quest’ultima ha fornito per la prima volta una elaborazione della materia controversa, esponendo gli orientamenti che negano e quelli che riconoscono l’esistenza del reato in questione e, nell’intento di porre fine ai conflitti giurisprudenziali in materia, ha finalmente ammesso in maniera esplicita l’esistenza del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nell’ordinamento giuridico interno”. In conclusione, la Corte EDU giudica insufficiente o inesistente - a seconda che si ritenga il *dictum* Demity creativo della fattispecie incriminatrice oppure semplicemente chiarificatore di una base legale esistente ma indeterminata - la base legale sottesa alla contestazione avanzata nei confronti del sig. Bruno Contrada, non accogliendo gli argomenti avanzati dal Governo italiano poiché non è possibile sostenere che la giurisprudenza in materia non fosse controversa, essendo altrimenti inspiegabili quattro sezioni unite sull’argomento; poiché la giurisprudenza in materia di contiguità a fenomeni associativi differenti dall’associazione di tipo mafioso risultano non inerenti al tema specifico; poiché le sezioni unite successive richiamate dai giudici nazionali sono tutte successive ai fatti contestati e su di esse non poteva basarsi il giudice interno.

Per tali motivi, il giudice di Strasburgo non può che accogliere il ricorso perché, in conclusione, “il reato in questione è stato il risultato di un’evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni ’80 del secolo scorso e consolidatasi nel 1994 con la sentenza Demity. Perciò all’epoca in cui sono stati commessi i fatti ascritti al ricorrente (1979 – 1988), il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile per quest’ultimo. Il ricorrente non poteva dunque conoscere nella fattispecie la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti”.

Strasburgo condanna l’Italia per aver violato il divieto di retroattività della norma penale, altrimenti definito come “principio di irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole e imprevedibile”, al pagamento di 10.000 Euro a

effetti sull’ordinamento italiano: un doppio vulnus alla legalità penale?, in *penalecontemporaneo.it* (in corso di pubblicazione), p. 7. Ma da un’analisi della giurisprudenza in materia, anche successiva all’ultimo *dictum* Mannino, si comprende come non esista un consolidato orientamento su diversi elementi della fattispecie al punto da potersi rinvenire un vero e proprio scostamento volontario dei giudici di merito dagli assunti dettati dalle Sezioni Unite.

titolo di danno morale e, conformemente alla disposizioni della CEDU, all'obbligo di rimozione delle ingiustizie riscontrate in sede convenzionale¹¹.

L'impressione che ne scaturisce immediatamente è che non si tratti di una condanna come le altre che l'ordinamento italiano è ormai abituato quotidianamente a subire, come già si commenta da più parti. Si tratta di una sentenza che, secondo alcuni, “scardina alcune certezze in materia di legalità e distinzione tra famiglie di ordinamenti giuridici”¹², secondo altri una decisione che “mette in mora il sistema giuridico italiano”¹³, che interroga l'interprete nazionale su diverse questioni di impatto epocale sull'ordinamento interno, le quali sembrano nascondere una sensazione di straniamento e di inquietudine per un sistema che troppo tardi l'interprete italiano ha cominciato a conoscere.

Cos'è la legalità “europea”? Può convivere o confligge con la legalità continentale? Quanto valgono le sentenze della Corte Europea dei Diritti Umani? Come bisogna leggere gli obblighi scaturenti da esse? Quali effetti comportano sull'ordinamento interno? Fonti di produzione del diritto oppure argomenti, seppur persuasivi, ma comunque argomenti? Vale sempre il principio *pacta sunt servanda* oppure esistono ipotesi in cui non si può derogare a principi fondamentali dell'ordinamento interno?

Sullo sfondo rimane invece un interrogativo di non poco momento per il giurista continentale costretto a “fare i conti” con un attore sovranazionale poco conosciuto, anzi costantemente ignorato dalla dottrina, le cui decisioni non erano considerate fino a quanto la Corte Costituzionale, con le sentenze “gemelle”¹⁴, un giorno avisò tutti che esse costituivano fonti del diritto, così come peraltro si era

¹¹ Si rinvia ai paragrafi successivi per una dettagliata analisi sulle modalità e sui mezzi processuali utilizzabili per garantire un'adeguata *restitutio in integrum* al ricorrente e ai “fratelli minori”.

¹² G. TARTAGLIA POLCINI, *Risarcimento Contrada*, cit.

¹³ M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *RIDPP*, 2016, p. 346 ss. Si rinviengono in dottrina anche toni “apocalittici”, nella misura in cui alcuni autori sostengono l'opportunità di far valere la c.d. teoria dei controlimiti per opporsi a “ad una rivoluzione epocale del sistema delle fonti del nostro sistema in materia penale” e per “garantire la sopravvivenza di un principio fondamentale per il nostro ordinamento”, la legalità prevista dall'art. 25 co. 2 Cost. Per ulteriori approfondimenti, G. MARINO, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU*, cit., p. 16 – 18.

¹⁴ Corte Cost., 24 ottobre 2007, nn. 348, 349, in *Corriere giuridico*, 2008, p. 185 ss. con note di: M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*; R. CONTI, *La Corte Costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*.

già preoccupato di ammonire il legislatore costituzionale all'esito della riforma del Titolo V all'interno della quale, conviene riportarlo, l'art. 117 co.1 prescrive che "la potestà legislativa è esercitata nel rispetto [...] dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali", così indicando all'interprete costituzionale che la CEDU, nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, costituisce fonte di rango subcostituzionale, ovverosia sovraordinata rispetto alla legge ordinaria, ma subordinata a tutte le fonti di rango costituzionale¹⁵. Ma, ritornando all'oggetto della presente trattazione, la sentenza Contrada deve essere interpretata come un *input* dei giudici di Strasburgo all'integrazione della legalità convenzionale nell'ordinamento interno oppure, con contorni meno epocali ma comunque di impatto rilevante, come uno stimolo al sistema giuridico italiano a ri – scoprire l'essenza della propria legalità?

Sullo sfondo di tutti questi interrogativi dirimenti per il futuro dell'ordinamento italiano si scaglia ancora inquietante nella sua indeterminatezza latente e nella sua capacità di resistere a ogni tentativo di ingabbiamento, di tassativizzazione legale e giurisprudenziale, l'intramontabile istituto del "concorso esterno in associazione mafiosa". Un caso dettato da un'intrinseca sfortuna a trovarsi imbrigliato in fastidiose discussioni giuridiche oppure un'ulteriore fase della sua interminabile e tormentata esistenza?¹⁶

2. La nozione di legalità convenzionale, il linguaggio della Corte e alcuni precedenti sulla "prevedibilità europea".

Prima di procedere all'analisi delle valutazioni e delle conseguenze pratiche che la decisione "europea" porta con sé, bisogna soffermarsi sul concetto di legalità "convenzionale", così come derivante dal combinato tra la disposizione letterale dell'art. 7 CEDU e l'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo¹⁷. Si tratta di

¹⁵ T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Tredicesima edizione, Milano, 2013, p. 83 ss.; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Decima edizione, Napoli, 2015, p. 358 ss.

¹⁶ Si evidenzia questo profilo assunto dalla sentenza "europea" in A. MANNA, *La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano*, cit., p. 6. L'Autore definisce la sentenza come idonea a "smuovere le acque in una materia che sembrava *ius receptum*", "un caso difficile" risolto finalmente dai giudici di Strasburgo.

¹⁷ Per un commento all'art. 7 CEDU, V. MANES, E. NICOSIA, *Art. 7*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, P. De

un'esigenza non procrastinabile al fine di comprendere appieno il significato delle pronunce di un sistema, quale quello convenzionale, abituato a riflettere secondo schemi e mentalità assolutamente differenti da quelle sedimentatesi in secoli di cultura giuridica nell'interprete italiano¹⁸. Qualsiasi interprete interno non potrebbe comprendere il portato della pronuncia "europea" se non preventivamente calandosi nella realtà della Convenzione e degli abiti mentali ormai invalsi in quella sede, così impregnata di ricerca della tutela effettiva e sostanziale dei diritti dei cittadini, nonché improntata ad un'interpretazione antiformalistica del diritto a sua volta mirante al risultato di una "legalità raggiunta"¹⁹.

La legalità "convenzionale" occupa "*a prominent place in the Convention system of protection*", tale da poter essere considerato "*an essential element of the rule of law*", già definito altrove come il principio dei principi, certamente inserito nel "nocciolo duro" della Convenzione. Esso garantisce espressamente che "nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è commessa, non costituiva reato secondo il *diritto* interno o internazionale", così sancendo il principio dell'irretroattività delle norme incriminatrici e garantendo altresì che "non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso", così assicurando, altresì, l'irretroattività di norme aggravatrici del trattamento sanzionatorio. Ma v'è di più, poiché, come si legge in un'altra sentenza, "esso consacra in modo più generale, il principio di legalità in ordine ai delitti e alle pene, e quello che impone di non applicare estensivamente o analogicamente la legge penale a detrimento

Sena, V. Zagrebelsky, Padova, 2012, p. 258 ss.; A. BERNARDI, Art. 7, in *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, G. Raimondi, B. Conforti, Padova, 2001, p. 249 ss.

¹⁸ A. BULTRINI, *La Convenzione europea dei diritti umani: considerazioni introduttive*, in *Corriere giuridico*, 1999, 5, p. 647, secondo il quale "è estremamente importante accostarsi al sistema della Convenzione rispettandone l'autonomia concettuale e l'identità e senza volerlo leggere attraverso le lenti del diritto interno".

¹⁹ L'espressione è utilizzata in A. ESPOSITO, *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, in *penalecontemporaneo.it*, p. 6. L'Autore intende indicare come la legalità "europea" si realizzi nel risultato comune cui s'indirizzano tutti i formanti del diritto, con particolare rilevanza data a quello giurisprudenziale.

dell'imputato", cosicché "un illecito deve essere definito dalla legge in modo chiaro"²⁰.

Come immediatamente evidente si possono scorgere corollari della legalità già familiari all'interprete italiano. La determinatezza, la tassatività, l'irretroattività della norma sfavorevole e la retroattività di quella favorevole, il divieto di analogia *in malam partem*. Ma all'apparente stretta somiglianza con la legalità continentale si contrappongono alcuni elementi che segnano una netta discontinuità. Non può passare inosservato al giurista continentale il chiaro riferimento alla nozione "diritto" anziché, come avviene negli ordinamenti di *civil law*, al concetto di "legge". Si tratta di un "matrimonio"²¹, quello dell'equiparazione e dell'intreccio tra fonte legislativa e fonte giurisprudenziale, resosi necessario in seguito alla "fusione di orizzonti" realizzatasi nel Consiglio d'Europa tra universi giuridicamente differenti ma uniti nella ricerca delle garanzie migliori per i diritti individuali dei cittadini²². Di qui si giunge all'enucleazione dei principi – guida della legalità europea, rinvenibili nei concetti di "accessibilità" e "prevedibilità dell'esito giudiziario", il cui oggetto non è una disposizione di legge o una decisione giudiziaria, ma è il "diritto vivente", ossia quell'intreccio di cui sopra, derivante da una disposizione di legge così come interpretata costantemente dai giudici, che, dal punto di vista del giudice "europeo", costituisce l'oggetto sul quale verificare il rispetto della legalità. Quanto appena affermato trova puntuale conferma nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, laddove si legge esplicitamente in un passo di una decisione contro la Repubblica francese, che il rispetto della legalità convenzionale implica che "la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono" – quindi si richiede che, alla base, una disposizione legislativa esista – ma "il requisito è soddisfatto se la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal

²⁰ Corte eur. dir. uomo, 25 marzo 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, § 25. La decisione si inserisce tra quelle che contribuiscono alla definizione della legalità "europea", citata anche dai giudici di Strasburgo nella risoluzione del caso *Contrada*.

²¹ Si riporta una felice espressione utilizzata nel complesso campo dell'integrazione delle legalità (costituzionale, europea, convenzionale), con particolare riferimento alla necessità che le varie accezioni del principio si rendano reciprocamente compatibili, pur nel rispetto delle loro diversità. Si veda in proposito, G. SALCUNI, *Il dialogo fra Corti: dalla "giurisprudenza fonte" alla "giurisprudenza argomento"*, in *Arch. pen.*, 2015, p. 818 – 821.

²² La nozione "diritto" utilizzata dalla disposizione in commento "ricomprende tanto il diritto scritto quanto quello non scritto", Corte eur. dir. uomo, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, §35.

testo della disposizione pertinente, se necessario con l'assistenza dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo aver avuto ricorso a consulenti illuminati, per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pena è passibile per i suoi atti”²³. *Ergo*, secondo i giudici “europei”, la legalità passa per la qualità del diritto, raggiungibile soltanto attraverso una corretta collaborazione - si potrebbe anche dire, una complementarità - tra la legge e la giurisprudenza, nella realistica presa di coscienza che una tassatività assoluta del precetto risulta nella prassi impossibile e inidonea ad adattarsi ai mutamenti del contesto sociale²⁴.

Dunque, con l'esclusione del principio della riserva di legge, tipico dei sistemi di *civil law*, ogni altro corollario della legalità interna si rinviene, seppure in forme non proprio identiche per l'insolita rilevanza data alla fonte giurisprudenziale, nell'onnicomprendente concetto di prevedibilità, idoneo a contenere in sé il significato più autentico della legalità convenzionale. Non importa come si sia formata la base legale, se essa derivi dalla fonte legislativa – parlamentare oppure dalle decisioni di un tribunale, importa soltanto – qui l'aspetto assolutamente pragmatico della Corte – che questa sia accessibile e prevedibile al cittadino.

Si va oltre un ragionamento per fonti del diritto, per recuperare l'aspetto funzionale e più garantista della legalità, la prevedibilità delle conseguenze derivanti dal proprio agire consapevole.

Riprendendo ancora alcuni passi giurisprudenziali – indispensabili per descrivere compiutamente il significato delle disposizioni della Carta e ciò, peraltro, dà contezza di quanto sia centrale il ruolo della Corte di Strasburgo nell'interpretazione e implementazione dei principi contenuti nella Convenzione²⁵ – l'accessibilità indica che “il cittadino deve poter disporre di informazioni sufficienti, nella situazione concreta, sulle norme giuridiche applicabili ad un

²³ Corte eur. dir. uomo, 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, § 29.

²⁴ Una presa d'atto in tal senso si rinviene anche nella dottrina italiana, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 108 ss.

²⁵ Corte eur. dir. uomo, 27 marzo 2003, *Scordino c. Italia*, in cui si rinvencono espressioni chiare che consentono di affermare che la Convenzione vive nella/della sua giurisprudenza. Riferimenti in tal senso si rinvencono anche nella giurisprudenza costituzionale italiana, laddove, i giudici delle leggi argomentano in modo chiaro sulla rilevanza della norma convenzionale – giammai della disposizione testuale – “nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo”, Corte Cost., 26 novembre 2009, n. 311, in *Corriere giuridico*, 2010, p. 619 ss. con nota di R. CONTI, *Corte Costituzionale e CEDU: qualcosa di nuovo all'orizzonte?*.

determinato caso”, ritenendo essenziale la pubblicità delle norme oppure la loro diffusione tramite gazzette ufficiali o altri mezzi di diffusione del diritto, parametrati anche al numero e alle caratteristiche dei destinatari e alla possibilità di servirsi di “consulenti illuminati” e “consigli chiarificatori”²⁶. Più complessa da definire appare la prevedibilità dell’esito giudiziario, e non solo per la Corte, ma come si vedrà anche per la dottrina italiana, preoccupata ormai più che per la rilevanza data al formante giurisprudenziale, per l’indeterminatezza del concetto di “diritto vivente prevedibile”, nonché per *quando* e *quomodo* un esito giudiziario divenga tale²⁷.

Perché una legge sia *predictable* devono essere soddisfatti due “sottopincipi”, come ha cura di precisare Alessandro Bernardi in un commento alla disposizione: la determinatezza/tassatività della norma incriminatrice e l’obbligo di interpretazione prevedibile e ragionevole, a sua volta scomponibile nei concetti di interpretazione ragionevole “tecnica” e interpretazione ragionevole “storica”²⁸.

La prima deve essere assicurata tramite la definizione chiara e precisa dei comportamenti penalmente rilevanti e delle conseguenze sanzionatorie che vi si ricollegano tramite una base normativa “enunciata con una precisione tale da permettere al cittadino di regolare la propria condotta”, anche servendosi di consigli chiarificatori, ma non solo. Tratto qualificante la legalità convenzionale, giova ripeterlo, è l’intreccio tra fonti legislative e fonti giurisprudenziali in modo tale da completarsi l’un l’altra al fine di garantire una sostanziale conoscibilità dei precetti. Così i giudici convenzionali sono fermamente convinti che, dovendosi considerare come impossibile la tassatività assoluta del precetto tramite l’uso della legge, diversamente da secoli ricercata invano dall’interprete italiano, la

²⁶ Corte eur. dir. uomo, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, § 49.

²⁷ O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell’interpretazione*, in *penalecontemporaneo.it*, Rivista trimestrale, 1/2013, p. 166 ss. in cui si esprime una sorta di inquietudine per le difficoltà nel definire il concetto di “diritto vivente” rilevante nell’interpretazione del diritto, utilizzando la metafora del *paradosso del sorite*, “così come non può stabilirsi quanti granelli fanno un mucchio, nemmeno è possibile fissare il numero delle sentenze che fanno il diritto vivente”. Caso paradigmatico è proprio quello del concorso esterno in associazione mafiosa: le Sezioni Unite, considerate come una decisione idonea a definire il diritto vivente, non sono state in grado di definire chiaramente e definitivamente i confini della fattispecie, al punto tale da richiedere altre tre Sezioni Unite successive, peraltro senza risolvere tutt’oggi una serie di problematiche dalla risoluzione ancora incerta.

²⁸ A. BERNARDI, *Art. 7*, cit., p. 261 – 267, il quale definisce la determinatezza e l’interpretazione ragionevole del diritto come “parametri di qualità della norma penale”.

giurisprudenza abbia un ruolo determinante nella specificazione e chiarificazione dei precetti penali, come si può anche desumere da alcuni precedenti "europei" in cui tale ruolo co – formativo del diritto è assai evidente²⁹. Così come scrivono da Strasburgo, “l’esigenza di sicurezza della legge non implica che i fatti oggetto di responsabilità penale siano previsti nei dettagli dalla legge”, la quale può anche utilizzare categorie generali oppure definizioni elastiche per adattare la legge ai mutamenti sociali e di costume³⁰, venendo in rilievo sostitutivo l’attività di interpretazione costante dei tribunali. Non costituiscono precedenti isolati i casi in cui il giudice “europeo” abbia deciso a sfavore del ricorrente il quale lamentava la genericità della legge sulla quale si basava la condanna inflittagli dalle autorità giudiziarie nazionali, proprio perché, come anzidetto, la determinatezza come corollario della prevedibilità va intesa come legalità raggiunta, all’esito dell’operare congiunto del formante legale e di quello giurisprudenziale. La Corte ritiene sufficiente l’operare di una costante interpretazione dei tribunali a colmare i *deficit* di genericità insiti strutturalmente in qualsiasi base legislativa.

²⁹ Si rende doveroso riportare alcuni casi risolti dalla Corte per consentire di comprendere appieno il significato delle massime sopra riportate nella convinzione che il diritto convenzionale sia un diritto che si fa nei tribunali e nella risoluzione dei casi concreti. Così, ad esempio, la Corte europea aveva ritenuto che la condanna per il proselitismo del ricorrente non era stata emessa in violazione dell’art. 7 CEDU, poiché, sebbene la formulazione della norma incriminatrice fosse piuttosto generica nella descrizione delle condotte proibite, la giurisprudenza si era assestata su un’interpretazione piuttosto consolidata in base alla quale il ricorrente avrebbe potuto comprendere la rilevanza penale della propria azione (Corte eur. dir. uomo, 25 marzo 1993, *Kokkinakis c. Grecia*). Alle medesime conclusioni perviene in un caso avente ad oggetto una vendita abusiva di prodotti farmaceutici, poiché la Corte ritiene il *deficit* di determinatezza della nozione legislativa di “medicamento” fosse colmato da un’interpretazione costante e precisa della *Cour de cassation*, consentendo al ricorrente di conoscere l’effettiva estensione della norma incriminatrice (Corte eur. dir. uomo, 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, § 34). Ancora in un altro caso, la Corte rigetta le doglianze del ricorrente, condannato dalle autorità giudiziarie turche per il reato di propaganda contro l’unità dello Stato realizzato tramite la pubblicazione di un saggio politico, poiché all’indeterminata formulazione della fattispecie faceva riscontro un’interpretazione costante nella giurisprudenza di legittimità in base alla quale egli avrebbe potuto discernere i limiti del diritto di manifestazione del pensiero (Corte eur. dir. uomo, 8 luglio 1999, *Erdogdu e Ince c. Turchia*, § 39).

³⁰ Corte eur. dir. uomo, 24 maggio 1988, *Muller c. Svizzera*, § 29, in merito all’accertamento relativo al reato di “pubblicazioni oscene”, la Corte ha escluso che l’eccessiva genericità del concetto di “oscenità” fosse di ostacolo alla prevedibilità sociale di un mutamento interpretativo *in malam partem*, in quanto si trattava di una nozione rientrante nell’ambito delle *Kulturnormen*, che trovano un solido appiglio nelle coscienze sociali; più recentemente, si scorgono considerazioni identiche in Corte eur. dir. uomo, 19 maggio 2015, *Sampech c. Italia*, in cui si precisa che “anche a causa del carattere generico delle leggi, il contenuto delle stesse non può presentare una precisione assoluta [...] peraltro molte leggi utilizzano, per forza di cose, formule più o meno vaghe la cui interpretazione e applicazione dipendono dalla prassi”.

Si rende altresì opportuno aggiungere che il requisito in oggetto subisce una valutazione mutevole anche in base alla tipologia di destinatario cui le norme sono dirette, rilevando a tal fine anche il grado di cultura e di professionalità del cittadino cui le norme si applicano nel caso specifico, così riecheggiando un istituto già frequentemente tirato in ballo dalla dottrina italiana quando si discute di prevedibilità dell'esito giudiziario, l'errore inevitabile sul precetto, di cui all'art. 5 c.p. così come ridefinito dalla Corte Costituzionale nella celebre sentenza n. 364 del 1988³¹.

Passando al secondo requisito, l'interpretazione ragionevole consente di fare chiarezza sul ruolo svolto dai tribunali secondo il sistema convenzionale. Esso consente di guidare i giudici nello sviluppo del diritto onde evitare interpretazioni irragionevoli e imprevedibili del precetto penale. Così come già in precedenza riportato, la legalità "europea" implica anche il divieto di analogia *in malam partem*, nonché il divieto di interpretazione estensiva della norma incriminatrice a detrimento dell'imputato, ma questo non significa che la giurisprudenza non possa intervenire a colmare il *deficit* di determinatezza delle norme penali purché le sue interpretazioni possano considerarsi "ragionevoli" e "prevedibili". Nel dettaglio l'interpretazione ragionevole "tecnica" implica che l'interpretazione giudiziaria dei singoli casi conduca "a risultati coerenti con la sostanza dell'illecito e sia ragionevolmente prevedibile dal cittadino", escludendo che sia tale nei casi di analogia *in malam partem* o di interpretazioni additive che estendono la fattispecie a sfavore dell'imputato³². Desta maggiori dubbi per l'interprete continentale il concetto di interpretazione ragionevole "storica", abituato costui a pensare il diritto come costellato da vari punti fermi, quali sono le fonti del diritto,

³¹ Corte eur. dir. uomo, 6 ottobre 2011, *Soros c. Francia*, in cui il ricorrente condannato per il reato di *insider trading*, per aver sfruttato alcune informazioni privilegiate durante un'operazione di acquisti azionari, lamentava una violazione dell'art. 7 CEDU per difetto di determinatezza della norma incriminatrice in relazione ai concetti di "*insider*" e di "esercizio delle loro professioni e funzioni". Rigettando il ricorso, la Corte afferma che, nonostante la formulazione testuale della norma risultasse imprecisa e generica, il ricorrente avrebbe potuto prevedere l'esito giudiziario in ragione della sua elevata specializzazione professionale.

³² Si tratta di un principio ribadito dalla Corte di Strasburgo in una decisione recentissima. Si legge che "l'art. 7 CEDU non può essere interpretato nel senso che sia proibita ogni interpretazione giurisprudenziale volta a precisare gradualmente il significato della norma e le condizioni per ritenere provato un reato, purché il risultato di tale interpretazione sia coerente con il nucleo essenziale dell'illecito e risulti ragionevolmente prevedibile", Corte eur. dir. uomo, 11 febbraio 2016, *Dallas c. Regno Unito*.

proprio perché qui viene meno il riferimento alla *littera legis* e alla sostanza dell'illecito per agganciarsi a dati extragiuridici come il mutamento del contesto socio – culturale, così come si rinviene in una decisione abbastanza nota ove si legge che la disapplicazione di una scriminante di creazione remota – dunque per converso l'estensione del penalmente rilevante – “*is a legitimate use of the flexibility of the common law which can and should adapt himself to changing social attitudes*”³³. Conseguenza immediata è che ogni interpretazione giurisprudenziale che non possa considerarsi come ragionevole e prevedibile deve essere ricondotta nell'alveo del divieto di retroattività della norma sfavorevole all'imputato, come verificatosi nella vicenda che interessa Bruno Contrada.

Tralasciando le nozioni teoriche per passare all'agire pratico della Corte di Strasburgo, acclarato ormai che il diritto convenzionale vive nella quotidianità delle interpretazioni dei suoi giudici, sono ormai numerosi i precedenti in cui si condanna uno Stato aderente alla Convenzione per violazione dell'art. 7 CEDU, in particolare con riferimento a *revirements* giurisprudenziali *in malam partem*, così confermando una tendenza dei giudici convenzionali a incidere sugli ordinamenti interni più di quanto avesse fatto in periodi più remoti della sua esistenza. Sembra, infatti, che la Corte abbia mutato registro, passando da un periodo di anomala flessibilità e tolleranza ad uno di eccessiva rigidità, caratterizzata da un'elevazione – secondo alcuni eccessiva³⁴ – dei suoi *standards* di tutela. Si riportano diversi casi in cui la Corte EDU ravvisa una violazione dell'art. 7 CEDU, *sub specie* violazione del divieto di retroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole all'imputato, così come rilevato in *Contrada*.

Solo a fini esemplificativi, rinviando alle note per un'elencazione più ampia dei casi risolti dalla Corte, si riporta un *leading case* in materia soltanto per comprendere quale sia l'orientamento consolidato nella giurisprudenza

³³ Corte eur. dir. uomo, 22 novembre 1995, *C. R. c. Regno Unito*, in materia di disapplicazione della c.d. regola Hale, ossia l'immunità maritale nei casi di violenza sessuale ai danni del coniuge. La Corte rigetta il ricorso del marito poiché sarebbe stata prevedibile la condanna per violenza sessuale sulla base del mutamento sociale che impone di non considerare come applicabile la suddetta scriminante. In questo caso il *revirement in malam partem* non è stato considerato come imprevedibile poiché il ricorrente avrebbe potuto comprendere il disvalore sociale sotteso al comportamento in forza di un mutato sentire sociale.

³⁴ Così si esprime, F. PALAZZO, *La sentenza Contrada*, cit., p. 1063. In forme meno evidenti, ma rinvenibili implicitamente nel ragionamento svolto, F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, in *penalecontemporaneo.it*, p. 8 – 9.

sovrana nazionale, il caso Del Rio Prada c. Spagna, peraltro citato dalla Corte EDU nella risoluzione del caso Contrada³⁵.

La ricorrente, Ines Del Rio Prada, esponente del terrorismo basco, veniva condannata in via definitiva dalle autorità nazionali spagnole per aver commesso plurimi omicidi a pene che, sommate aritmeticamente, ammontavano a più di tremila anni di reclusione, ma, avvalendosi di un trattamento penitenziario previsto dal codice spagnolo, la pena concretamente irrogata ammontava a trenta anni di reclusione, peraltro ulteriormente riducibile tramite il beneficio penitenziario della *redencion de penas per trabajo*, consistente in una riduzione della pena concretamente irrogata e da espiare nel caso di lavoro svolto durante il periodo di carcerazione, secondo la regola in base alla quale due giorni di lavoro intramurario equivalgono a un giorno scontato di pena. Così la ricorrente secondo i calcoli effettuati sulla base dell'orientamento giurisprudenziale consolidatosi al momento dei fatti chiedeva di essere scarcerata nel 2008 perchè, applicando il beneficio di cui sopra, la pena risultava totalmente espiata, ma la richiesta fu rigettata dalle autorità spagnole in quanto esse ritenevano che fosse stato ormai inaugurato un nuovo orientamento giurisprudenziale, la "dottrina Parot", che prevedeva che il calcolo del beneficio penitenziario andasse effettuato non più sulla pena concretamente irrogata, ma su quella che avrebbe dovuto espiare, ovverosia nel caso in oggetto, la sommatoria aritmetica delle singole condanne ammontanti a circa tremila anni di pena. In definitiva, adita la Corte EDU, la ricorrente lamentava la violazione dell'art. 7 CEDU perché la Spagna aveva violato il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole all'imputato applicando retroattivamente un mutamento giurisprudenziale sfavorevole e all'epoca dei fatti imprevedibile.

La cittadina spagnola non poteva prevedere la norma penale poi applicata e ottiene giustizia da Strasburgo. Ma si rinvergono nei commentari giurisprudenziali casi più eclatanti perché non hanno ad oggetto norme processuali incidenti sulla determinazione della pena, ma più incisivamente norme incriminatrici, come sempre più spesso accade, imprevedibili al cittadino. Così nel

³⁵ Corte eur. dir. uomo, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*. Per una sintetica ricostruzione del caso si rinvia a F. MAZZACUVA, *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in *penalecontemporaneo.it*.

caso di due impiegati bancari condannati per corruzione passiva dalle autorità giudiziarie rumene³⁶. In questo caso la Corte di Strasburgo, sulla base dell'inesistenza di una base normativa e di un precedente giurisprudenziale che qualificasse come funzionari pubblici gli operatori bancari, condanna la Romania per aver violato il principio di legalità, *sub specie* prevedibilità dell'esito giudiziario, poiché al momento del fatto, i due ricorrenti non avrebbero potuto conoscere l'estensione del precetto penale. A medesime conclusioni giungono i giudici sovranazionali nel caso di un ricorrente estone, condannato dalle autorità giudiziarie nazionali per il reato abuso della funzione pubblica avendo provocato un mero "danno morale significativo agli interessi dello Stato" e non come correntemente interpretato nel senso di un danno patrimoniale. L'estensione della norma incriminatrice ai casi di danno morale veniva giudicata non prevedibile da Strasburgo e l'Estonia condannata per violazione della legalità europea³⁷.

Tutti casi in cui l'interpretazione estensiva realizzata dai giudici nazionali non si considera prevedibile né sulla base dell'essenza dell'illecito, della sua sostanza, di una precedente prassi applicativa o del mutamento dei costumi sociali. Si applica arbitrariamente una nuova o più estesa fattispecie incriminatrice e così, passando per i suoi corollari, si ritorna all'essenza della legalità *tout court*, così come già evidenziato da Strasburgo, secondo cui la essa rappresenta argine per "assicurare una protezione effettiva contro le azioni penali, le condanne e le sanzioni arbitrarie", in breve, per tutelare il cittadino dalla c.d. potestà punitiva dello Stato. In conclusione, la legalità "europea" è raggiunta quando il cittadino è messo nelle condizioni di vedere realizzata una primordiale e indispensabile esigenza di "sicurezza giuridica", ovvero sia la possibilità per chiunque di poter prevedere le conseguenze dei propri comportamenti, calcolare le conseguenze giuridiche specie se negative dei propri atti e così essere libero di autodeterminare se stesso, in modo da organizzare compiutamente la propria vita. Questo è il *minimum* di garanzia che prescrive la Convenzione nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, il minimum che Francesco Palazzo definisce come "un'esigenza

³⁶ Corte eur. dir. uomo, 24 maggio 2007, *Dragotoni e Militaru – Pidhorni c. Romania*.

³⁷ Corte eur. dir. uomo, 25 giugno 2009, *Liivik c. Estonia*.

logica e funzionale del precetto penale”³⁸ e al quale già Cesare Beccaria ricollegava l’origine delle pene, “lo scopo per cui gli uomini stanno in società, utile perché gli mette nel caso di esattamente calcolare gl’inconvenienti d’un misfatto”³⁹. Questo è il portato della prevedibilità “europea” che i giudici di Strasburgo ritengono l’Italia abbia violato condannando il sig. Bruno Contrada per un reato che all’epoca dei fatti il ricorrente non avrebbe potuto prevedere. Insomma secondo il “giudice dei diritti”, la Corte Europea dei Diritti Umani, l’Italia ha violato un primordiale diritto di civiltà, la sicurezza giuridica.

3. La prevedibilità di *Contrada*. Dal diritto al caso concreto.

Già all’indomani della “scomoda” decisione, la dottrina italiana si è interrogata sulla correttezza del ragionamento e dell’esito cui sono pervenuti i giudici sovranazionali. Il *punctum dolens* si rinviene intorno alla seguente questione: Bruno Contrada avrebbe potuto prevedere l’imputazione e la condanna per il reato di concorso esterno nonostante esistesse un contrasto sincronico giurisprudenziale all’epoca dei fatti e la fattispecie “di origine giurisprudenziale” non fosse ancora sedimentata nell’ordinamento interno? Di qui la valutazione dell’operato della Corte e, di conseguenza, l’atteggiamento della magistratura interna nell’attuazione, peraltro da considerarsi - a prescindere dalla correttezza nel merito della sentenza - obbligatoria e doverosa da parte dello Stato italiano in forza dell’art. 46 CEDU⁴⁰, norma di un trattato internazionale soggiacente, altresì, al principio di diritto internazionale generale, *pacta sunt servanda*⁴¹.

Si può tentare una classificazione delle posizioni assunte dagli studiosi per analizzare compiutamente i diversi punti di vista assunti sull’argomento, dalla

³⁸ F. PALAZZO, voce “Legalità (diritto penale)”, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, p. 3373 ss.

³⁹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 42.

⁴⁰ L’art. 46 CEDU impone agli Stati l’obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte di Strasburgo ed attribuisce al Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa il potere di sorvegliare sulla esecuzione delle stesse. Tuttavia tale obbligo, e il relativo controllo, è limitato al raggiungimento del risultato indicato nella sentenza, lasciando alla discrezione delle Alte Parti Contraenti la scelta dei mezzi, tanto di natura normativa, che di natura politica, per perseguire lo scopo prefissato. Per ulteriori dettagli, A. BULTRINI, *Il meccanismo di protezione dei diritti fondamentali istituito dalla CEDU*, in *La Convenzione Europea dei diritti dell’uomo. Profili ed effetti nell’ordinamento italiano*, a cura di B. Nascimbene, Milano, 2002, p. 42 ss.

⁴¹ F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani*, cit., p. 4.

critica alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, peraltro additata come confusionaria e asistemica⁴², fino alla valorizzazione del ruolo da essa svolto nel fare luce sui *deficit* sottodimensionati dell'ordinamento e della legalità italiana nella sua accezione "*in action*"⁴³. Da un lato, si scorgono le posizioni abbastanza diffuse di coloro i quali criticano l'esito dei ragionamenti svolti dai giudici sovranazionali⁴⁴, dall'altro, invece, coloro i quali ritengono corretta, anzi quasi salvifica la pronuncia *Contrada*, poiché idonea, come efficacemente ha scritto Vincenzo Maiello, a "svelare l'ipocrisia del nostro tempo penalistico" e a dire a tutti che "il re è nudo"⁴⁵.

La posizione critica riprende in parte gli argomenti già delineati nella difesa del Governo, poi utilizzati sommariamente anche dalla Corte di Appello di Caltanissetta nel rigettare l'istanza di revisione "europea" della condanna definitiva del ricorrente napoletano. Si tratta di osservazioni che leggono la prevedibilità "europea" in senso soggettivo: "un alto dirigente di polizia non poteva ragionevolmente dubitare, all'epoca dei fatti, che condotte come il passare informazioni rilevanti a capimafia in merito a indagini in corso, con l'effetto per di più di permettere a questi stessi soggetti di sottrarsi a perquisizioni e arresti,

⁴² O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, cit., p. 9 ss. in cui l'Autrice esprime chiaramente l'assunto secondo cui la giurisprudenza CEDU sarebbe tutt'altro che sistematica e omogenea ma confusionaria e in via di consolidamento. Si rinvencono troppo frequentemente *revirements* giurisprudenziali, probabilmente dettati dall'essere, la Corte EDU, un giudice del caso concreto, svincolato da una visione sistemica dell'ordinamento. Di qui la conseguente cautela nell'affermare la vincolatività del precedente "convenzionale" per i giudici interni, in particolar modo dinanzi all'attuale moltiplicarsi dei ricorsi e delle possibilità che la Corte contraddica se stessa. Così sembra argomentare anche G. SALCUNI, *Il dialogo fra Corti: dalla "giurisprudenza fonte" alla "giurisprudenza argomento"*, cit., p. 830 in cui si legge che "la giurisprudenza della Corte EDU è, e resta, invece, una fonte di *cognizione* del diritto, che non può avere *sic et simpliciter* rango *sub – costituzionale*. Essa costituisce invece un importante argomento interpretativo che può essere utilizzato per supportare un'argomentazione giuridica e convincere l'uditorio".

⁴³ M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, cit., p. 366; S. MILONE, *La garanzia della legalità tra diritto penale e processo: come assicurare la prevedibilità di un diritto...imprevedibile? Alcuni caveat dal caso Contrada*, in *lalegislationepenale.eu*, p. 11.

⁴⁴ Su tutti, G. MARINO, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU*, cit.; F. PALAZZO, *La sentenza Contrada*, cit.; G. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, cit.; D. PERRONE, *Stabilizzazione del precedente e principio di colpevolezza: osservazioni sulle ricadute interne della sentenza Contrada*, in *lalegislationepenale.eu*.

⁴⁵ L'espressione si rinviene in V. MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, cit., p. 1024 ss.; per ulteriori prese di posizione a favore della decisione "europea", A. MANNA, *La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano*, cit.

costituissero fatti penalmente rilevanti”⁴⁶, così come, all’evidenza, il favorire la latitanza di Salvatore Riina, rappresenta un comportamento spiccatamente negativo da un punto di vista morale e sociale⁴⁷. Non potendo dubitare, dunque, la rilevanza penale della condotta sarebbe stata prevedibile se, come insegna la dottrina italiana⁴⁸, il dubbio esclude la scusabilità per errore inevitabile sulla legge penale. Ma non trattasi soltanto di un insegnamento “italiano”, perché, fino a prova contraria, la Corte ragiona seguendo logiche sostanziali e pragmatiche che avrebbero dovuto condurla a un diverso esito del giudizio, così come avvenuto in casi importanti ad essa sottoposti⁴⁹. Si ricordi il caso del “*marital rape*”, in cui il sentire sociale veniva giudicato idoneo a rendere prevedibile la decisione di condanna per stupro maritale del ricorrente⁵⁰. Ma, più recentemente, si cita anche il caso Ashlarba, in materia di associazioni criminali, in cui i giudici concludono per l’insussistenza della violazione dell’art. 7 CEDU, poiché “l’obiettivo povertà del dato linguistico deve ritenersi in realtà arricchita dall’indispensabile richiamo e raccordo con altre norme dell’ordinamento, oltre che *per il comune sentire sociale, tale da consentire la conoscibilità del disvalore sociale attribuito dal legislatore*”⁵¹. Una prevedibilità afferente al piano della colpevolezza, così come valutata ex art. 5 c.p. come interpretato dalla nota sentenza Corte Cost. n. 364 del 1988. Ragionamento del tutto opposto a quello compiuto in *Contrada*.

Ad adiuvandum, si evidenzia, da un lato, che la punibilità di Bruno Contrada non sarebbe comunque esclusa, poiché si controverteva soltanto sui confini da tracciare tra le figure del partecipe interno e del concorrente esterno, come si rinviene nell’analisi dell’evoluzione giurisprudenziale sul concorso esterno, figure entrambe punibili e, per di più, soggette al medesimo trattamento sanzionatorio in forza dell’art. 110 c.p. Dall’altro, che della punibilità non v’era motivo di

⁴⁶ F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani*, cit., p. 8.

⁴⁷ O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente* giurisprudenziali, cit., p. 8.

⁴⁸ G. FLORA, voce “*Errore*”, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1990, p. 255 -275.

⁴⁹ “Il diritto della Corte europea dei diritti dell’uomo è un manifesto vivente dell’antiformalismo”, O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente* giurisprudenziali, cit., p. 3.

⁵⁰ E. SELVAGGI, *Concorso esterno e principio di legalità (nullum crimen sine lege)*, cit., p. 2866, in cui il riferimento al caso del “*marital rape*” viene fatto proprio al fine di evidenziare come la Corte, pur decidendo in un modo, avrebbe potuto tranquillamente attenersi ad un orientamento già tracciato da essa stessa.

⁵¹ Corte eur. dir. uomo, 15 luglio 2014, *Ashlarba c. Georgia*, in *Cass. Pen.*, 2015, p. 1257 ss.

dubitare, poiché il costrutto giuridico del concorso eventuale nei reati associativi non solo non costituiva una novità, essendo in uso già per contrastare il fenomeno terroristico – eversivo dell’ordine pubblico, ma era già stato affermato in materia di associazioni mafiose in diverse sentenze del giudice di legittimità italiano, peraltro anche riportate dalle parti e valutate dalla Corte di Strasburgo⁵². Occorre distinguere la prevedibilità dalla certezza del diritto, poiché era prevedibile una contestazione del concorso esterno, non era certa la condanna per quel reato⁵³. Tracciando le fila del discorso, secondo la giurisprudenza italiana e parte della dottrina, la Corte avrebbe eccessivamente irrigidito lo *standard* della prevedibilità, parificando l’esistenza di un contrasto giurisprudenziale in imprevedibilità dell’esito giudiziario e collegando il dubbio all’imprevedibilità. Bruno Contrada, invece, avrebbe potuto prevedere – soggettivamente – le conseguenze del suo agire per le considerazioni sopra esposte⁵⁴. *Ergo*, la Corte ha erroneamente ritenuto di equiparare in sostanza la prevedibilità alla certezza dell’esito giudiziario, scostandosi da numerosi precedenti “europei” in cui si rinvenivano metri di valutazione totalmente opposti, così, assumendo, di fatto, una tendenza eccessivamente “garantista”⁵⁵. Un vero e proprio *revirement* europeo in materia di prevedibilità, inopportuno secondo una folta schiera di studiosi⁵⁶.

⁵² G. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, cit., p. 15 – 16.

⁵³ Sul piano soggettivo, il discorso “europeo” non regge e si svuota di significato, come scrive Massimo Donini, secondo il quale certamente una prevedibilità della rilevanza penale di comportamenti così pregni di disvalore sociale non è dubitabile. Bisogna tenere distinte la prevedibilità dalla certezza dell’esito giudiziario, evitando che la prima si appiattisca sulla seconda. In tal senso si rinvia, altresì, a F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., p. 1063.

⁵⁴ Non può dubitarsi della riconoscibilità della gravidanza in termini di disvalore sociale della contiguità alla mafia da parte del ricorrente, come si evince in un rapporto del SISDE, da lui elaborato il 13 maggio 1982, riportato in un’opera autobiografica, B. CONTRADA, L. LEVITI, *La mia prigionia. Storia di un poliziotto a Palermo*, Venezia, 2012, p. 203 ss.

⁵⁵ Il nuovo atteggiamento della Corte europea in materia di prevedibilità è stato definito dai critici della sentenza Contrada come “vittimo – centrico”, “ipergarantista”, “non scevro da coloriture demagogiche”, diretto all’interesse di consolidare la sua popolarità in un’ottica di “autoaccreditamento” dinanzi ai titolari dei diritti umani e dei loro difensori.

⁵⁶ Non costituisce oggetto di contestazione, perché desumibile da un’analisi dell’evoluzione giurisprudenziale “europea”, un *revirement* in materia di prevedibilità: dalla prevedibilità come accezione della colpevolezza alla prevedibilità come accezione della tipicità. Da una prima presa di posizione in cui l’imprevedibilità corrisponde al mutamento giurisprudenziale “a sorpresa”, all’orientamento più recente, riportato in *Contrada*, secondo cui l’imprevedibilità corrisponde all’incertezza derivante dall’esistenza di contrasti interpretativi patologici nell’applicazione del diritto.

Su un versante opposto, non manca chi “esulta” all’intervento di Strasburgo per sanare una situazione divenuta nel tempo insostenibile. Un *vulnus* ai principi costituzionali che è costato “costi umani insormontabili” in più di trenta anni di contrasti politici, sociali e giuridici irrisolti, come se la decisione di Strasburgo intervenisse implicitamente a sanzionare “il tormentato cammino del concorso esterno”. Una sentenza con un forte senso “politico” e “giuridico”, un vero e proprio esempio di condanna da parte del sistema di tutela convenzionale nei confronti di un ordinamento che, sulla vicenda del concorso esterno in associazione mafiosa, ha messo in luce tutte le problematiche e le ipocrisie che caratterizzano il suo tempo. Ipocrisie di una legalità formale, basata sulla riserva di legge, ma nella realtà delle cose, affidata all’opera più che interpretativa dei giudici: forse attraente nella *law in the books*, inappagante nella *law in action*.

La Corte di Strasburgo compie un vero e proprio *revirement* della sua giurisprudenza: legge la legalità come prevedibilità in senso oggettivo, ovverosia come assenza di qualsiasi contrasto interpretativo – applicativo sincronico, così scostandosi dalla colpevolezza per incentrarsi maggiormente sulla tipicità della norma incriminatrice. Un’accezione non priva di conseguenze e assai più inerente alle problematiche della legalità continentale. Con l’avvertenza, non di poco conto, che trattasi di un criterio fortemente “garantistico”, il quale rischia, come alcuni hanno avvertito, di creare una “sclerotizzazione della giurisprudenza” se non interpretato moderatamente e con un certo limite di tolleranza. Non qualsiasi contrasto interpretativo può essere sanzionato come imprevedibile, altrimenti ne deriverebbe una paralisi della giurisprudenza, la quale svolge un ruolo ineliminabile di specificazione e concretizzazione del diritto⁵⁷. Ciò che invece va sanzionato – così correttamente ragiona la Corte – è l’incertezza patologica, eccessivamente protrattasi nel tempo, scadente in un difetto latente di tipicità della norma penale. Questo sanziona Strasburgo, addebitando all’Italia l’incapacità di fare fronte a un problema che, per troppo tempo, è stato trascurato nell’incapacità,

⁵⁷ Solleva questa problematica, F. PALAZZO, *La sentenza Contrada*, cit., 1063 – 1064; M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, cit., p. 365 – 366, al punto che le considerazioni svolte dalla Corte europea sulla prevedibilità come assenza di contrasti interpretativi dovrebbero avere a oggetto soltanto il contrasto patologico e perdurante, giammai il fisiologico contrasto interpretativo che “non rende imprevedibile una decisione, la rende incerta”.

negligenza, svogliatezza di uno Stato che non ha badato a rispettare non soltanto i suoi principi, ma anche quel *minimum* che la CEDU impone di rispettare.

Così si esprime la dottrina che plaude all'iniziativa della Corte e critica l'atteggiamento di un legislatore inerte – anche se qualcosa si sta iniziando a “smuovere”, sostiene, con toni ottimistici, Adelmo Manna⁵⁸ – e di una giurisprudenza eccessivamente libera e confusionaria⁵⁹. Se la prevedibilità dipende dalla possibilità del cittadino di conoscere le conseguenze dei suoi atti “a partire dal testo delle disposizioni pertinenti e con l'aiuto dell'interpretazione della legge fornita dai tribunali interni”, risulta evidente come tanto il formante legislativo, quanto quello giurisprudenziale non si siano mostrati all'altezza del compito.

La prevedibilità “europea”, come già precisato nel paragrafo precedente, si realizza in un intreccio virtuoso tra legge e interpretazione costante datane dai tribunali, ma è sufficiente conoscere la storia del concorso esterno in associazione mafiosa perché sia evidente a chiunque come entrambi gli strumenti a disposizione dell'ordinamento si siano rivelati inadeguati al caso di specie.

Né la legge, né la giurisprudenza, e in questa sede non v'è bisogno di ripetere, se non per qualche breve cenno, quanto già desumibile dall'ampia trattazione effettuata nei primi capitoli del presente lavoro.

In primis, non adeguata si è rivelata la legge. Se è vero che il concorso esterno abbia certamente una base legale nel combinato disposto artt. 110 – 416 *bis* c.p., non v'è chi non veda come essa risulti assolutamente indeterminata e inidonea probabilmente a essere considerata tale per la Corte europea, abituata a ragionare in termini sostanziali e non meramente formali. Una legge formalmente esiste, ma non apporta alcunché in termini di prevedibilità oggettiva al punto da considerarla come inesistente e il *dictum* Demitry come creativo della fattispecie.

⁵⁸ A. MANNA, *La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano*, cit., p. 9.

⁵⁹ Sulla libertà ermeneutica del giudice italiano, “era bello sentirsi liberi quando ci si percepiva comunque come soggetti alla legge. Non c'erano sanzioni, è vero, ma c'era un *self restraint*. Poi è venuto il tempo in cui una parte dei giudici ha cominciato a leggere le fattispecie penali come “mezzi per uno scopo”, strumenti utili per raggiungere obiettivi politici anche esterni alla loro tipicità. Ermeneutica di lotta, vittimocentrica. Ed è aumentata, insieme alla conoscenza del diritto giurisprudenziale, la consapevolezza di contrasti sincronici e di prassi dirette a concepire le fattispecie come strutture aperte, a dare spazi a illeciti atipici come se fossero contratti innominati [...] è cresciuta una cultura ermeneutica di massima libertà insofferente alle regole”, M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, cit., p. 367.

Non v'è da meravigliarsi, dunque, se i giudici europei, abituati a ragionare sulla sostanza delle cose, si rendano conto della verità: la Corte di Cassazione ha creato un titolo autonomo di reato, non un'applicazione del concorso di persone. Di tale assunto sono ormai consapevoli tutti coloro i quali si interessano della materia *de quo*. Inutile continuare a sostenere il contrario, dinanzi ad una così patente creazione *in toto* del penalmente rilevante. In breve, il concorso esterno non è una semplice forma di manifestazione del reato di partecipazione all'associazione mafiosa, ma una tipicità autonoma creata dalla giurisprudenza di legittimità in totale violazione del principio di legalità, *sub specie* determinatezza, tassatività e riserva di legge, “un progetto politico – criminale promosso dalla Corte regolatrice entro linee di autonomia decisoria”, così come in modo sibillino si legge tra le righe della sentenza del giudice delle leggi in materia di presunzione di adeguatezza della custodia cautelare per i reati di criminalità organizzata⁶⁰. Non c'è alcuna assurdità nell'espressione utilizzata da Strasburgo, se non una presa d'atto forzata che lascia l'interprete italiano spiazzato davanti al fatto compiuto. Non esiste una base normativa – oppure se esiste è affetta da un'indeterminatezza tale da renderla in sostanza inesistente – ma inadeguata, nell'ottica “europea”, si è rivelata anche “l'attività dei tribunali”: non è difficile dedurne l'inesistenza di un orientamento consolidato idoneo a sopperire a quel *deficit* legislativo in materia, essendo sufficiente la constatazione di fatto che quattro sezioni unite costituiscono indice insormontabile di una difficile stabilizzazione giurisprudenziale, la quale peraltro sembra non ancora non essersi realizzata. Da un lato, il *dictum* Mannino non sembra essere stato recepito né dai giudici di merito, né dalle sezioni semplici della Corte di Cassazione, come si evince in una casistica riportata in una raccolta di scritti di Vincenzo Maiello⁶¹, dall'altro, la sentenza “europea” sembra aver peggiorato la situazione se soltanto si considera che recentemente un giudice per le indagini preliminari ha optato per il non luogo a procedere nel caso sottoposto al suo giudizio per la presunta inesistenza del reato giurisprudenziale di concorso

⁶⁰ Si rinvia per ulteriori approfondimenti a V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2014. Conferma la costruzione giurisprudenziale, seppure implicitamente, Corte Cost., 26 marzo 2015, n. 48, cit., p. 1008 ss.

⁶¹ Si riportano soltanto alcuni di un profluvio di *decisa* in contraddizione con *Mannino*, come citati nella raccolta di scritti a cura di Vincenzo Maiello, sopra citata: Cass. pen., 15 maggio 2006, *Prinzivalli*, cit.; Cass. Pen., 6 febbraio 2007, *Tursi Prato*, inedita.

esterno in associazione mafiosa⁶², mentre la sezione prima della Corte di Cassazione ha deciso di sottoporre alle Sezioni Unite la questione – ancora drammaticamente irrisolta – “se sia configurabile il concorso esterno nel delitto di associazione a delinquere prevista dall’art. 416 cod. pen.”⁶³.

Trovare un barlume di prevedibilità sembra una chimera in tale stato di cose, al punto che, della sentenza *Contrada*, si possa dire “meglio tardi che mai”.

Un difetto di prevedibilità è il *minimum* che può rinvenirsi nel paradigmatico caso del concorso esterno in associazione mafiosa. Ma ci si può spingere oltre questo semplice sillogismo, linearmente compiuto dalla Corte europea, e cercare un significato più dirompente dalle motivazioni addotte dai giudici sovranazionali⁶⁴.

La Corte legge la legalità europea come identificabile nella prevedibilità del diritto, intesa come quella garanzia minima che garantisce al cittadino la possibilità di conoscere le conseguenze del proprio agire consapevole. Essa, come scrivono i giudici della Convenzione, può derivare da un positivo intreccio tra le legge e l’attività interpretativa dei tribunali. Alla legge indeterminata può sopperire una giurisprudenza consolidata in grado di garantire una prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie. In negativo, come pare che i giudici di Strasburgo scrivano, l’imprevedibilità è impossibilità di conoscere le conseguenze sanzionatorie, derivante dall’esistenza di contrasti interpretativi sincronici, specchio di una mancanza di determinatezza e tassatività della norma penale. Orbene la determinatezza e la tassatività implicano la necessità che le norme incriminatrici siano chiare in modo che il giudice possa evitare l’analogia *in malam partem* oppure possa dare interpretazioni sincroniche contrastanti della norma incriminatrice. Allora se la prevedibilità passa per la qualità del diritto, perché il cittadino possa agevolmente comprendere cosa è lecito fare e cosa è penalmente rilevante, è fondamentale che un reato esista, abbia una sua tipicità contraddistinta e definita, che i suoi confini siano determinati e tassativi.

⁶² Trib. Catania, 16 febbraio 2016, *Ciancio*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, con nota di G. MARINO, *Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza Contrada della Corte EDU*.

⁶³ Cass. pen., 13 maggio 2016, *Addeo*, scaricabile da *penalecontemporaneo.it*.

⁶⁴ Tali riflessioni sono suggerite dalla lettura di due contributi scientifici sull’argomento, già citati: A. MANNA, *La sentenza Contrada e i suoi effetti sull’ordinamento italiano*, cit., p. 6 ss.; M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, cit., p. 347 ss.

L'opzione contraria è il perdurante contrasto delle interpretazioni, tradotto in termini "convenzionali", l'imprevedibilità dell'esito giudiziario⁶⁵. Questa è la prevedibilità in senso oggettivo, la stabilità dell'interpretazione giurisprudenziale. Ad uno sguardo più attento, la legalità europea non è poi così lontana da quella interna, poiché vale il nesso appena dimostrato imprevedibilità – contrasti giurisprudenziali - mancanza di determinatezza e tassatività, corollari assai importanti della legalità continentale, ai sensi dell'art. 25 co. 2 Cost. Perché una norma sia prevedibile, deve essere scritta bene e in termini chiari. Se la legge fosse scritta correttamente, non esisterebbero contrasti giurisprudenziali, di talché se questi ultimi esistono, ciò è sintomo di indeterminatezza della norma e della sua propensione all'incertezza interpretativa. In termini di assoluta chiarezza, Alberto Cadoppi afferma che se esistono contrasti interpretativi, "la legge penale non è determinata a tal punto da vincolare tutti i giudici ad una sola interpretazione", l'esistenza di quelli "dimostra irrefutabilmente che il principio di determinatezza considerato *in action* non è stato soddisfatto"⁶⁶.

Con queste coordinate va letta la sentenza *Contrada*, in cui si dà atto di una duplice violazione: l'art. 7 CEDU, *sub specie* la prevedibilità del diritto come assenza di contrasti interpretativi, l'art. 25 co.2 Cost., *sub specie* la determinatezza e tassatività della norma, presupposti indefettibili perché i giudici "possano applicare la legge in modo uniforme, senza necessità di creare essi stessi una nuova legge - per l'equivocità di quella scritta - nel momento applicativo". Così sembra cogliere nel vero, Adelmo Manna, secondo il quale, la Corte EDU mette in mostra un doppio *vulnus* alla legalità penale perpetuato dall'ordinamento italiano⁶⁷. Se è violato il *minimum* convenzionale, non può non essere violato il *maximum*, ossia la legalità continentale nei suoi principi cardine della tassatività e

⁶⁵ F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *penalecontemporaneo.it*, p. 8 – 9. Ma si rinvengono frequentemente critiche alla confusione della giurisprudenza "europea", improntata alla risoluzione del caso concreto e in sé, essa stessa, poco "prevedibile". Su tutti, V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Zagrebelsky, V. Manes, Milano, 2011, p. 71, il quale sostiene che "pur disponendo per il caso concreto l'autorità della sentenza di Strasburgo non sia limitata al caso deciso. La Corte, *con metodo casistico*, costruisce una giurisprudenza".

⁶⁶ A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 108 – 109.

⁶⁷ Si tratta di una posizione assunta dall'autore sin dalle prime discussioni in materia agli inizi degli anni '90. Si veda, infatti, A. MANNA, *L'ammissibilità di un c.d. concorso "esterno" nei reati associativi, tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, cit., p. 1189 ss.

determinatezza per il logico assunto per il quale il più contiene in sé il meno. La legalità prevista dalla Convenzione nasce proprio allo scopo di garantire omogeneamente un minimo comune denominatore di diritti di civiltà giuridica: se si viola il minimo comune, *de plano* sarà implicitamente violato il massimo.

Così si esprime, in un saggio interessante sull'argomento, anche Massimo Donini. Il *decisum* Contrada giunge a sanzionare l'atteggiamento di "uno Stato assente, negligente e colluso": "la Corte EDU, mescolando un po' di imprevedibilità, incertezza e carenza di tipicità ha applicato al diritto non tassativo e incerto la sanzione di quello imprevedibile perché nuovo e retroattivo". La Corte europea si rende conto che il giudice italiano ha creato un nuovo reato surrettiziamente, utilizzando uno "specchio per le allodole", la norma "vuota" concorsuale per poi dare vita a un perdurare annoso di incertezza applicativa sul contenuto reale dell'incriminazione, a condanne e processi in violazione di principi di civiltà giuridica, tra i quali il diritto di difesa dinanzi a capi di imputazione generici e indeterminati, a condanne per fatti una volta ricompresi nella fattispecie e alle sezioni unite successive espunti. Uno stato di cose insostenibile in cui "l'imprevedibilità sostanziale del diritto sfuma dentro all'incertezza permanente del tipo", così evidenziando un difetto sistemico di tipicità, in violazione dell'art. 25 Cost. per difetto di tipicità e tassatività della norma penale.

In sostanza si è verificato ciò che sarebbe opportuno mai si verificasse. Qualcuno dall'esterno, resosi conto di una situazione insostenibile e da troppo tempo irrisolta, ha deciso – fortunatamente per la tenuta del sistema – di prendere in mano le redini della questione con una sentenza che, correttamente scrive Massimo Donini, "mette in mora il sistema giuridico italiano" davanti all'irresponsabilità latente del legislatore e di un interprete slegato, non legittimato democraticamente, sottoposto – soltanto apparentemente – alla legge. Una sentenza di un giudice sovranazionale che richiama all'ordine il sistema perché rispetti non solo la Convenzione, ma i *suoi* principi: dalla riserva di legge, alla tassatività, passando per la soggezione del giudice soltanto alla legge.

Contrada accende i fari sullo stato della giustizia italiana e sulle sue ipocrisie con il merito di "averci indicato un ulteriore costo dei contrasti giurisprudenziali in

seno alla Corte di Cassazione”⁶⁸, sul quale l’interprete interno non aveva sufficientemente riflettuto. Una “perenne emergenza”⁶⁹ che si accompagna a due stati d’animo contrastanti. La rassegnazione e lo scoramento per l’incapacità del sistema di provvedere a sé autonomamente e di “fare i compiti a casa” senza esporsi a rimproveri “sovranazionali”⁷⁰, ma anche il conforto che “ci sia pure un giudice...a Strasburgo”, perché possa garantire ciò che più conta e dà ragione all’esistenza stessa del diritto, la garanzia effettiva dei diritti inviolabili uomo.

4. Uno sguardo alle conseguenze pratiche: gli effetti di *Contrada*.

La vicenda “europea” *Contrada* apre un ambito di riflessione di fondamentale importanza per l’interprete italiano in materia di conseguenze pratiche che possono – o devono – derivare dalla decisione dei giudici di Strasburgo. Si tratta di un argomento di fondamentale importanza per l’interprete italiano, il quale ha un forte interesse a capire quanto l’impatto della Corte europea possa essere rilevante sull’ordinamento interno, così come altissimo, per ovvie ragioni facilmente intuibili, è l’interesse di coloro i quali sono direttamente interessati all’esito del giudizio di illegittimità convenzionale pronunciato da Strasburgo.

La portata dirompente di *Contrada* si può apprezzare da un duplice angolo prospettico, poiché la stessa può essere vista come una semplice decisione che richiede di esprimere i suoi effetti sul caso concreto risolto e, al più, sui casi identici non oggetto della decisione europea ma può anche essere vista come espressione di diritto prodotto dalla Corte di Strasburgo e, come tale, essere idonea a incidere sull’ordinamento interno al di là del caso oggetto di discussione per orientare l’interprete nell’applicazione quotidiana del diritto ai casi concreti e futuri. In breve, di seguito, si analizzano gli effetti di *Contrada* su *Contrada* e sui “fratelli minori”, partendo dal presupposto concettuale che trattasi di rispettare e dare esecuzione a una sentenza emessa da un meccanismo di controllo

⁶⁸ In questi termini, F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani*, cit., p. 9.

⁶⁹ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, 2000.

⁷⁰ “Perché dobbiamo attendere sanzioni da Strasburgo o da Lussemburgo per riscoprire i nostri principi?”, in M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, cit., p. 371.

sovrana nazionale le cui pronunce sono vincolanti per lo Stato. Dall'altro, si analizzano i possibili effetti di *Contrada* sull'ordinamento interno, qui partendo dal presupposto secondo cui ogni sentenza contribuisce a formare quella giurisprudenza di Strasburgo, tassello fondamentale del sistema convenzionale senza il quale la Convenzione non potrebbe sopravvivere e al quale lo stesso giudice delle leggi italiano ha ripetutamente attribuito rango di fonte *sub* – costituzionale, idonea, dunque, a condizionare l'interprete nazionale nella sua quotidiana attività di applicazione del diritto. Come può agevolmente comprendersi, sebbene il tema dell'esecuzione delle sentenze sui condannati e sui “fratelli minori” sia sicuramente rilevante per le sorti degli interessati, sono gli effetti sull'ordinamento interno a interessare maggiormente l'interprete per le conseguenze che una lettura “europea” della legalità può avere sui principi basilari della legalità interna e sull'applicazione futura del diritto nei tribunali italiani.

4.1 Gli effetti su Contrada e sui “fratelli minori”.

Prima di svolgere un'analisi sulle possibili modalità di attuazione della sentenza nei confronti del ricorrente e dei “fratelli minori”, è opportuno preliminarmente inquadrare l'ambito in cui collocare le riflessioni cui sono giunti, già all'indomani della decisione “europea”, diversi studiosi della materia, tramite alcuni assunti di base da cui prendere le mosse, inerenti all'obbligo di rispettare la CEDU, alle modalità di esecuzione delle sentenze e di adattamento dell'ordinamento interno al fine di sanare i difetti rilevati da Strasburgo⁷¹. Soltanto all'esito di questa breve digressione sarà possibile individuare gli strumenti più adatti per Bruno Contrada e i suoi “fratelli minori”, ponendo a confronto le ipotesi prospettate in dottrina.

È opportuno, altresì, aggiungere che il campo di riflessione cui si è giunti in questa parte del lavoro sembra aver assunto una sua linearità soltanto di recente, tramite un apporto decisivo di alcuni *dicta* della Corte Costituzionale⁷² e della

⁷¹ Per una prima esposizione delle questioni suddette, S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 744 ss.

⁷² Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3299 ss.; Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, in *Giur. Cost.*, 2013, p. 2949 ss.

Corte di Cassazione⁷³, rispettando quella tradizione “italica” sicuramente non auspicabile in base alla quale il potere giudiziario si trova puntualmente costretto a prendere in mano le redini delle questioni problematiche dinanzi alla perdurante inerzia del legislatore. *In medias res*, si possono enunciare sinteticamente alcune considerazioni all’interno delle quali collocare la vicenda *Contrada*.

La Convenzione europea dei diritti dell’uomo – di seguito CEDU – costituisce un classico esempio di trattato internazionale cui l’Italia ha deciso di aderire in sede internazionale e di eseguire nell’ordinamento interno con la legge di ratifica 4 agosto 1955, n. 848⁷⁴. Conseguenza immediata è il rispetto degli obblighi derivanti dall’adesione alla CEDU, compreso il rispetto delle sentenze pronunciate dall’organo giurisdizionale, la Corte di Strasburgo, interprete naturale del trattato e giudice chiamato a pronunciarsi sulle violazioni “nazionali” dei diritti convenzionalmente riconosciuti. Non sono rare le ipotesi di violazioni riscontrate nell’ordinamento italiano, ciò nondimeno, tutt’oggi sembra ancora non essere abbastanza sedimentato il principio secondo il quale *pacta sunt servanda* e in particolare, che le sentenze, anche se provenienti da Strasburgo e non da Roma, vanno rispettate⁷⁵. In questo senso si esprime, con estrema chiarezza, la CEDU agli artt. 41 – 46, nei quali si legge che “le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti”, predisponendo, altresì, un meccanismo complesso per il controllo dell’esecuzione da parte degli Stati affidato ad un Comitato dei Ministri, il quale è tenuto a sorvegliare sulla corretta interpretazione degli obblighi derivanti dalle sentenze e alla verifica degli adempimenti “nazionali”. A completare il quadro normativo, l’art. 41 CEDU conferma il dovere di dare seguito alle sentenze “europee”, poiché “se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell’Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale

⁷³ Cass. pen., 1 dicembre 2006, *Dorigo*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1441 ss.; Cass. pen., 12 novembre 2008, *Drassich*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1457 ss.; Cass. pen., Sez. Un., 7 maggio 2014, *Ercolano*, in *penalecontemporaneo.it*; Cass. pen., Sez. Un., 14 ottobre 2014, *Gatto*, in *penalecontemporaneo.it*; Cass. pen., Sez. Un., 12 febbraio 2015, *Basile*, in *penalecontemporaneo.it*.

⁷⁴ M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Terza edizione, Napoli, 2001, p. 39 ss.; G. RAIMONDI, *Il Consiglio d’Europa e la Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Napoli, 2005, p. 87 ss.

⁷⁵ Una presa di posizione in tal senso si rinviene in F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani*, cit., p. 4.

violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa"⁷⁶. Quanto appena riportato, fino a prova contraria, è diritto vigente nell'ordinamento italiano, così come storicamente ricordano le sentenze "gemelle" della Corte Costituzionale, le quali ebbero il merito di ricordare all'interprete italiano che il diritto convenzionale è diritto interno vigente con rango *sub* costituzionale⁷⁷, sicchè, onde evitare che alle violazioni riscontrate nelle decisioni si aggiunga la violazione degli articoli appena citati, è opportuno che gli Stati si adoperino per il rispetto della Convenzione. Ma più che sulla vincolatività e sull'obbligo di eseguire le sentenze di Strasburgo, caratteri sui quali non sembra opportuno porsi ancora dubbi, conviene comprendere gli effetti e le misure che esse possono comportare negli ordinamenti interni. Per quanto riguarda gli effetti, la casistica insegna che essi possono essere diretti oppure indiretti. I primi consistono nella dichiarazione di una violazione della Convenzione o di uno dei suoi Protocolli e, se del caso, nell'equa soddisfazione accordata alla parte lesa, ovverosia in una forma di risarcimento del danno morale e materiale subito dalla vittima della violazione, compreso, altresì, il rimborso delle spese processuali che ella ha dovuto sobbarcarsi per difendersi dinanzi ai giudici nazionali e sovranazionali. Non costituiscono però un elemento problematico tali effetti, ma quelli generalmente definiti come indiretti, sui quali si soffermano maggiormente e costantemente i giudici di Strasburgo in ogni *decisum*⁷⁸. Si tratta di misure necessarie a rimuovere, per quanto ancora possibile, gli effetti della violazione (misure individuali) e quelle necessarie ad impedire che la violazione si verifichi nuovamente (misure generali) : su di esse, non v'è dubbio, si gioca la credibilità e l'effettività dell'intero sistema convenzionale. Non v'è chi non veda che, se l'equa soddisfazione garantisce un semplice risarcimento del danno in via sussidiaria, ovverosia quando non si possibile materialmente una *restitutio in integrum*, sono le misure individuali e generali a consentire l'effettivo rispetto dei diritti "convenzionali", nonché la realizzazione di un *minimum* di tutela dei diritti umani

⁷⁶ A. BULTRINI, *Il meccanismo di protezione dei diritti fondamentali istituito dalla CEDU*, cit., p. 42 ss.; nella giurisprudenza della Corte EDU, significativi assunti si rinvencono in Corte eur. dir. uomo, 22 giugno 2004, *Broniowski c. Polonia*, § 188 – 194.

⁷⁷ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 349, cit.

⁷⁸ Corte eur. dir. uomo, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia n.2*, § 146 – 155; Corte eur. dir. uomo, 13 luglio 2000, *Scozzari e Giunta c. Italia*, § 249 – 250.

in tutto lo spazio “europeo”. Ciò può avverarsi sia tramite quelle misure che consentono alla vittima il ripristino della situazione antecedente, come se la violazione non si fosse mai verificata, sia tramite quelle misure “generali” che eliminano dall’ordinamento difetti strutturali e sistemici che avrebbero altrimenti prodotto violazioni sistematiche e durevoli della Convenzione, così ingolfando l’attività della Corte con innumerevoli ricorsi individuali e creando un notevole dispendio economico per gli Stati in risarcimenti di danni ai ricorrenti⁷⁹.

In questo senso, si riportano alcuni passi di un *leading case* in materia, già citato, il caso Scozzari e Giunta contro Italia, in cui la Corte offre una descrizione precisa e dettagliata degli obblighi derivanti ai sensi degli artt. 41 – 46 CEDU, poiché, scrivono da Strasburgo, quando la Corte constata una violazione, “lo Stato convenuto è chiamato non solo a versare agli interessati le somme accordate a titolo di equa soddisfazione ma anche di scegliere, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, le misure generali e/o, se del caso, individuali da adottare nel suo ordine giuridico interno allo scopo di porre fine alla violazione constatata dalla Corte e di rimuoverne per quanto possibile le conseguenze”. Si deve, altresì, completare il quadro poiché, la Corte tiene a precisare che “lo Stato convenuto rimane libero [...] di scegliere i mezzi con cui adempiere il suo obbligo giuridico rispetto all’art. 46 della Convenzione a condizione che tali mezzi siano compatibili con le conclusioni contenute nella sentenza della Corte”. Si profila, dunque, quella che un civilista definisce come “obbligazione di risultato”⁸⁰: lo Stato convenuto deve eseguire la sentenza di condanna tramite un risarcimento del danno e, se possibile, attuando le misure necessarie per ripristinare la situazione antecedente ed evitare altre condanne da Strasburgo, con i mezzi che ritiene più opportuni. Non interessa il come, ma solo il se lo Stato rispetta la sentenza. Così, a titolo esemplificativo, tra le misure individuali, si possono riportare gli istituti

⁷⁹ In questa direzione, si inserisce il meccanismo delle “sentenze pilota”, oggi previsto dall’art. 61 Regolamento della Corte EDU: trattasi di uno strumento processuale che estende gli effetti di una sentenza europea a tutti i casi analoghi dal momento che evidenzia l’esistenza di un difetto strutturale che lo Stato deve impegnarsi a eliminare onde evitare una sistematica violazione della CEDU e, di conseguenza, una molteplicità di identiche condanne. Per un’esposizione dell’istituto, Cass. pen., 6 novembre 2014, *Scandurra*, in *C.E.D. Cass.* (rv. 261690).

⁸⁰ Per rimanere in ambito internazionalistico, il medesimo meccanismo si rinviene nell’attuazione delle direttive dell’Unione Europea negli ordinamenti interni, “obblighi di risultato” affidati agli Stati, i quali rimangono liberi di raggiungere quanto richiesto con gli strumenti da essi ritenuti più idonei allo scopo. Si rinvia per ulteriori specificazioni a U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell’Unione europea*, Terza edizione, Bari, 2013, p. 281 ss.

diretti alla riapertura di un processo già definito, la revoca di condanne definitive e altri strumenti processuali generalmente idonei a superare il giudicato, poiché, strutturalmente, ai sensi dell'art. 35 CEDU, il ricorrente può adire la Corte soltanto dopo che siano esaurite le vie di ricorso interne⁸¹. Tra le misure generali, invece, a titolo esemplificativo, si menzionano le modifiche legislative, mutamenti giurisprudenziali, prassi amministrative, purché siano idonee ad eliminare dall'ordinamento una situazione strutturale implicante una perdurante violazione della Convenzione. Non interessa alla Corte chi debba procedervi, se il legislatore oppure la giurisprudenza, purché qualcuno provveda. Già da qui si intravedono le prime crepe del ragionamento, in relazione all'ordinamento italiano. Secondo le ricostruzioni proposte dalla dottrina, sembra che la situazione non sia stata di facile risoluzione, poiché l'ordinamento italiano non si è immediatamente posto nelle condizioni di poter eseguire integralmente le sentenze di condanna "europee"⁸². Il compito spettante al legislatore nazionale sarebbe stato di procedere alla creazione di strumenti processuali idonei a travolgere il giudicato per uniformare l'ordinamento al rispetto delle condanne "europee". Non ha proceduto in tal senso il legislatore, ma come spesso avviene quando il Parlamento latita, la Corte di Cassazione ha ritenuto in diversi casi che le sentenze dovessero essere eseguite "anche se il legislatore abbia ommesso di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo ad istaurare il nuovo processo"⁸³. Quasi a dire, non si possono far ricadere sui cittadini le conseguenze negative derivanti dall'inerzia del Parlamento. Nella casistica riportata, da *Dorigo* a *Drassich*, il giudice italiano ha attuato le decisioni attraverso gli strumenti processuali disponibili, spesso applicati analogicamente o comunque allargandone le maglie di applicazione, fino a giungere alla pronuncia storica della Corte Costituzionale 7 aprile 2011, n. 113, "additiva di istituto"⁸⁴, poiché dichiara

⁸¹ Trattasi del c.d. principio di sussidiarietà, secondo il quale il ricorrente non può ricorrere alla Corte EDU prima di aver dato la possibilità agli Stati di rimediare alle pretese violazioni della CEDU nel quadro del loro ordine giuridico interno, evitando, così la condanna da parte del giudice sovranazionale. Per un'esposizione più dettagliata della *ratio*, A. BULTRINI, *Il meccanismo di protezione dei diritti fondamentali istituito dalla CEDU*, cit., p. 6 – 7.

⁸² G. LATTANZI, *Aspetti problematici dell'esecuzione delle sentenze della Corte EDU in materia penale*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3192.

⁸³ *Cass. pen.*, 1 dicembre 2006, *Dorigo*, cit.

⁸⁴ M. GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte Costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3308 ss.

l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. “nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo”. Un esempio paradigmatico di misura individuale, la c.d. revisione europea, idonea a consentire la *restitutio in integrum* del ricorrente, in particolare nei casi di violazioni di carattere processuale, ai sensi dell'art. 6 CEDU. Ma, come scrive la dottrina maggioritaria, la suddetta revisione può coprire soltanto alcune tipologie di violazioni convenzionali, non ogni ipotesi riscontrata da Strasburgo. Per tutti i casi in cui riaprire un processo già definito risulta un inutile spreco processuale, la giurisprudenza non si è trincerata dietro l'inesistenza di strumenti legislativi *ad hoc*, nella convinzione che “negare un intervento [...] significherebbe far cadere sul soggetto ingiustamente condannato le colpe dell'inerzia legislativa, oltre che rinnegare la precettività della CEDU e la forza vincolante della decisione della Corte europea”⁸⁵.

Prima di verificare quali siano gli strumenti più idonei per attuare le decisioni della Corte europea, bisogna soffermarsi su di un ulteriore aspetto della questione: se il giudice nazionale possa direttamente attuare i *dicta* “europei” al caso concreto disapplicando anche il diritto interno contrastante e superando il giudicato oppure se debba tentare di interpretare in modo convenzionalmente orientato il diritto interno e, in caso risulti impossibile, sollevare questione di legittimità costituzionale della normativa interna in relazione all'art.117 co. 1 Cost. Sul punto, sembra che la giurisprudenza maggioritaria propenda per la prima soluzione⁸⁶, in particolar modo sulla base di un “titolo esecutivo europeo”, così come argutamente lo definisce Francesco Viganò⁸⁷, ove “la norma del caso concreto” ivi contenuta si sostituisce alla normativa interna precedentemente applicabile, in forza dell'art. 46 CEDU che obbliga gli Stati a dare esecuzione alla decisione. In sostanza la decisione “europea” diventa la norma del caso concreto

⁸⁵ G. GRASSO, F. GIUFFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *penalecontemporaneo.it*, p. 8.

⁸⁶ Cass. pen., 11 febbraio 2010, *Scoppola*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3389 ss.

⁸⁷ F. VIGANÒ, *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, in *penalecontemporaneo.it*, p. 2.

da applicare al di fuori di qualsiasi rapporto con altre normative interne contrastanti⁸⁸. Maggiori discussioni investono, invece, la scelta dei mezzi processuali per dare attuazione alle sentenze, le quali, peraltro, come già accennato, intervengono su situazioni “definite”, necessariamente passate in giudicato in virtù della condizioni di proposizione del ricorso “europeo” previste dall’art. 35 CEDU. Si tratta di strumenti processuali che incidono su situazioni “definite”, scardinando il dogma dell’intangibilità del giudicato. Rinviamo alle note per un’esemplificazione delle soluzioni prospettate dalla giurisprudenza⁸⁹, al fine di non appesantire eccessivamente tale aspetto generale della *quaestio iuris*, la dottrina è pervenuta a una *summa divisio* che consente di suddividere con un discreto livello di precisione gli strumenti più idonei per sanare le violazioni riscontrate in ambito “europeo”⁹⁰. Da un lato le violazioni di carattere processuale, ad esempio quelle riguardanti l’art. 6 CEDU in materia di equo processo, sanabili con la riapertura del processo perché esso sia nuovamente celebrato depurato da tutte le violazioni riscontrate in sede convenzionale; dall’altro le violazioni di carattere sostanziale, ad esempio quelle riguardanti l’art. 7 CEDU in materia di legalità della norma penale, le quali invece sarebbero sanabili intervenendo sulla fase esecutiva della pena, poiché non sarebbe utile riaprire un processo paradossalmente anche celebrato in forma legittima ma sulla base di norme sostanziali contrarie alla Convenzione. Si tratta di casi in cui la pena non sarebbe illegittima perché derivante da un processo illegittimo, ma casi in cui la pena è illegittima in sé proprio perché basata su norme convenzionalmente illegittime. È sufficiente dunque procedere alla revoca della pena inflitta oppure alla rideterminazione della pena se soltanto una parte di essa

⁸⁸ Diffusamente si rinviengono posizioni in tal senso, su tutti, G. LATTANZI, *Aspetti problematici dell’esecuzione delle sentenze della Corte EDU in materia penale*, cit., p. 3200 – 3201.

⁸⁹ Dall’ampia casistica rinvenibile nelle riviste scientifiche, si desume che la giurisprudenza italiana ha utilizzato, in assenza di meccanismi processuali *ad hoc*, strumenti già esistenti allargandone le maglie applicative, come evidenziano i casi Drassich e Scoppola, nei quali la Cassazione ha ritenuto opportuno applicare l’art. 625 *bis* c.p.p. pur non trattandosi di casi in cui era necessario correggere una sentenza del giudice di legittimità “per errori materiali o di fatto”, così, egualmente anomala, risultava l’applicazione dell’art. 670 c.p.p. nel caso Dorigo, in materia d’ineseguibilità del giudicato, laddove non si trattava di sospendere l’eseguibilità ma di riaprire un processo celebrato in modalità non conformi all’art. 6 CEDU.

⁹⁰ G. GRASSO, F. GIUFFRIDA, *L’incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, cit., p. 18 ss., i quali tengono ad avvertire il lettore che trattasi di una suddivisione di massima, dovendo verificare caso per caso quale sia lo strumento più idoneo al caso concreto sottoposto all’attenzione dei giudici.

risulta illegittima, tramite un semplice incidente di esecuzione ai sensi dell'art. 666 c.p.p. dinanzi al giudice dell'esecuzione, competente a garantire la legalità della pena in qualsiasi momento, dall'irrogazione alla completa espiazione di essa, salvo che non si rendano necessarie valutazioni ampiamente discrezionali sulle quali il giudice dell'esecuzione non detiene alcuna competenza⁹¹.

Due esempi su tutti servono per completare il quadro teorico appena descritto e dare contezza della bontà di quanto ormai generalmente acclarato dalla dottrina italiana. Paolo Dorigo veniva condannato per vari reati dall'autorità giudiziaria italiana sulla base delle dichiarazioni predibattimentali rese da tre coimputati che non erano stati poi esaminati nel dibattimento perché si erano avvalsi della facoltà di non rispondere. Adita la Corte EDU, il ricorrente lamentava una violazione dell'art. 6 CEDU, in materia di giusto processo, per i motivi suddetti, ottenendo l'accoglimento del ricorso e la condanna dello Stato italiano. In questo contesto, trattandosi di una violazione di evidente carattere processuale, sembra chiaro che una *restitutio in integrum* possa realizzarsi tramite una riapertura del processo, ovvero sia consentendo una revisione della sentenza passata in giudicato e la ricorrenza del processo nel rispetto di tutte le garanzie richieste come necessarie per un giusto processo. Non è la pena in sé illegittima, ma la pena così come derivante da quel processo, così com'era stato celebrato⁹². Alle medesime conclusioni, può giungersi dalla lettura dei casi Somogyi e Drassich, nei quali i ricorrenti subendo un chiaro *vulnus* al diritto di difesa nel processo penale, possono essere reintegrati dalla violazione attraverso una ricelebrazione di un "giusto processo", perché ivi possano difendersi nel rispetto dei diritti previsti dalla Convenzione⁹³.

Diversamente, Franco Scoppola veniva condannato dall'autorità giudiziaria italiana alla pena dell'ergastolo in luogo di quella dei trenta anni di reclusione,

⁹¹ Cass. pen., Sez. Un., 14 ottobre 2014, *Gatto*, cit., in cui si rinviene un quadro complessivo dei poteri spettanti al giudice dell'esecuzione, da considerarsi ampi ma non fino al punto di consentire di effettuare valutazioni sulla responsabilità penale del condannato, né valutazioni che si pongano in contraddizione con quanto deciso dal giudice della cognizione, né valutazioni eccessivamente discrezionali e poco vincolate dalla norma o dal *decisum* giurisdizionale. Resta il dato inconfutabile che il giudice dell'esecuzione possiede gli strumenti – anche se impliciti – per sanare eventuali illegittimità della pena nei casi in cui sia emessa in violazione dei diritti fondamentali della persona.

⁹² Comm. eur. dir. uomo, 9 settembre 1998, *Dorigo c. Italia*.

⁹³ Corte eur. dir. uomo, 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia*; Corte eur. dir. uomo, 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*.

vigente al momento in cui l'imputato aveva optato per il rito abbreviato. Adita la Corte EDU lamentando la violazione dell'art. 7 CEDU, per avere, i giudici interni, applicato, fra le leggi succedutesi, quella più sfavorevole al ricorrente, ottiene la condanna dello Stato italiano. In questo caso, la violazione riscontrata è di carattere sostanziale: il ricorrente doveva essere condannato alla pena dei trenta anni e non a quella dell'ergastolo, il giudice italiano ha applicato erroneamente una legge sostanzialmente penale che non avrebbe potuto applicare perché retroattiva. Conseguenza logica è l'inutilità di riaprire un processo, potendo più celermente il giudice dell'esecuzione provvedere secondo quanto ritenuto corretto dalla Corte di Strasburgo, ovverosia la rideterminazione della pena nel *quantum* già rigidamente indicato dai giudici "europei", la reclusione di trenta anni, così come prevedeva la legge più favorevole vigente al momento della scelta di rito⁹⁴.

Inutile citare nel dettaglio ulteriori casi, basti qui soltanto accennare ad esempio, a *Sud Fondi* e *Varvara*⁹⁵, nei quali l'esecuzione della sentenza "europea" si sostanzia nella semplice revoca di una sanzione "sostanzialmente" penale convenzionalmente illegittima inflitta ai ricorrenti. Non serve riaprire un processo, per ragioni di celerità e di economia processuale: basta soltanto revocare la sanzione della confisca, inutilmente afflittiva per gli imputati assolti o prescritti.

Per concludere sul punto, lo strumento processuale utilizzabile varia in base alla tipologia di violazione riscontrata dalla Corte di Strasburgo: le violazioni di carattere processuale tendono ad essere emendate con l'istituto della "revisione europea", così come disegnata dalla sentenza della Corte Costituzionale nel caso Dorigo, mentre le altre violazioni sarebbero emendabili tramite l'incidente di esecuzione laddove è utile riportare come la Corte di Cassazione ribadisca che "nel nostro ordinamento, sono riconosciuti alla giurisdizione esecutiva ampi margini di manovra, inclusivi di certi poteri valutativi, giacché penetranti poteri di accertamento e valutazione, ben più complessi di quelli richiesti da un giudizio di comparazione tra circostanze [...]. Una volta che la legge processuale demanda al

⁹⁴ Corte eur. dir. uomo, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia* n. 2, § 154, in cui i giudici di Strasburgo indicano che l'Italia, per garantire un'adeguata *restitutio in integrum* al ricorrente, deve "assicurare che la pena dell'ergastolo inflitta al ricorrente sia sostituita con una pena conforme ai principi enunciati nella presente sentenza, ossia una pena non superiore a quella della reclusione di anni trenta".

⁹⁵ Corte eur. dir. uomo, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi c. Italia*; Corte eur. dir. uomo, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*.

giudice una determinata funzione” – controllo costante della legittimità della pena – “allo stesso giudice è conferita la titolarità di tutti i poteri necessari all’esercizio di quella medesima funzione”⁹⁶. Non soltanto al giudice dell’esecuzione spetta garantire la legalità della pena ma, altresì, il rispetto dell’art. 27 co. 3 Cost. “dal momento dell’irrogazione a quello della sua esecuzione”: non potrebbe essere in alcun modo rieducativa una pena che la Corte EDU ha considerato come convenzionalmente illegittima⁹⁷.

Ampia rilevanza assume la problematica dei “fratelli minori” del ricorrente alla Corte europea, ossia coloro i quali non hanno proposto ricorso individuale alla Corte di Strasburgo, *ex art. 34 CEDU*, ma trovandosi nella medesima situazione del ricorrente, chiedono che la sentenza “europea” espliciti i suoi effetti anche nei loro confronti. Il problema, sorto all’indomani della sentenza *Scoppola c. Italia*, n. 2, si profilava nei seguenti termini: se un soggetto che si trovi nella medesima condizione del ricorrente possa adire un giudice dell’esecuzione e chiedere che gli effetti della sentenza europea possano esplicarsi anche nei suoi confronti, pur in assenza di un “titolo esecutivo europeo” del caso specifico, ciononostante travolgendo il giudicato. Dai fratelli che erano stati condannati all’ergastolo pur avendo optato per il rito abbreviato quando era vigente la legge favorevole intermedia, la legge 16 dicembre 1999, n. 479, ma non avevano adito la Corte EDU, a quelli che erano stati condannati per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa per fatti avvenuti prima del 1994, non avendo adito mai la Corte europea. Si ritiene opportuno immediatamente sgombrare il campo da qualsiasi dubbio: la categoria dei “fratelli minori” si rinviene esclusivamente in casi di riscontrate violazioni di carattere sostanziale, attinenti all’esistenza di un problema sostanziale e tendenzialmente di carattere generale che affligge l’ordinamento, giammai nei casi di violazioni processuali, eccessivamente legate alla specificità del caso concreto e inidonee a estendere i loro effetti oltre il caso oggetto della decisione europea⁹⁸. Ne deriva l’accostamento dei “fratelli minori”

⁹⁶ Cass. pen., Sez. Un., 6 febbraio 2006, *Catanzaro*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1342 ss.

⁹⁷ In tal senso, in giurisprudenza, Cass. pen., Sez. Un., 7 maggio 2014, *Ercolano*, cit., p. 14.

⁹⁸ “Si tratta, com’è chiaro, di una conclusione che riguarda esclusivamente l’ipotesi in cui si debba applicare una decisione della Corte europea in materia sostanziale, relativa a un caso che sia identico a quello deciso e non richieda la riapertura del processo, ma possa trovare direttamente un rimedio in sede esecutiva. Le stesse sezioni unite hanno avvertito che diverso è il caso di una pena

alla complessa tematica delle misure generali e delle “sentenze pilota” della Corte europea, ossia a tutti quei casi in cui, rinvenendosi “cronicità sistematiche” e/o difetti strutturali in una normativa interna, la Corte decide di pronunciare una sentenza che abbia la capacità di esplicare effetti a casi identici che si possano profilare nell’ordinamento. Così, per le “sentenze pilota”, la Corte indica misure generali che lo Stato deve adottare entro un certo termine per adeguarsi al rispetto della Convenzione, ma vi sono numerosi casi nei quali, pur non definendosi “pilota”, le sentenze esprimono l’opportunità di adottare misure generali proprio perché la violazione riscontrata è idonea a rinvenirsi in una molteplicità di casi diversi da quello sottoposto alla sua attenzione⁹⁹. Ergo, il *modus agendi* della Corte presuppone l’esistenza dei “fratelli minori” da tutelare tramite una legislazione correttiva e immediatamente, per i casi già implicati, tramite l’incidente esecutivo per casi identici che richiedano *in executivis* l’applicazione dei principi delineati dalla Corte di Strasburgo. Sul punto, la soluzione è stata prospettata dalle Sezioni Unite Ercolano, le quali, all’esito di un complesso *iter* giudiziario, passando anche dalla Corte Costituzionale con la sentenza 18 luglio 2013, n. 210, affermavano che il giudice dell’esecuzione può procedere, nei confronti dei “fratelli minori” tramite l’incidente di esecuzione, per dare seguito al contenuto di una sentenza “europea” purchè sussistano quattro condizioni: “a) la questione controversa deve essere identica a quella decisa dalla Corte EDU; b) la decisione sovranazionale, alla quale adeguarsi, deve avere rilevato un vizio strutturale della normativa interna sostanziale, che definisce le pene per determinati reati [...]; c) la possibilità di interpretare la normativa interna in senso convenzionalmente orientato ovvero, se ciò non è praticabile, la declaratoria di incostituzionalità della medesima normativa; d) l’accoglimento della questione sollevata deve essere l’effetto di una operazione sostanzialmente ricognitiva e non

rivelatasi illegittima, esclusivamente perché inflitta all’esito di un giudizio ritenuto dalla Corte EDU non equo ai sensi dell’art. 6 CEDU: in queste ipotesi l’apprezzamento, vertendo su eventuali *errores in procedendo* e implicando valutazioni strettamente correlate alla fattispecie specifica, non può che essere compiuto caso per caso, con l’effetto che il giudicato interno può essere posto in discussione soltanto di fronte ad un vincolante *dictum* della Corte di Strasburgo sulla medesima fattispecie”, Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, cit., p. 2949 ss.

⁹⁹ G. GRASSO, F. GIUFFRIDA, *L’incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, cit., p. 28, in cui le violazioni di diritto penale sostanziale vengono qualificate come aventi una naturale “vocazione *erga omnes*”, per il loro carattere fisiologicamente espansivo ai casi identici non oggetto della decisione “europea”.

deve richiedere la riapertura del processo”¹⁰⁰. Così, *in primis*, il “fratello minore” ha il diritto a che la sentenza della Corte di Strasburgo espliciti i suoi effetti *in bonam partem* anche nei suoi confronti, purchè la situazione sia identica a quella del ricorrente, non essendo tollerabile che un soggetto continui ad espiare una pena ritenuta convenzionalmente illegittima, altresì per rispetto degli artt. 3 – 27 co.3 Cost., poiché, da un lato, emergerebbe un’ingiustificabile disparità di trattamento tra il ricorrente “europeo” e i suoi “fratelli minori”, essendo tale una differenziazione operata soltanto alla luce del fatto che il ricorrente abbia esperito un ricorso alla Corte europea nei termini previsti dalla Convenzione; dall’altro, emergerebbe una violazione della finalità rieducativa della pena, poiché, non v’è chi non veda, come una pena rivelatasi convenzionalmente illegittima possa essere considerata rieducativa per il condannato costretto a subire una pena percepita certamente come ingiusta. Né potrebbe obiettarsi qualcosa in merito alla tutela del giudicato nel processo penale. Come argutamente afferma Francesco Viganò¹⁰¹, l’intangibilità del giudicato in materia penale costituisce un valore fondamentale di tutela del singolo soltanto nelle situazioni sfavorevoli al condannato, ovverosia esso si concentra nel principio generalmente riconosciuto del *ne bis in idem*, che implica il divieto per lo Stato di azionare una seconda volta la pretesa punitiva statale una volta che il suo potere si sia consumato, al fine di evitare che sull’individuo sia sempre pendente la scure di un processo o di una pena. Ma all’opposto, tutelare l’intangibilità del giudicato nelle situazioni favorevoli all’individuo non ha ragione di essere considerato un valore fondamentale per lo Stato, ma tutt’al più, un’esigenza di economia processuale

¹⁰⁰ Cass. pen., Sez. Un., 7 maggio 2014, *Ercolano*, cit., p. 20 – 21.

¹⁰¹ F. VIGANÒ, *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *penalecontemporaneo.it*, p. 5 – 6; alla medesima conclusione perveniva già mezzo secolo fa, Giovanni Leone, nella prolusione al corso di Procedura Penale presso l’Università di Roma nell’aprile 1956. In essa si scorge già un’embrionale apertura a favore della recessività del giudicato dinanzi alla tutela dei diritti fondamentali, poiché, sostiene l’Autore, “se democrazia è il regime della più ampia tutela dei diritti della personalità umana, è evidente che non può tollerare che in situazioni strettamente inerenti alla personalità possa un’esigenza politica, una esigenza cioè afferente all’organizzazione della società, schiacciare una esigenza di giustizia che tocca interessi fondamentali della persona e per ciò stesso un interesse generale della società” (citazione tratta da V. SCARABBA, *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Padova, 2013). In posizione aderente si esprimono le già citate SS.UU. Ercolano, in cui si precisa che “l’istanza di legalità della pena [...] non è ostacolata dal dato formale della c.d. situazione esaurita, che tale sostanzialmente non è, non potendosi tollerare che uno Stato democratico di diritto assista inerte all’esecuzione di pene non conformi alla CEDU e, quindi, alla Carta Costituzionale”, Cass. pen., Sez. Un., 7 maggio 2014, *Ercolano*, cit., p. 14.

per evitare di riaprire processi già definiti e così impiegare ulteriori risorse che potrebbero invece essere risparmiate. Non v'è chi non veda, a questo punto, che il giudicato, per “i fratelli minori” è un diritto cui hanno interesse a rinunciare, per lo Stato una mera esigenza economica che non può che soccombere dinanzi alla necessità di eliminare una violazione in atto di un diritto fondamentale, *sub specie* della libertà personale dell'individuo condannato. In secondo luogo, la violazione riscontrata deve avere carattere sostanziale, poiché la sola idonea a esplicare effetti *erga omnes* nei casi di cronicità sistemiche. In terzo luogo, pare opportuno che il giudice dell'esecuzione non possa dare applicazione automatica alla sentenza, ma debba individuare l'ostacolo normativo da cui è derivata la violazione convenzionale e tentarne un'interpretazione convenzionalmente orientata e, nel caso sia impossibile, sollevare la questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 117 co. 1 Cost. A tal proposito, rilevante appare la differenza tra il ricorrente e i “fratelli minori”: il primo può godere di un “titolo esecutivo europeo” da eseguirsi obbligatoriamente e automaticamente, i secondi non detengono alcun titolo esecutivo e, dunque, non potendo disapplicare il diritto interno solo perché in contrasto con il sistema convenzionale, il giudice deve procedere all'interpretazione del diritto convenzionale applicabile, così come insegnano le sentenze gemelle, al fine di adeguare la normativa interna applicata alla sentenza di Strasburgo oppure, se impossibile, al fine di espellere la norma contrastante tramite un giudizio della Consulta, così come già verificatosi nel caso dei “fratelli minori di Scoppola”¹⁰². In ultimo, il giudizio *in executivis* deve essere meramente ricognitivo, come una rideterminazione aritmetica della pena oppure un *quantum* già rigidamente determinabile *ex lege*, o anche una semplice revoca di una pena illegittimamente irrogata. Mai può trattarsi di una valutazione discrezionale della pena, né tantomeno della responsabilità penale dell'individuo, altrimenti dovendosi utilizzare la revisione “europea”, la quale, come già detto,

¹⁰² In tal senso, si sono orientati i giudici di legittimità e la Consulta nella risoluzione del *leading case* Scoppola e “fratelli minori”. In particolare la Corte di Cassazione, la cui posizione veniva condivisa dalla Corte costituzionale come si evince dal *decisum*, ha ritenuto che all'immediata sostituzione fossero di ostacolo gli artt. 7 – 8 del d.l. 341/2000, che avevano determinato l'applicazione retroattiva della pena dell'ergastolo, e ha sollevato questione di legittimità costituzionale di tali norme, in riferimento agli artt. 3 – 117 co. 1 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU, sul presupposto che, in assenza di un titolo esecutivo europeo, non fosse possibile disapplicare la normativa interna vigente soltanto perché contrastante con il diritto convenzionale.

non è applicabile ai fratelli minori, poiché come strumento calibrato sulla specificità del caso concreto, giammai potrebbe estendersi al di là del caso oggetto di giudizio.

Tenendo a mente le coordinate di base brevemente sopra riportate, si può giungere a tracciare gli effetti di *Contrada* su Contrada e sui “fratelli minori”, considerando che il caso in oggetto presenta una violazione di carattere sostanziale, il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, avendo l’autorità giudiziaria italiana condannato il ricorrente – ed eventuali “fratelli minori” - per un reato – il concorso esterno in associazione mafiosa – non prevedibile al momento dei fatti (1979 – 1988), poiché esso si sarebbe cristallizzato nell’ordinamento italiano soltanto in epoca successiva (1994). *Ergo*, il ricorrente subiva una condanna che non avrebbe dovuto subire per un reato che non sarebbe esistito al momento dei fatti. Sicché, logica conseguenza, la misura individuale, che Strasburgo avrebbe dovuto suggerire nel *decisum*, sarebbe stata l’eliminazione di una condanna ingiusta perché convenzionalmente illegittima. Si consideri, altresì, che, sebbene la pronuncia “europea” non possa considerarsi “pilota”, come ha ribadito la Corte di Appello di Caltanissetta¹⁰³, né contenga indicazioni circa le misure generali che l’ordinamento italiano dovrebbe intraprendere per sanare difetti generali riscontrati dalla Corte EDU¹⁰⁴, sembra evidente che, trattandosi di una violazione di diritto penale sostanziale, essa possa essersi realizzata in plurimi casi ulteriori rispetto a quello sottoposto alla Corte di Strasburgo. *Ergo*, in questa sede si rende opportuno immaginare non solo le sorti del ricorrente, ma anche dei “fratelli minori”. Prima di volgere lo sguardo a essi, occorre soffermarsi sulla situazione del ricorrente, il sig. Bruno Contrada nei confronti del quale la sentenza “europea” deve essere immediatamente eseguita *ipso iure*, non essendo necessario alcun passaggio ulteriore, richiesto, invece, soltanto per coloro che non hanno proposto ricorso individuale a Strasburgo. La situazione del ricorrente appare *prima facie* assai particolare¹⁰⁵, poiché lo stesso ha definitivamente espiato la pena detentiva

¹⁰³ App. Caltanissetta, 17 marzo 2016, *Contrada*, cit., p. 16.

¹⁰⁴ Corte eur. dir. uomo, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia* n.3, § 77, in cui si fa soltanto riferimento agli effetti diretti in materia di equa soddisfazione, senza minimamente accennare alle misure individuali idonee a garantire il ripristino della situazione antecedente.

¹⁰⁵ Il sig. Bruno Contrada veniva condannato, con sentenza passata in giudicato il 10 maggio 2007, alla pena principale di dieci anni di reclusione, all’interdizione in perpetuo dai pubblici uffici, allo

al punto tale che alcuni propenderebbero per l'inutilità di eseguire la pronuncia europea, nonché per l'impossibilità che se ne interessi il giudice dell'esecuzione. In merito a quest'ultimo punto, le Sezioni Unite Gatto già avevano confermato che il giudice dell'esecuzione tanto può intervenire sulla pena fino a quando esista "un rapporto esecutivo che nasce dal giudicato e si esaurisce soltanto con la consumazione o l'estinzione della pena" e quindi, "sino a quando l'esecuzione della pena è in atto, per definizione il rapporto esecutivo non può ritenersi esaurito", cosicché i suoi effetti, se costituzionalmente – ma anche convenzionalmente – illegittimi, debbono essere rimossi. Sull'inutilità di rimuovere la condanna, non si può concordare poiché numerosi potrebbero essere i benefici e le pretese risarcitorie del ricorrente, di cui in nota si propongono alcuni esempi già messi in luce dalla dottrina¹⁰⁶. Sull'impossibilità di agire *in executivis*, non v'è chi non veda, che, seppure la pena principale sia stata espiata totalmente, rimangono in piedi ulteriori effetti negativi della condanna, come ad esempio, la pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici, idonei a mantenere in piedi quel "rapporto esecutivo" richiamato dalle Sezioni Unite Gatto, condizione indispensabile perché il giudice possa intervenire *in executivis*. Sui mezzi processuali utilizzabili, sembra abbastanza chiaro dalle linee guida espresse dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria, come l'unico mezzo esplicitamente diretto all'attuazione delle sentenze "europee", la revisione, così come disegnata dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 113 del 2011, non possa ritenersi il mezzo appropriato poiché, nonostante si tratti di uno strumento indefinito e manovrabile sulla base delle esigenze concrete, ragioni di economia processuale e di celerità, spingono verso l'utilizzo di strumenti processuali

stato di interdizione legale durante la pena e, a pena detentiva espiata, alla misura di sicurezza della libertà vigilata per un tempo non inferiore a tre anni. Lo stesso terminava di espiare la pena detentiva in ottobre 2012, avendo ottenuto una riduzione della pena in conseguenza del calcolo del "presofferto" cautelare, nonché dell'assegnazione dello sconto di pena per buona condotta.

¹⁰⁶ Sussistono diversi effetti secondari non trascurabili che il ricorrente potrebbe avere interesse a vedere eliminati: dalle pretese risarcitorie, in materia di riparazione per errori giudiziari e per ingiusta detenzione, fino ad interessi "endo – penalistici", quali la rimozione dell'ostacolo alla futura fruibilità di eventuali amnistie/indulti, nonché alla sospensione condizionale della pena in caso di ulteriori condanne, fino alla non menzione nel certificato del casellario giudiziale, qualora la condanna successiva, sommata a quella precedente, superi i due anni di reclusione. Per ulteriori effetti "secondari", si rimanda a G. GRASSO, F. GIUFFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, cit., p. 44 – 45; V. MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, cit., p. 1025.

differenti. La revisione “europea” mira ad uno scopo abbastanza chiaro, ovverosia, il garantire al ricorrente di ricomporre lo iato tra “il processo com’è stato e il processo come sarebbe dovuto essere”¹⁰⁷, ma non si tratta del problema che ivi si chiede di risolvere. La pena è ingiusta non perché derivante da un processo ingiusto, ma è tale perché basata sull’interpretazione di norme penali in violazione della Convenzione. Nondimeno, i legali del ricorrente hanno proposto istanza di revisione, non solo “classica”, ovverosia per la scoperta di nuove prove, ma anche per richiedere l’adeguamento all’intervenuta condanna “europea”. Non si conviene con la scelta di Contrada per i motivi teorici anzidetti, ma neanche con le conclusioni cui giunge la Corte di Appello di Caltanissetta. I giudici nisseni, da un lato, rigettano nella forma l’istanza di revisione che, come loro stessi hanno cura di precisare, “non potrebbe avere ad oggetto la riproposizione di tutte le questioni fatte oggetto di accertamento irrevocabile, ma l’unico punto sul quale i giudici europei hanno ritenuto che il giudice nazionale non abbia proceduto a svolgere un approfondito esame, e cioè la violazione della irretroattività e della prevedibilità della legge penale”. In sostanza, non si può riaprire il processo per rivalutare i fatti già accertati, né tantomeno per dare una nuova qualificazione giuridica ai fatti, come pure qualcuno in dottrina ha suggerito¹⁰⁸, ma il giudizio di revisione “potrà vertere quindi solo sulla verifica se Contrada all’epoca in cui attuava le condotte accertate a suo carico poteva conoscere dell’esistenza di tale reato”, e ciò “appare sufficiente perché nella medesima vicenda oggetto della sentenza della Corte EDU ad essa ci si conformi”. Dall’altro, essi stessi si auto - delegano all’accertamento della prevedibilità del Contrada, oggetto dell’eventuale giudizio di revisione, così sovrapponendo il proprio giudizio a quello già svolto di Strasburgo e concludendo per l’infondatezza dell’istanza. Non si può condividere l’atteggiamento della Corte di Appello, poiché essa non avrebbe dovuto compiere alcun giudizio sulla prevedibilità, poiché già compiuto dalla Corte di Strasburgo, la quale sul punto si è già espressa per l’imprevedibilità della norma penale

¹⁰⁷ Sui caratteri della “revisione europea”, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2015, p. 959 ss.

¹⁰⁸ E. NICOSIA, *Il caso Contrada e il concorso esterno in associazione mafiosa davanti alla Corte Europea dei diritti dell’uomo*, cit., p. 4; D. PERRONE, *Stabilizzazione del precedente e principio di colpevolezza: osservazioni sulle ricadute interne della sentenza Contrada*, cit., p. 12.

all'epoca dei fatti¹⁰⁹. Sembra evidente che, a prescindere da giri argomentativi e motivazioni anomale, la sentenza "europea" vada eseguita: "le sentenze quando sono definitive vanno eseguite", anche se costa farlo, anche se verosimilmente errate. A maggiore ragione se provengono da un giudice sovranazionale, cui l'Italia ha volontariamente e liberamente deciso di vincolarsi. Lo strumento processuale adatto non è la revisione – la dottrina, ma anche le suddette vicende giudiziarie suggeriscono di scartare tale ipotesi – ma l'incidente esecutivo, laddove spetta al giudice dell'esecuzione il dovere di garantire la legalità della pena e la sua conformità permanente alla legge. Non serve alcun accertamento, né alcuna valutazione di merito, è sufficiente rimuovere la condanna illegittima tramite la revoca della sentenza di condanna per conformarsi alla sentenza definitiva della Corte di Strasburgo¹¹⁰. Non rileva, dunque, il problema dell'assenza di uno strumento processuale codicistico *ad hoc*, essendo sufficiente a tale fine un'applicazione analogica dell'art. 673 c.p.p. – limitato esclusivamente alla revoca in seguito ad *abolitio criminis* oppure alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma incriminatrice – oppure che un giudice dell'esecuzione sollevi questione di legittimità costituzionale dello stesso articolo in relazione all'art. 46 CEDU, norma interposta rispetto all'art. 117 co. 1 Cost., perché, sulla falsariga della revisione "europea", si pervenga alla creazione di una revoca "europea". Sulle ipotesi qui prospettate si possono avanzare alcuni dubbi che sembrano *prima facie* superabili. In primo luogo, l'applicazione analogica dell'art. 673 c.p.p. appare legittima poiché *in bonam partem*, e in più, non v'è chi non veda, come non possano frapporsi ostacoli "letterali" per eliminare una situazione di perdurante violazione dei diritti fondamentali. In secondo luogo, l'eventualità di una revoca "europea" tramite una sentenza "additiva di istituto", seppure non generalmente apprezzabile per l'eccessiva sovrapposizione politica

¹⁰⁹ Assai critico sull'atteggiamento della Corte di Appello di Caltanissetta, F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani*, cit., p. 4 – 8. Sembra che il giudice italiano non compia un atto di propensione a quel "dialogo tra le Corti" fortemente auspicato da G. SALCUNI, *Il dialogo fra Corti: dalla "giurisprudenza fonte" alla "giurisprudenza argomento"*, cit., p. 838 – 839.

¹¹⁰ La dottrina già espressa sulla problematica sembra concorde sul rimedio processuale sopra richiamato: G. SALCUNI, *Il dialogo fra Corti: dalla "giurisprudenza fonte" alla "giurisprudenza argomento"*, cit., p. 829; O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, cit., p. 10 – 11; V. MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, cit., p. 1026; F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani*, cit., p. 6.

della Corte Costituzionale, sarebbe un rimedio apprezzabile e, per di più, avrebbe una strada già tracciata dalla sentenza 7 aprile 2011, n. 113, cosicché non sembra peregrino auspicare che l'art. 673 c.p.p. possa essere dichiarato incostituzionale “nella parte in cui non prevede un diverso caso di revoca della sentenza, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e della libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo”¹¹¹. In tal modo l'ordinamento italiano si metterebbe a posto ai fini dell'esecuzione di qualsiasi tipologia di condanna “europea”. Non si potrebbe, altresì, considerare di ostacolo la sentenza n. 230 del 2012 della Corte Costituzionale, già pronunciata negativamente sulla questione di legittimità sul medesimo articolo nella parte in cui non prevede la revoca nei casi di *abolitio criminis* giurisprudenziale, poiché non è consentito in un ordinamento di *civil law* equiparare la fonte legale a quella giurisprudenziale¹¹². Ma le questioni sono differenti e non debbono essere confuse: una cosa è un semplice *revirement* giurisprudenziale, altro è una condanna della Corte EDU cui saremmo convenzionalmente obbligati a darvi seguito.

In merito ai “fratelli minori”, si è già sopra accennato che la loro esistenza è plausibile, giacché la violazione riscontrata è di carattere sostanziale e in sé idonea a ravvisare una “cronicità di sistema” che certamente ha prodotto più violazioni di quelle oggetto di ricorso a Strasburgo. Non è dato conoscere quanti condannati per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa per fatti posti in essere prima dell'ottobre 1994 siano presenti nell'ordinamento italiano, nondimeno si tratta di individui che meritano di veder rispettato il loro diritto fondamentale a non subire gli effetti di una condanna convenzionalmente illegittima, dunque, sostanzialmente ingiusta. Unica differenza rispetto al ricorrente si coglie nelle modalità tramite le quali il giudice dell'esecuzione può intervenire: non un'immediata e automatica applicazione del *dictum* europeo, non

¹¹¹ Un particolare favore verso questa opzione si rinviene in V. MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, cit., p. 1026; un timido scetticismo si può notare in O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, cit., p. 11.

¹¹² A. MARI, *Mutamento sopravvenuto di giurisprudenza e giudicato: la Consulta dichiara infondata la questione di legittimità dell'art. 673 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 935 ss.

avente efficacia diretta nei confronti di persone diverse da quelle oggetto della sentenza “europea”, ma un’applicazione in conformità con le indicazioni derivanti dalle sentenze “gemelle”, laddove si legge, che il giudice comune, quale primo giudice della Convenzione europea, deve tentare un’interpretazione conforme della norma interna che ha determinato la violazione convenzionale e, soltanto se essa risulti impossibile per un ostacolo insormontabile insito nella *littera legis*, sollevare questione di legittimità costituzionale perché la Consulta elimini dall’ordinamento interno l’ostacolo alla corretta implementazione dei diritti garantiti dalla Convenzione. In ultimo, a conferma dell’applicabilità dei principi di *Contrada* ai “fratelli minori”, le condizioni proposte in *Ercolano* risulterebbero integrate poiché: a) si tratta di casi identici a quelli del ricorrente, riguardanti soggetti condannati per concorso esterno per fatti anteriori alla sua cristallizzazione giurisprudenziale; b) la decisione *Contrada* concerne certamente un vizio di natura sostanziale, la violazione del divieto di retroattività della norma penale sfavorevole; c) il giudice sarebbe chiamato soltanto a un’operazione meramente ricognitiva, non essendo utile la revisione del processo; d) il giudice non dovrebbe sollevare alcuna questione di legittimità costituzionale, poiché la normativa interna penale che ha determinato la violazione può essere interpretata in modo convenzionalmente orientato, essendo sufficiente leggere gli artt. 110 – 416 *bis* c.p. “nel senso che la fattispecie di concorso esterno da essi delineata non potrebbe trovare applicazione ai fatti commessi prima della suddetta cristallizzazione al fine di non violare la legalità convenzionale”¹¹³.

Per tentare di offrire un quadro completo delle possibili conseguenze sui “fratelli minori”, essi possono essere suddivisi in tre categorie: i “fratelli” che hanno già espiato la pena, i “fratelli” che stanno espiando la pena, i “fratelli” che si trovano ancora sotto processo. Mentre sui casi *sub iudice* – ammesso che ve ne siano - si ritiene opportuno rinviarne l’analisi al paragrafo che segue, relativo alla descrizione degli effetti di *Contrada* sull’ordinamento italiano, poiché, a ben vedere, implicano un’eventuale condizionamento del giudice nazionale nell’interpretazione e applicazione del diritto vigente ai casi concreti *sub iudice*,

¹¹³ G. GRASSO, F. GIUFFRIDA, *L’incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, cit., p. 45 – 46; F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., p. 1066.

conviene previamente soffermarsi sulle prime due categorie.

Sui primi – i quali potrebbero definirsi “gemelli” di Contrada poiché, salvo l’esperimento del ricorso individuale alla Corte EDU, sarebbero totalmente sovrapponibili al ricorrente napoletano – non vi sarebbero ragioni per proporre un meccanismo diversificato da quelli già proposti per il Contrada. Sui secondi – “fratelli minori dietro le sbarre” – il meccanismo processuale idoneo da un punto di vista tecnico rimane anche l’incidente di esecuzione, così come insegnano le Sezioni Unite Ercolano, contenenti un vero e proprio *vademecum* per l’estensione degli effetti della sentenza europea alle situazioni identiche. Dalla lettura della “guida” offerta dalla Corte di Cassazione, si evince un passo di notevole importanza per tutti coloro i quali hanno un interesse fortissimo all’esecuzione immediata di *Contrada*, poiché, scrivono gli ermellini, “si deve emendare lo stigma dell’ingiustizia una tale situazione [...]. Eventuali effetti ancora perduranti della violazione, determinata da un’illegittima applicazione della norma interna di diritto penale sostanziale interpretata in senso non convenzionalmente orientato, devono essere rimossi anche nei confronti di coloro che, pur non avendo proposto ricorso a Strasburgo, si trovano in una situazione identica a quella oggetto della decisione adottata dal giudice europeo”, laddove la situazione contraria, di non estensione degli effetti, “deve essere scongiurata perché legittimerebbe l’esecuzione di una pena ritenuta, oggettivamente e quindi ben al di là della *species facti*, illegittima dall’interprete autentico della CEDU e determinerebbe una patente violazione del principio di parità di trattamento tra condannati che versano in identica situazione”¹¹⁴. Se non c’è alcun dubbio circa l’estensione degli effetti, il meccanismo processuale idoneo a rimuoverli e l’indiscussa opportunità di procedere in tal senso, già il passare dalle considerazioni teoriche alla realtà della cronaca giudiziaria mostra uno stato di cose differente. Una notissima vicenda può contribuire a rendere evidente lo iato esistente tra “come dovrebbe essere” e “com’è”: il caso di Marcello Dell’Utri, già agli onori della cronaca nella fase *sub iudice*¹¹⁵, sembra paradigmatico per le modalità concrete tramite le quali l’ordinamento italiano non – attua le sentenze europee, così lasciando che alcuni

¹¹⁴ Cass. pen., Sez. Un., 7 maggio 2014, *Ercolano*, cit., p. 14 – 15.

¹¹⁵ A. BELL, *La Corte di Cassazione scrive la parola fine sul processo Dell’Utri*, in *penalecontemporaneo.it*.

condannati continuino a scontare una pena da considerarsi “ingiusta”, quantomeno se si partecipa idealmente ai valori contenuti nella Convenzione europea. Il noto politico e imprenditore palermitano veniva condannato, con sentenza passata in giudicato in data 1 luglio 2014, alla pena di sette anni di reclusione per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa per condotte poste in periodo precedente (1974 – 1992) alla sua cristallizzazione giurisprudenziale (1994). Come facilmente intuibile, il caso è identico a quello che riguarda Bruno Contrada. All’indomani della sentenza “europea”, i legali dell’interessato, così come suggerito dalla dottrina e dalla massima giurisprudenza italiana, presentavano richiesta di incidente di esecuzione perché il giudice dell’esecuzione, la Corte di Appello di Palermo, revocasse la condanna inflittagli, ritenuta illegittima da Strasburgo. La richiesta veniva rigettata perché – scriveva la Corte – pur in presenza di situazioni identiche a quelle oggetto di sentenza Contrada, non si può dare luogo all’incidente di esecuzione “per difetto di una previsione normativa che consenta al giudice dell’esecuzione di revocare una sentenza di condanna in presenza di una sentenza della Corte EDU pronunciata nei confronti di un soggetto diverso e nell’ambito di altra procedura”¹¹⁶. In seguito alla preclusione “giudiziaria” alla risoluzione della vicenda, alcuni parlamentari presentano alla Camera dei Deputati un’interpellanza urgente “per la piena attuazione della sentenza della Corte EDU relativa alla fattispecie di concorso esterno in associazione mafiosa”, al fine di richiedere che il Governo si attivi per colmare quel *deficit* legislativo sopra evidenziato, motivo dell’inammissibilità dell’incidente di esecuzione secondo i giudici palermitani. Ma un’altra risposta negativa investe l’interessato, poiché – sostiene il Sottosegretario alla Giustizia – “l’applicazione dei principi espressi dalla CEDU è rimessa all’autorità giudiziaria cui è devoluta l’attuazione del principio di diritto al caso concreto, senza che residuino spazi residui per il Ministro guardasigilli”¹¹⁷. Insomma, come per dire,

¹¹⁶ App. Palermo, ord. 23 novembre 2015, *Dell’Utri*, inedita.

¹¹⁷ Camera dei Deputati, Assemblea, *Resoconto stenografico*, XVII Legislatura, n. 563, 5 febbraio 2016, consultabile sul sito istituzionale camera.it., p. 12 – 17. Dalla lettura della replica del parlamentare proponente si evince il “rimballo” della spinosa questione tra i poteri dello Stato: “la magistratura parla di carenza nell’ordinamento di norme in grado di dare piena attuazione alla sentenza della Corte europea rispetto a coloro che abbiano subito la medesima violazione sollevata dalla medesima Corte. Il Governo ci risponde che per le questioni specifiche la valutazione è rimessa all’autorità giudiziaria. Signor Sottosegretario, mi sembra un collasso logico.”

non può cambiarsi la legislazione per qualsiasi sentenza “europea”, spetta al giudice applicare i singoli *dicta* al caso concreto come “giudice primo della Convenzione”. Il *vademecum* sembra ancora dare una possibile soluzione alla *querelle* Dell’Utri, nella parte in cui si sofferma sui soggetti cui spetta eliminare l’ingiustizia convenzionale. Se è vero che “è compito primario del legislatore [...] rimuovere le disposizioni che tale conflitto interno hanno generato e apprestare strumenti idonei a porre rimedio a situazioni formalmente consolidate”, così come prescrive l’art. 5 co. 3 ex l. 23 agosto 1988, n. 400¹¹⁸, tuttavia “all’inerzia del legislatore [...] la giurisdizione non può ignorare o eludere il problema e deve farsi carico, una volta preso atto dell’insussistenza delle condizioni che giustificano l’esecuzione della pena nei confronti del condannato, di riportare la stessa in una dimensione di legalità, *utilizzando spazi di operatività della normativa vigente, che, benchè non chiaramente evidenziati, sono in essa impliciti*”¹¹⁹. Ergo, all’inerzia del legislatore, cui ormai si è abituati, nonché ai tempi parlamentari “biblici” per la risoluzione di problematiche urgenti, non si può che preferire, dinanzi all’inaccettabile presenza di pene ingiuste e alla limitazione della libertà di un uomo, l’intervento giurisdizionale, giammai ostacolato dall’assenza di uno strumento legislativo *ad hoc*, poiché “una volta che la legge processuale demanda al giudice una determinata funzione – la garanzia della legittimità della pena dall’irrogazione all’esecuzione - allo stesso giudice è conferita la titolarità di tutti i poteri necessari all’esercizio di quella medesima funzione”¹²⁰. Allo stato degli atti, né la giurisdizione, né il legislatore si sentono interessati ad agire, così creando un vero e proprio “cortocircuito italico” a danno, non soltanto dei “fratelli minori dietro le sbarre”, ma della credibilità italiana dinanzi alla Corte EDU e al Consiglio d’Europa. Non basta partecipare alla CEDU, così come non basta sedere nel Consiglio d’Europa perché i diritti si ritengano rispettati, occorre la maturità e la responsabilità di dare concreta attuazione agli impegni assunti in sede sovranazionale.

¹¹⁸ Il Presidente del Consiglio dei Ministri, direttamente o conferendone delega a un Ministro, “promuove gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo emanate nei confronti dello Stato italiano, così come prescrive l’art. 5 co. 3 della legge 23 agosto 1988, n. 400, così come modificato dall’art. 1 della legge 9 gennaio 2006, n. 12.

¹¹⁹ Cass. pen., Sez. Un., 7 maggio 2014, *Ercolano*, cit., p. 15.

¹²⁰ Cass. pen., Sez. Un., 6 febbraio 2006, *Catanzaro*, cit. 1345.

Occorre, in breve, l'atteggiamento di un Paese serio, capace di rispettare le sentenze, anche quando sono imposte da fuori, anche quando "sembrano" favorire individui "in odore di mafia", anche quando, in sostanza, costi tanta fatica farlo.

4.2 Gli effetti sull'ordinamento italiano.

Resta da volgere lo sguardo alle conseguenze che potrebbero derivare sui "fratelli minori" *sub iudice*, ovverosia coloro i quali risultano imputati per concorso esterno in associazione mafiosa per fatti commessi prima della cristallizzazione giurisprudenziale, in attesa di una sentenza definitiva. Non si possiedono dati circa l'esistenza di tali soggetti nell'ordinamento italiano, nondimeno sorge un interesse teorico a comprendere come il giudice di cognizione debba agire nell'eventualità in cui ciò avvenga. Non v'è dubbio che, verificata l'identità delle situazioni, il giudice debba adeguarsi al principio affermato dalla Corte EDU, così come prescrive la giurisprudenza costituzionale in materia¹²¹. L'imputato "fratello minore" di Contrada va assolto già per il solo interesse a prevenire un'inutile condanna che dovrebbe, in seguito, necessariamente rimuoversi, così come ampiamente desumibile dagli assunti di *Ercolano*. Resta qualche dubbio in merito allo strumento utilizzabile dal giudice interno per pervenire all'assoluzione dell'imputato, anche se sembra, *ictu oculi*, che l'*ignorantia legis*, così come reinterpretata dalla Corte Costituzionale, sia il meccanismo più idoneo e meno dirompente per l'ordinamento interno al fine di raggiungere il suddetto risultato. Nondimeno, non v'è chi non veda, come *Contrada* sanzioni l'applicazione retroattiva di una norma penale inesistente all'epoca dei fatti, dunque, una violazione del divieto di nuova incriminazione. Si incide sulla tipicità del fatto, non sulla colpevolezza, proprio perché il reato non esisteva nell'ordinamento

¹²¹ G. LATTANZI, *Aspetti problematici dell'esecuzione delle sentenze della Corte EDU in materia penale*, cit., p. 3201, in cui si ripropone l'insegnamento cardine delle "sentenze gemelle", secondo il quale il giudice deve conformarsi al principio affermato da Strasburgo, eventualmente sollevando questione di legittimità costituzionale, soltanto se non sia possibile garantire un'interpretazione "convenzionalmente orientata" della norma interna, mentre deve escludersi un potere di disapplicazione diretto della stessa, così come insegnato dalla Corte Costituzionale nelle sentenze n. 80 del 2011, nonché in quella più recente n. 210 del 2013.

italiano prima del 1994, secondo quanto scrivono i giudici di Strasburgo¹²². Se si volesse prestare pieno ossequio alla pronuncia “europea”, sarebbe opportuno estendere la disciplina interna della “nuova incriminazione”, oggi applicabile soltanto con riferimento alla legge, al mutamento giurisprudenziale, magari tramite l’intervento – a dire il vero, improbabile – del legislatore oppure facendo ricorso alla Corte Costituzionale. Ma ciò – a meno di non volere sperare in una svolta impossibile e forse nemmeno auspicabile¹²³ – sembra cadere nell’ultravioletto dell’utopia, non soltanto per il tradizionale *self restraint* mantenuto dal giudice delle leggi in questioni in cui è forte la sovraesposizione politica delle scelte da assumere, ma anche volgendo uno sguardo alla recente pronuncia della Consulta n. 230 del 2012, da varie parti considerata una severa “azione di apposizione di termini”¹²⁴ tramite la quale la Corte ristabilisce i confini tra la legge e la giurisprudenza in modo tale da rispettare il “paradigma classico della giuridicità fondato sulla legalità parlamentare, sulla divisione dei poteri, sulla sottoposizione del giudice soltanto alla legge e sul primato della fonte legislativa”¹²⁵. La soluzione opposta, richiesta dal giudice remittente, comporterebbe “una sovversione di sistema [...], la consegna al giudice, organo destinato all’esercizio della funzione giurisdizionale, di una funzione legislativa, in radicale contrasto con i profili fondamentali dell’ordinamento costituzionale”¹²⁶. Non v’è motivo di dubitare, dunque, che alle medesime conclusioni si dovrebbe pervenire nel caso in cui un giudice *a quo* sollevi una questione di legittimità costituzionale dell’art. 2 c.p. nella parte in cui non estende la disciplina intertemporale alla fonte giurisprudenziale: la sentenza appena

¹²² “La sentenza della Corte EDU nel caso Contrada riguarda a nostro avviso una ricognizione della tassatività e della tipicità dell’istituto, non la semplice prevedibilità delle conseguenze di una condotta [...] quell’incertezza permanente produce automaticamente un difetto di tipicità”, in M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, cit., p. 365, in cui traspare una lettura del *modus agendi* della Corte EDU, abituata a ragionare in termini sostanziali, come già visto *supra*: la base legale era assolutamente indeterminata, la giurisprudenza altamente caotica, *ergo*, non esisteva una tipicità dell’istituto.

¹²³ Assai critico sull’estensione della disciplina di cui all’art. 2 c.p. al mutamento giurisprudenziale, F. PALAZZO, *Legalità fra law in the book e law in action*, cit., p. 9.

¹²⁴ V. MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all’equiparazione tra “diritto giurisprudenziale” e “legge”*, in *Giur. Cost.*, 2012, p. 3479.

¹²⁵ F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., p. 1066.

¹²⁶ Corte Cost., 12 ottobre 2012, n. 230, in *Giur. Cost.*, 2012, p. 3440 ss. con nota di O. MAZZA, *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*.

richiamata contiene parole chiare che non lasciano alcuno spazio alla possibilità di aperture in senso “convenzionale”, quantomeno *rebus sic stantibus*¹²⁷.

Meno dirompente appare l’istituto dell’errore sul precetto, *ex art. 5 c.p.* come rivisto dalla celebre sentenza della Corte Costituzionale n. 364 del 1988, in cui si esclude la colpevolezza dell’imputato in caso di errore inevitabile sulla legge penale¹²⁸. Non trattasi di un mezzo, peraltro, da considerarsi eterogeneo rispetto alla legalità “europea”, poiché i giudici di Strasburgo considerano ormai come indispensabile corollario della legalità l’esistenza di un “legame di natura intellettuale tra fatto e autore”. Si legge, infatti, nella già citata decisione *Sud Fondi c. Italia*, che “la logica della pena e della punizione così come la nozione di *guilty* e la nozione di *personne coupable* vanno nel senso di un’interpretazione dell’art. 7 che esige, per punire, un legame di natura intellettuale che permetta di affermare un elemento di responsabilità nella condotta dell’autore materiale dell’infrazione [...] sarebbe incoerente, da una parte, esigere una base legale accessibile e prevedibile e, dall’altra parte, permettere che si consideri una persona come colpevole e punirla ancorché non fosse in condizione di conoscere la legge penale, in ragione di un errore invincibile che non possa essere affatto imputabile a chi ne è stato vittima”¹²⁹. Potrebbero anche essere superate le critiche espresse da Massimo Donini sul richiamo alla “scusante” in oggetto: l’Autore considera “ipocrita” scusare un soggetto per una negligenza dello Stato, resosi inadempiente rispetto al dovere costituzionale di risolvere una situazione di perdurante incertezza della tipicità criminale. Non vi sarebbe alcunché da scusare, proprio perché non trattasi di una situazione personale – es. un vizio di mente o un’inesigibilità di un comportamento conforme al precetto – ma di una mancanza dell’ordinamento: il soggetto è vittima, non colpevole e quindi non deve essere scusato perché nessun rimprovero può essergli mosso¹³⁰. Nonostante le

¹²⁷ “[Si tratta di] una decisione che è riuscita coerentemente a confrontarsi con l’attuale travagliata crisi delle nostre istituzioni e che ci riconsegna il volto [...] di una Corte Costituzionale severa custode della Legge fondamentale”, così commenta la sentenza in oggetto, G. INSOLERA, intervento al Seminario su “*Il valore del precedente giurisprudenziale sul confine mobile tra potere legislativo e potere giudiziario*”, Bologna, 5 febbraio 2013.

¹²⁸ Nella manualistica, A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 427 – 434; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 410 – 422.

¹²⁹ Corte eur. dir. uomo, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi c. Italia*, § 116 – 117.

¹³⁰ M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, cit., p. 361 – 362, in

considerazioni appena svolte colgano una contraddizione esistente nella terminologia adoperata, la pronuncia “creativa” dell’istituto in oggetto include, come criteri oggettivi utili alla valutazione della scusabilità dell’errore sul precetto, l’oscurità del testo, la caotica incertezza interpretativa e l’improvviso mutamento giurisprudenziale. Motivi, *prima facie*, inerenti non a situazioni personali, ma a difetti ordinamentali. *Ad adiuvandum*, si deve aggiungere che la Consulta, già allora, fondava il suo ragionamento su un duplice ordine di considerazioni: da un lato il dovere dello Stato di formulare precetti conoscibili, pienamente compatibili con il principio di colpevolezza e con la funzione di orientamento del diritto penale, dall’altro sul dovere di ogni cittadino di informarsi al fine di poter rispettare i precetti imposti dall’ordinamento. Non v’è allora, se non una contraddizione linguistica, poiché dalle considerazioni appena svolte, il giudice delle leggi ha creato un istituto non calibrato esclusivamente sulle colpe del singolo, ma in grado di svolgere la sua funzione anche nei casi in cui si verificano *deficit* imputabili all’ordinamento¹³¹.

In sostanza, evitando scelte “sovversive di sistema” e senza dovere inventare alcunché, l’ordinamento italiano contiene già in sé la valvola che può garantire un’integrazione possibile del diritto interno con le richieste “europee”: uno strumento raramente utilizzato dalla giurisprudenza, se si esclude il caso eclatante di Punta Perotti, ma che potrebbe assurgere a mezzo fondamentale per far sì che l’ordinamento interno possa farsi trovare già pronto ad accogliere le istanze promosse dalla legalità europea in materia di prevedibilità dell’esito giudiziario.

Se la prevedibilità “europea” esprime – a seconda degli interpreti – il divieto di mutamenti giurisprudenziali “a sorpresa”, oppure “l’assenza di contrasti

cui si esprimono perplessità sul richiamo alla “scusante” dell’*ignorantia legis*, considerato che “non solo gli errori inescusabili erano rilevanti quando dipendevano da situazioni soggettive del singolo, da problemi di inesigibilità personale di conoscenza della legge in qualche determinato caso, ma anche se la legge era inconoscibile per difetti dell’ordinamento: il “trasgressore” veniva mandato a casa con una pacca sulla spalla: incolpevole, ma trasgressore. Lo Stato non è *fair*, ma ti scusa.”

¹³¹ Un’ipotesi specifica di errore sul precetto penale, incentrata esclusivamente sui difetti ordinamentali, si rinviene nel diritto penale tributario, ai sensi dell’art. 15 del D.lgs. 74/2000, il quale statuisce che “fuori dai casi in cui la punibilità è esclusa a norma dell’art. 47, terzo comma, non danno luogo a fatti punibili ai sensi del presente decreto, le violazioni di norme tributarie dipendenti da *obiettive condizioni di incertezza sulla loro portata e sul loro ambito di applicazione*”. Si rinvia in proposito a G. SALCUNI, in *Corso di diritto penale dell’impresa*, a cura di A. Manna, Padova, 2010, p. 483 – 486.

giurisprudenziali sincronici”, entrambe le letture europee possono essere soddisfatte da un uso meno ingessato da parte della giurisprudenza italiana dell’art. 5 c.p. come reinterpretedo dalla Corte Costituzionale. Così il mutamento improvviso di giurisprudenza oppure una giurisprudenza caotica perdurante attivano *l’error iuris* perché possa essere garantita la prevedibilità, *alias* conoscibilità del precetto penale. A tali conclusioni perviene la dottrina ampiamente maggioritaria¹³², suggerendo un’utilizzazione più frequente di tale meccanismo, considerato il più idoneo a dare ingresso alla legalità europea nell’ordinamento italiano senza stravolgimenti di sistema. La convinzione che si fa strada è che il *trait d’union* tra le due facce della legalità – continentale e convenzionale – deve rinvenirsi nella “conoscibilità del precetto penale”, perché proprio in esso trova origine non soltanto il *nullum crimen sine lege*, ma l’esistenza stessa del diritto, un complesso strumento nato proprio perché l’uomo potesse prevedere le conseguenze del suo agire consapevole e in qualche modo organizzare la propria vita¹³³.

Merita, altresì, qualche cenno, la possibilità - a ben vedere da valutare attentamente - che gli assunti contenuti in *Contrada* possano andare al di là del “tormentato cammino del concorso esterno in associazione mafiosa” per essere applicati a tutti i casi di incertezza giurisprudenziale presenti nell’ordinamento italiano, così incidendo fortemente sull’interpretazione e applicazione del diritto da parte dei giudici nazionali. Si tratta del discusso tema della vincolatività delle singole sentenze della Corte EDU nei confronti dell’interprete interno,

¹³² In dottrina si percepisce una sorta di predilezione per l’utilizzo dell’art. 5 c.p., non perché ritenuto lo strumento perfetto, ma perché considerato “lo strumento tecnico più a buon mercato”, capace di sintonizzarsi armonicamente “con lo spirito profondo della legalità convenzionale ma senza entrare in cortocircuito con la legalità costituzionale”. Così sembrano argomentare, fra gli altri, F. PALAZZO, *La sentenza Contrada*, cit., p. 1064 – 1067; G. SALCUNI, *Il dialogo fra Corti: dalla “giurisprudenza fonte” alla “giurisprudenza argomento”*, cit., p. 830; O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, cit., p. 11. Si registrano, invece, perplessità, in D. PULITANO, *Paradossi della legalità*, cit., p. 52; S. MILONE, *La garanzia della legalità tra diritto penale e processo: come assicurare la prevedibilità di un diritto...imprevedibile? Alcuni caveat dal caso Contrada*, cit., p. 5 – 6.

¹³³ A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 65 – 66, il quale mette in evidenza l’assoluta rilevanza della conoscibilità del precetto penale, un *fil rouge* che lega “una sostenibile concezione moderna del principio di legalità alla concezione originaria illuministica dello stesso” e, al tempo stesso, lega entrambe alla cornice “europea” della legalità, fornita dalla giurisprudenza di Strasburgo, incentrate fortemente sul triplice profilo conoscibilità – prevedibilità – accessibilità del precetto penalistico.

generalmente considerato il primo giudice della Convenzione e dei diritti da essa garantiti. Non sembra utile riportare interamente il dibattito in merito alla rilevanza interna del diritto convenzionale, essendo sufficiente riportare soltanto alcuni spunti di riflessione, per lo più desunti dalle storiche sentenze della Corte Costituzionale che hanno contribuito a definire il rango della fonte CEDU nell'ordinamento italiano, nonché l'atteggiamento che il giudice italiano debba assumere nei suoi confronti¹³⁴. Punto di partenza è l'assunto in forza del quale le disposizioni della Convenzione, nell'interpretazione datane dal suo interprete naturale, la Corte di Strasburgo, costituiscono fonti di produzione del diritto con rango *sub* costituzionale¹³⁵: trattasi, dunque, di fonti che prevalgono sulle leggi ordinarie anche se successive, ma debbono essere subordinate, e quindi compatibili, con tutte le norme e gli interessi costituzionalmente garantiti. Il giudice comune deve interpretare la normativa interna in modo che essa possa essere compatibile con la Convenzione, così come interpretata dal giudice di Strasburgo, e soltanto nel caso in ciò risulti impossibile, sollevare una questione di legittimità costituzionale con riferimento al parametro di cui all'art. 117 Cost. perché sia il giudice delle leggi, e non il giudice comune, a verificare l'incompatibilità della norma interna a quella convenzionale e la compatibilità di questa alla Costituzione, effettuando, se del caso, un bilanciamento tra l'obbligo di rispettare i vincoli internazionali e il dovere di tutelare altri valori costituzionalmente rilevanti, seguendo, dunque, i canoni del margine di apprezzamento nazionale e/o di adeguamento del diritto convenzionale agli interessi e alle peculiarità del singolo ordinamento nazionale¹³⁶.

¹³⁴ Una ricostruzione completa della vicenda inerente i rapporti tra ordinamento italiano e CEDU si rinvia in M. OLIVETTI, *I diritti fondamentali. Lezioni*, Foggia, 2015, p. 79 – 92.

¹³⁵ O. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 20, in cui si prende atto di “una metamorfosi per via giurisprudenziale dell'art. 1 della Convenzione” in base alla quale “l'impegno di fedeltà degli Stati contraenti ai diritti e alle libertà convenzionali si è trasformato in un differente impegno di fedeltà nei confronti del significato loro attribuito dalla Corte di Strasburgo”.

¹³⁶ Assai interessante appare l'immagine del giudice “dei tre cappelli”: il giudice contemporaneo, primo giudice dei diritti e protagonista indiscusso sul campo della tutela di essi, deve interpretare il diritto contemporaneamente in modo conforme al dato costituzionale, secondo gli insegnamenti della Corte Costituzionale, al dato comunitario, secondo gli insegnamenti della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, al dato convenzionale, secondo gli insegnamenti della Corte EDU. Il risultato cui tale “dialogo fra Corti” deve mirare “deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU [oppure comunitaria] sulla legislazione italiana deve

Rinviando alle note per ulteriori specificazioni degli insegnamenti contenuti nelle sentenze gemelle, ormai invero non più recentissime, sembra che l'insegnamento più recente della Consulta¹³⁷ possa indicare una strada rispetto all'interrogativo seguente: se una singola decisione della Corte di Strasburgo possa considerarsi vincolante e costituire essa stessa fonte di produzione del diritto. Così la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi in merito alla presunta impossibilità di interpretare una disposizione interna in modo conforme agli insegnamenti dettati in una sentenza "europea" dai giudici di Strasburgo¹³⁸, si è espressa in forme che non possono passare inosservate, al punto tale che alcuni osservatori hanno già definito l'esercizio della Corte come esempio di "ermeneutica della sorveglianza"¹³⁹, altri come "disobbedienza funzionale" al dialogo tra le Corti¹⁴⁰, altri ancora come espressione reazionaria¹⁴¹ dinanzi ad una sovraesposizione "demagogica" e "ipergarantista" di Strasburgo. Se non costituisce, di certo, una

derivare un *plus* di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali" (Corte Cost. 4 dicembre 2009, n. 317, in *Giur. Cost.*, 2010, p. 1816). Non servono gerarchizzazioni fra le fonti, ma una capacità elevatissima di leggere e interpretare il diritto, così come proveniente dai suoi interpreti naturali, perché, attraverso l'armonizzazione giurisprudenziale delle Corti nazionali e delle due Corti europee, si pervenga a un "diritto comune delle libertà" in tutto lo spazio europeo. Si rinvia in proposito a R. CONTI, *Corte Costituzionale e CEDU: qualcosa di nuovo all'orizzonte?*, cit., p. 619 ss.

¹³⁷ Corte Cost. 26 marzo 2015, n. 49, in *Giur. Cost.*, 2015, p. 411 ss. con nota di G. REPETTO, *Vincolo al rispetto del diritto CEDU "consolidato": una proposta di adeguamento interpretativo*.

¹³⁸ La questione sollevata dai giudici remittenti riguardava la confisca prevista dall'art. 44 co. 2 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, il quale statuisce che "la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite". La disposizione avrebbe evidenziato dubbi di legittimità costituzionale in riferimento all'impossibilità di garantire un'interpretazione conforme di essa rispetto a quanto statuito dalla Corte EDU nel caso *Varvara c. Italia*, ove i giudici di Strasburgo affermavano che, essendo la confisca in oggetto una sanzione sostanzialmente penale, essa avrebbe potuto seguire soltanto ad una sentenza definitiva di *condanna* dell'imputato e non a una qualsiasi *sentenza*, ad esempio di proscioglimento per intervenuta prescrizione. La Corte Costituzionale dichiara inammissibile la questione poiché, da un lato la sentenza *Varvara* non ha efficacia vincolante nei confronti del giudice interno non essendo espressione di "giurisprudenza consolidata" della Corte EDU, dall'altro perché, ammonisce il giudice delle leggi, l'interpretazione non deve essere formalistica, legata alla lettera delle sentenze CEDU, ma deve guardare alla sostanza, essendo rinvenibile un punto di incontro nella possibilità di disporre la confisca anche in assenza di una formale sentenza di condanna, purché il giudice abbia accertato pienamente ed esauritivamente nel merito la responsabilità dell'imputato.

¹³⁹ L'espressione è da attribuire a V. VALENTINI, *Continua la navigazione a vista*, in *penalecontemporaneo.it*, p. 5.

¹⁴⁰ G. MARTINICO, *Corti Costituzionali (o supreme) e "disobbedienza funzionale". Critica, dialogo e conflitti nel rapporto tra diritto interno e diritto delle Convenzioni (CEDU e Convenzione americana dei diritti umani)*, in *penalecontemporaneo.it*.

¹⁴¹ F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte Cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Crisciuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *penalecontemporaneo.it*.

novità il tentativo di opporre qualche ostacolo all'ingresso "a vele spiegate" dell'interpretazione "europea" della Convenzione nell'ordinamento interno, basti rimembrare i concetti di margine di adeguamento o di margine di apprezzamento nazionale, la Corte fissa "nuovi paletti" perché afferma categoricamente che "solo un diritto consolidato, generato dalla giurisprudenza europea, il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento ormai divenuto definitivo"¹⁴², così, ripete, "soltanto nel caso in cui ci si trovi in presenza di un diritto consolidato o di una sentenza pilota, il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di ogni suo strumento ermeneutico a sua disposizione, ovvero se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale"¹⁴³. Soluzione che sembra essere accolta con favore anche da una parte della dottrina: non sarebbe utile, anzi sarebbe alquanto dannoso considerare il singolo precedente di Strasburgo come vincolante per il giudice comune al di fuori del caso oggetto di giudizio – e dei "fratelli minori" – per due ordini di valutazioni desumibili dalla prassi. Da un lato, il numero dei ricorsi risolti dalla Corte EDU ogni anno assurge a quantità spropositate tali da far ritenere con probabile certezza che essa si esporrà sempre più frequentemente a contraddizioni interne, dando luogo all'impossibilità di dar vita ad un indirizzo consolidato e all'incapacità di mantenerlo, se del caso, a lungo. Dall'altro, si considera in costante aumento anche il raggio dei diritti che la Corte di Strasburgo "fagocita" nella sua giurisdizione al punto da ritenere che essa avrà sempre maggiori difficoltà nel garantire "tutto a tutti" in forme stabili nel tempo. Si deve, altresì, aggiungere – e questo non è un segreto ormai da tempo – che il *modus agendi* della Corte è fortemente casistico, ovverosia calibrato non su una visione

¹⁴² Corte Cost., 26 marzo 2015, n. 49, § 6.1 del *Considerato in diritto*. Si ripropone, ancora una volta, il famoso "paradosso del sorite" o "paradosso del mucchio di grano", ovverosia la domanda alla quale non v'è risposta del "quanti chicchi servono a formare un mucchio di grano?"

¹⁴³ Soluzione, in seguito, accolta anche dal giudice di legittimità in Cass. pen., Sez. Un., 6 luglio 2016, n. 27620, in *altalex.com*, in cui si legge che "i principi contenuti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come viventi nella giurisprudenza consolidata della Corte EDU, pur non traducendosi in norme di diretta applicabilità nell'ordinamento nazionale, costituiscono criteri di interpretazione "convenzionalmente orientata" ai quali il giudice nazionale è tenuto a ispirarsi nell'applicazione delle norme interne".

sistematica della tutela dei diritti fondamentali, ma su un'attività improntata al *case by case approach*: ogni sentenza "europea" contiene una soluzione improntata alle circostanze del caso sottoposto al suo giudizio, cosicché spesso può succedere che quanto enunciato in un caso non possa essere idoneo nella risoluzione di casi simili¹⁴⁴. Ergo, come affermato dalla Consulta, non sembra opportuno prestare ossequio alle singole sentenze della Corte EDU, a meno che non si sia disposti a mutare orientamenti giurisprudenziali ogni qualvolta Strasburgo si contraddica e, come evidenziato sopra, alte sono le probabilità che ciò avvenga con sempre maggiore frequenza. Più consoni "alle modalità organizzative del giudice di Strasburgo", il quale postula il carattere progressivo della formazione del diritto giurisprudenziale tramite *dissenting opinions* e l'articolazione in più sezioni semplici, nonché alle corrette modalità di svolgimento di quel "dialogo fra le Corti", così tanto auspicato nel segno di un cammino comune verso la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, risulta essere il considerare le pronunce emesse da Strasburgo come argomenti interpretativi "utili per supportare un'argomentazione giuridica e convincere l'uditorio"¹⁴⁵, argomentazioni di un certo peso perché emesse da giudici autorevoli di cui tenere certamente conto senza esserne però vincolati giuridicamente, perché un dialogo tra interpreti tanto può esistere soltanto se instaurato tra soggetti paritari, ognuno competente a interpretare qualcosa su cui l'altro non ha competenza, ove un'interpretazione prevalga sull'altra non sulla base di una gerarchizzazione, ma contando esclusivamente sulla bontà e sulla forza delle argomentazioni a suo supporto. Perché *Contrada* possa assurgere a fonte di produzione del diritto, perché possa vincolare generalmente l'interprete interno nell'applicazione

¹⁴⁴ O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, cit., p. 175 – 179, in cui si legge che "l'impressione generale ed allarmata che si trae dall'osservazione della giurisprudenza CEDU è che questa stia disegnando non già un percorso luminoso e rettilineo, armonicamente proteso verso il progressivo e lineare ampliamento delle garanzie, bensì una strada accidentata e dallo sviluppo casuale", per cui ben si comprende come "può essere dura la vita del giudice interno che confidi nella capacità orientativa della giurisprudenza europea".

¹⁴⁵ G. SALCUNI, *Il dialogo fra Corti: dalla "giurisprudenza fonte" alla "giurisprudenza argomento"*, cit., p. 830. In tal senso si esprime anche O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, cit., p. 19, secondo la quale ciò "presuppone che si attribuisca alla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo un giusto peso: un "peso" che, seguendo la nota categorizzazione, dovrebbe essere calibrato su quello degli esempi (per quanto autorevoli e suggestivi), piuttosto che dei veri e propri precedenti".

quotidiana del diritto, essa dovrebbe essere espressione di una giurisprudenza “consolidata” di Strasburgo ma così non sembra essere.

Come già riportato nei paragrafi precedenti, non sembra che la sentenza *Contrada* possa considerarsi espressione di una giurisprudenza consolidata in materia di prevedibilità dell’esito giudiziario, la quale, a dire il vero, non potrebbe rinvenirsi nemmeno altrove. Non esiste, cioè, un orientamento così consolidato da far prevedere all’interprete come la Corte di Strasburgo potrà ragionevolmente decidere nei casi futuri. Sembra che questo sia quanto richiesto dalla Corte Costituzionale per integrare quella “giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente”, cui il giudice delle leggi fa riferimento nella sentenza n. 49 del 2015. Sembra piuttosto “*work in progress*” una definizione consolidata di prevedibilità “europea”, spaziando, la Corte di Strasburgo, da un’accezione oggettiva, come assenza di contrasti interpretativi sincronici, ad una soggettiva, di applicazione confinata alla tutela dei soli *revirements* giurisprudenziali improvvisi, da una prevedibilità soggettiva inerente alla colpevolezza ad una oggettiva inerente alla tipicità. Se la Corte EDU si era in precedenza assestata su un’accezione meno rigida e più soggettiva, in *Contrada* si assiste a un vero e proprio *revirement*, poiché ivi si rinviene un’accezione rigida di prevedibilità, come assenza di contrasti interpretativi giurisprudenziali, ove la mera incertezza dell’esito giudiziario diventa imprevedibilità *tout court* e la prevedibilità si confonde con l’utopica certezza del diritto e dei suoi esiti applicativi, scostandosi da quella giurisprudenza “europea” – forse più consolidata – secondo la quale la prevedibilità soggettiva era da intendersi come una tutela del singolo dai mutamenti giurisprudenziali “a sorpresa”¹⁴⁶. Che si sarebbe potuto giungere ad un esito differente – e ciò dà contezza di come l’orientamento in esso espresso non sia consolidato – si desume, altresì, da alcuni casi celebri risolti dalla Corte di Strasburgo, la quale mostra di contraddire facilmente se stessa. Celebre il caso del *marital rape*, in cui il ricorrente vedeva rigettato il ricorso alla Corte EDU poiché, nonostante la giurisprudenza anglosassone fosse fino ad allora consolidata in

¹⁴⁶ Si veda, altresì, in proposito, D. PERRONE, *Stabilizzazione del precedente e principio di colpevolezza: osservazioni sulle ricadute interne della sentenza Contrada*, cit., p. 6 – 7, la quale definisce la prevedibilità europea come “nozione in via di consolidamento”, come tale “sconta ancora inevitabili margini di incertezza e discrezionalità”.

favore della liceità dello stupro maritale, il mutamento dei costumi sociali avrebbe potuto consentire al marito di percepire il disvalore sociale legato a quella condotta e di conseguenza prevedere l'esito giudiziario cui sarebbe andato incontro. La conoscibilità del precetto penale era, dunque, assicurata. Medesimo ragionamento si rinviene, in sostanza, anche nel caso Ashlarba, ove la Corte EDU rigetta il ricorso del ricorrente poiché, sebbene il quadro normativo in materia di associazioni di stampo mafioso fosse controverso, il "comune sentire sociale" sarebbe stato tale da "consentire la conoscibilità del disvalore sociale attribuito dal legislatore". Nulla, dunque, avrebbe impedito che, in linea con quella giurisprudenza, la Corte EDU decidesse per la prevedibilità dell'esito giudiziario dinanzi a comportamenti certamente pregni di disvalore sociale, *ergo*, soggettivamente prevedibili da Bruno Contrada.

In definitiva, non v'è, dunque, alcun "diritto consolidato", né una "sentenza pilota", sicché non è possibile riconoscere alla sentenza Contrada più di quanto essa non sia in grado di rappresentare: un *decisum* vincolante il giudice interno a rimuovere gli effetti lesivi della violazione accertata nel caso oggetto di giudizio e, tutt'al più, in quelli riguardanti i "fratelli minori" del ricorrente, giammai una decisione cui può essere attribuito valore di fonte di produzione del diritto¹⁴⁷. Come avverte Giandomenico Salcuni, ma in riferimento al caso Grande Stevens¹⁴⁸, "se apparentemente l'adesione alle argomentazioni della Corte EDU, [nel caso concreto], può apparire più garantista, questa può essere soltanto una soluzione limitata al caso concreto. L'impatto di quella pronuncia può, infatti, se

¹⁴⁷ Una conferma degli assunti suddetti si rinviene anche dalla verifica della sussistenza, nel caso Contrada, di alcuni indici che, secondo la Corte Costituzionale, indicano l'inesistenza di una "giurisprudenza consolidata europea". Dalla "creatività del principio affermato rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea" al "contrasto con altre pronunce della Corte di Strasburgo", la "circostanza che la decisione provenga da una sezione semplice e non dalla Grande Camera", il "dubbio, che nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti, che alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano". Trattasi di indizi presenti in *Contrada*, i quali conducono a ritenere che "non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia". Per ulteriori spunti in questo senso, Corte Cost., 26 marzo 2015, n. 49, cit., § 6.1. del *Considerato in diritto*. Criticità in merito alla capacità dei criteri anzidetti di individuare l'(in)esistenza di una giurisprudenza consolidata, si rinvengono in G. REPETTO, *Vincolo al rispetto del diritto CEDU "consolidato": una proposta di adeguamento interpretativo*, cit., p. 415 – 418.

¹⁴⁸ G. SALCUNI, *Il dialogo fra Corti: dalla "giurisprudenza fonte" alla "giurisprudenza argomento"*, cit., p. 831 – 832.

portata alle estreme conseguenze, probabilmente non volute nemmeno dalla Corte EDU, [...]” condurre a risultati non voluti, anche in direzione opposta a quella che, soltanto rispetto al caso concreto, poteva considerarsi “giustizia”. Come a dire, non è detto che ciò che rende giustizia oggi, sia in grado di rendere giustizia domani: *ergo*, meglio rifuggire da principi di diritto creati e ragionati soltanto in relazione ad un caso definito con le sue peculiarità e le sue specifiche circostanze, almeno fino a quando della sua portata applicativa sia ragionevole non dubitarne.

5. Contrada, lo specchio di una legalità sofferente.

All’esito dell’opzione prescelta che non considera la sentenza Contrada come un precedente vincolante per l’interprete interno nell’applicazione e interpretazione quotidiana del diritto¹⁴⁹, verrebbe spontaneamente da chiedersi cosa rimanga di *Contrada* e quale sia l’insegnamento che una sentenza così discussa lascia all’ordinamento italiano. Sembra che non rimangano effetti giuridici dirompenti, così come pure all’indomani della sua pronuncia, vari commentatori avevano lasciato presagire, definendola insistentemente come una “sentenza di impatto epocale”, che scardina “alcune certezze in materia di legalità e di distinzione tra famiglie di ordinamenti giuridici” e che potrebbe determinare un cortocircuito della legalità continentale¹⁵⁰.

Nulla di tutto ciò sembra potersi desumere a debita distanza di tempo.

Sembra, invece, possibile definire la sentenza Contrada come dotata di una “forte cifra politica”¹⁵¹, come una condanna di Strasburgo all’Italia a rivedere se stessa e a riscoprire l’essenza della propria legalità¹⁵², un *warning* sullo stato di crisi che attraversa la legalità nella giustizia penale italiana¹⁵³. Una legalità in affanno, costretta a fare i conti con un’indebita inversione di ruoli, in cui il Parlamento, cui

¹⁴⁹ Si veda, in proposito, il ragionamento svolto nel paragrafo precedente, cfr. Corte Cost., 26 marzo 2015, n. 49, cit., § 6.1. del *Considerato in diritto*.

¹⁵⁰ Si riportano nel testo soltanto alcune delle espressioni con le quali i primi commentatori hanno presentato l’impatto della sentenza “europea” sull’ordinamento penale italiano. Per un breve panoramica di essi, si rinvia alla nota n. 8* del presente capitolo.

¹⁵¹ M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, cit., p. 362.

¹⁵² G. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, cit., p. 18; S. MILONE, *La garanzia della legalità tra diritto penale e processo: come assicurare la prevedibilità di un diritto...imprevedibile? Alcuni caveat dal caso Contrada*, cit., p. 11.

¹⁵³ D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità*, cit., p. 54.

competere l'esclusiva prerogativa di produrre le norme penali, vede quotidianamente erodere i suoi spazi dalle attività dei Governi e di altri centri decisionali sovranazionali, mentre il giudice, soltanto ormai in teoria "bocca della legge", crea il diritto tra indisturbate predisposizioni di progetti di politica criminale e mascherate analogie con effetti di inquietante "retroattività occulta" ai danni di malcapitati cittadini¹⁵⁴.

Sarebbe possibile, dunque, intravedere in *Contrada* lo specchio di una legalità sofferente, cui sopraggiunge, in soccorso, un "salvagente europeo", perchè venga rispettato il *minimum*, la prevedibilità dell'esito giudiziario – *rectius*, la conoscibilità del precetto penale - che non può mai mancare in quanto nucleo essenziale del principio dei principi sul quale non è concesso transigere. Alla palese violazione dei cardini della legalità continentale, dalla riserva di legge alla determinatezza e tassatività della norma penale, Strasburgo richiede almeno "l'adeguamento al minimo comune denominatore della legalità convenzionale, costituito dalla prevedibilità e accessibilità del diritto, quale che ne sia la fonte", il quale coincide, a ben vedere, con quella che si usa definire "matrice liberale e garantistica" del principio di legalità, nucleo primordiale ed essenziale che implica che venga assicurata al cittadino quella condizione minima e indispensabile al fine di vivere in tranquillità e in sicurezza, nella piena libertà di autodeterminarsi nella proprie scelte consapevoli e conscio delle conseguenze cui va incontro¹⁵⁵. Si tratta della base su cui nasce la legalità beccariana, rinvenibile

¹⁵⁴ Sullo stato di crisi in cui versa la legalità nel sistema di giustizia penale italiano, si rinvia a G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, cit., p. 79 ss.; A. GARGANI, *Verso una "democrazia giudiziaria"? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, p. 99 ss.

¹⁵⁵ G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in AA. VV., *Principio di legalità e diritto penale*, in *Quaderni Fiorentini*, XXXVI, Milano, 2007, p. 1250 – 1251, in cui l'Autore espone la doppia matrice che compone la legalità continentale, nella quale risulta "essenziale innanzitutto che il principio di legalità, nella sua primaria funzione garantista di baluardo posto a presidio della libertà individuale, assicuri ai cittadini che lo Stato non li punirà senza preventivamente informarli su ciò che è vietato o comandato, così soddisfacendo il diritto fondamentale di ciascuno a conoscere in anticipo i fatti penalmente sanzionati, in modo da far dipendere da una libera scelta individuale la decisione se realizzare o no comportamenti cui l'ordinamento reagisce con le sanzioni più intrusive della sfera personale" – così descrivendo la "matrice liberale – garantistica" irrinunciabile, rispetto alla quale, "per assicurare la sola certezza giuridica in termini di prevedibilità e calcolabilità del rischio penale, non sarebbe indispensabile concepire il principio di legalità come riserva di legge: allo scopo di informare preventivamente i cittadini basterebbe la precostituzione della regola di condotta da parte di una fonte normativa qualsiasi, anche di rango

nell'esigenza di "sicurezza" su cui gli uomini devono poter contare "perché è lo scopo per cui [...] stanno in società, che è utile perché gli mette nel caso di esattamente calcolare gli inconvenienti di un misfatto"¹⁵⁶.

Sembra opportuno smorzare i toni drammatici, a volte, nazionalisti, che si rinvergono in alcuni commenti seguenti alla sentenza Contrada: Strasburgo interviene per salvaguardare il minimo, giammai per imporre una propria concezione di legalità, escludendone un'altra, giammai per imporre all'Italia di rinunciare alla propria secolare tradizione continentale.

Non sembra vi sia nulla da temere per la tenuta del sistema, non v'è alcun sconvolgimento in atto se non la rassicurante presa di coscienza che "vi sarà sempre un giudice a Strasburgo".

Dal confronto con la Corte europea deriva un arricchimento di tutela per i diritti fondamentali dello sfortunato cittadino di turno, il quale, se malauguratamente non potrà contare sul rispetto della legalità continentale, avrà da sperare sulla tutela irrinunciabile del *minimum* su cui Strasburgo non sembra transigere. Del resto, lo scopo dichiarato della Convenzione non è certo quello di omogeneizzare le culture giuridiche dei Paesi aderenti, debellando tradizioni giuridiche secolari insite nella mentalità degli interpreti, quanto quello, certamente auspicabile, di garantire quel *minimum* di garanzia dei diritti dell'individuo perché uno Stato possa considerarsi "civile" e degno di partecipare idealmente alla comunità ideale del Consiglio d'Europa¹⁵⁷.

Così vale anche per la legalità, rispetto alla quale, l'interesse della Corte di Strasburgo, non è imporre la legalità europea su quella continentale, ma intervenire *in extremis* quando la prima appaia drammaticamente deficitaria al punto da non essere idonea a tutelare neanche la garanzia minima e irrinunciabile. All'interrogativo che aleggia in ogni contributo in materia, cioè se un'integrazione delle legalità possa considerarsi possibile, deve necessariamente darsi risposta positiva. Non come fusione verso una legalità ibrida, risultato di un'improbabile

inferiore alla legge in senso formale" – così presentando la "matrice democratica, come un *plus* garantistico, che vuole che la fonte penale sia affare riservato al monopolio del Parlamento.

¹⁵⁶ A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 47 – 66, in cui si perviene alla conclusione dell'esistenza di un *fil rouge*, che lega l'origine illuministica del *nullum crimen sine lege* alla concezione "europea" dello stesso, nello scopo ultimo di garantire quella tranquillità, sicurezza e piena esplicazione delle libertà individuali che "è lo scopo per cui gli uomini stanno in società".

¹⁵⁷ A. BULTRINI, *La Convenzione europea dei diritti umani*, cit., p. 649.

unione, ma in un gioco di complementarità in cui una legalità – quella europea – interviene soltanto a supplenza dell'altra, quando non si riveli idonea a salvaguardare i diritti e le libertà fondamentali del cittadino, secondo un sistema di “cerchi concentrici”, in cui il nucleo irrinunciabile – il cerchio interno e meno capiente - rappresenta proprio quel contenuto minimo ma non rinunciabile di legalità su cui non è consentito transigere in ogni ordinamento che voglia considerarsi giuridicamente civilizzato¹⁵⁸.

Tanto è avvenuto in *Contrada*. Tanto avviene in tutte le ipotesi in cui Strasburgo interviene a sanzionare l'Italia per non aver fatto da sé qualcosa che avrebbe potuto fare, ma che, per disinteresse, impreparazione o, in alcuni casi, per mala fede, non ha fatto. Così in *Scoppola*: non v'è dubbio che l'imputato avrebbe potuto trovar sollievo se soltanto i giudici italiani avessero voluto, poiché, da un lato, il principio di retroattività della norma penale più favorevole trova fondamento nel principio di uguaglianza, che impone di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano commessi prima o dopo l'entrata in vigore della *lex mitior*, sebbene tale principio sia ritenuto suscettibile di deroghe costituzionalmente legittime ove sorrette da giustificazioni ragionevoli, ma certamente non si vede quale potesse essere una motivazione ragionevole tale da prevalere sul rispetto della libertà personale dell'imputato¹⁵⁹. Si aggiunge, per completezza, che il caso *Scoppola* avrebbe potuto anche essere risolto tramite lo stesso principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, considerata la fittizietà dell'autoqualifica come “legge di interpretazione autentica”, in realtà, *ictu oculi*, innovativa del dato normativo previgente. Così in *Contrada*, poiché anche qui, se l'ordinamento italiano avesse apprestato in decenni di dibattiti e contrasti giurisprudenziali una fattispecie di concorso esterno in associazione mafiosa oppure se avesse, a suo tempo, costruito l'associazione di stampo mafioso in termini più precisi e determinati, giammai si

¹⁵⁸ G. SALCUNI, voce “Diritto penale europeo”, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2011, p. 208; D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità*, cit., p. 53, nei quali si rinviene un atteggiamento ottimistico rispetto alla “tutela multilivello” dei diritti fondamentali dell'individuo tramite il richiamo al rassicurante art. 53 CEDU che statuisce, infatti, che “nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi”.

¹⁵⁹ Corte Cost., 23 novembre 2006, n. 394, § 6.4 del *Considerato in diritto*, in *italgiure.giustizia.it*.

sarebbe verificata la situazione paradossale odierna. Così in *Sud Fondi*, in materia di confisca diretta e poi di confisca per equivalente, svelando un'indegna "truffa delle etichette". Pertanto, come scrive Franco Fiandanese, "deve riconoscersi che l'intervento della Corte EDU ha avuto il merito di portare ad emergenza una problematica di tutela dei diritti fondamentali che ben avrebbe potuto trovare soluzione all'interno del sistema nazionale"¹⁶⁰: si potrebbe affermare che Strasburgo viene a dare la sveglia all'ordinamento italiano quando avrebbe potuto e dovuto fare qualcosa e non l'ha fatto, quando il *minimum* dei diritti umani è in discussione, quando l'ordinamento interno è assente, giammai se presente e in grado di risolvere da sé un *vulnus* eclatante ai diritti fondamentali dell'individuo. Qui il senso della complementarità delle legalità, le quali si alternano e si affiancano senza mai scontrarsi, come "tessere" di un mosaico ampio in cui si incastonano perfettamente senza sovrapporsi, pronte a incontrarsi soltanto ove vi sia un effettivo bisogno, soltanto a tutela e mai a detrimento dell'individuo, mantenendo il rispetto delle specificità e delle identità di ognuna, ma arricchendosi dalla presenza e dal dialogo con le altre¹⁶¹.

Tanto rumore per nulla, si potrebbe credere.

Eppure qualcosa *Contrada* lascia dietro di sé.

Non sembra opportuno assumere un atteggiamento "euroscettico", diffidente verso le incursioni "europee" sull'ordinamento interno, a maggior ragione se garantiscono un effetto *in melius* per la tutela dei diritti fondamentali. Non esiste motivo di essere diffidenti verso qualcuno, poiché "non si tratta di importare acriticamente logiche ordinamentali estranee al nostro sistema, quanto piuttosto di trarre dal confronto un'utile occasione [...] per rivisitare teoricamente le diverse istanze fondative che sorreggono storicamente l'ordinamento costituzionale, in vista di una diversa e più soddisfacente conciliazione delle esigenze che esse intendono assicurare", questo il senso del dialogo che finisce per "imporre una

¹⁶⁰ F. FIANDANESE, in Tavola rotonda "Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale?", in *Criminalia*, 2013, p. 211.

¹⁶¹ Suggestiva l'immagine che offre G. SALCUNI, *Il dialogo fra Corti: dalla "giurisprudenza fonte" alla "giurisprudenza argomento"*, cit., p. 819, secondo il quale "esistono tante accezioni della legalità [...] non necessariamente da intendersi in modo autonomo e contrastante, ma da potersi raffigurare a mò di mosaico, come tessere di una figura più ampia", cioè la legalità penale "che deve avere i caratteri della conformità alla Costituzione, al diritto europeo ed a quello convenzionale", ma conformità "non significa perdita di identità del diritto penale, il rispetto delle fonti sovranazionali deve avvenire riconoscendo le peculiarità del diritto penale nazionale".

costante indagine sul senso e sul reale contenuto dei nostri elementi identificativi”¹⁶².

Il merito indiscusso di *Contrada* va, dunque, oltre Bruno Contrada, oltre il concorso esterno in associazione mafiosa e sta nell’aver “gettato un sasso nello stagno” svelando così a tutti che “il re è nudo”¹⁶³, che il sistema in cui generazioni di studiosi credevano di essersi formati sui libri, rischia di implodere e di rimanere soltanto *in the books*. Un *big bang* in una *temperie* culturale abituata a (volere) credere che il Parlamento appaia come centro dell’universo giuridico e a vedere nel giudice la muta *bouche de la loi*.

L’effetto dirompente di *Contrada* non si valuta nella capacità di scardinare l’ordinamento ma nella capacità di stimolare un’ampia fase di discussione sulla tenuta del principio di legalità, sullo iato drammaticamente esistente tra la *law in the books* e la *law in action*, sulla tenuta di ogni singolo corollario della legalità che non mantiene quanto promette nei libri, sulla figura e sul ruolo che silenziosamente il giudice ha assunto nel muovere i fili della giustizia penale.

Questa l’eredità più significativa di *Contrada*: un lascito che non nasce dal nulla, ma dal confronto tra culture diverse, dall’integrazione di tradizioni giuridiche opposte, dal dialogo tra culture differenti, da cui nasce la ricchezza di vedere all’altro per riscoprire se stessi. Un *modus agendi* che non viene dal nulla, ma dal senso profondo dell’Europa illuminista, “unita nella diversità”, poiché, come insegna l’Illuminismo, “dalla mancanza di identità deriva, infatti, la presenza di quello *spirito critico vigilante*, che non si ferma davanti ad alcun tabù, che ha l’ardire di esaminare con imparzialità tutte le tradizioni, basandosi su ciò che gli uomini condividono, vale a dire la ragione”¹⁶⁴, il che significa, in riferimento alla legalità, che la migliore difesa del *nullum crimen sine lege* non passa dall’isolamento nazionale, dalla diffidenza verso Strasburgo, ma è il costante e

¹⁶² F. BERTOLINI, *Dal confronto con ordinamenti “altri”, la riflessione sulla propria identità*, in *Giur. It.*, 2013, p. 1915.

¹⁶³ V. MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, cit., p. 1024 – 1025.

¹⁶⁴ T. TODOROV, *Lo spirito dell’illuminismo*, Milano, 2007, p. 113.

proficuo dialogo con il “diverso” a tenere vivo uno “spirito critico vigilante”, migliore custode della legalità continentale¹⁶⁵.

“La nostra ricchezza è fatta dalla nostra diversità: l’altro ci è prezioso nella misura in cui ci è diverso”, scrive il filosofo francese Albert Jacquard¹⁶⁶, così l’Europa giuridica “ci è preziosa nella misura in cui ci è diversa, perché ci consente, dal confronto con essa, di tornare a riflettere su noi stessi” per affrontare, responsabilmente, le sfide della modernità.

Questo insegna *Contrada*.

¹⁶⁵ “Non si può escludere che sia proprio il confronto – livello di integrazione europea – tra le esperienze degli ordinamenti continentali a propiziare la sperimentazione e il successivo consolidamento di nuovi strumenti di controllo della legalità [...] considerare *a priori* il diritto europeo una minaccia per la nostra tradizione legicentrica, si rivela limitativo e controproducente (se non un comodo *alibi* per rimanere inerti di fronte alle distorsioni del sistema) [...] non potremmo che trarre giovamento dalla vocazione europea alla difesa dello stato di diritto e dei diritti dell’uomo, dell’universalità dell’idea della dignità e della libertà di tutti gli esseri umani”, in A. GARGANI, *Verso una “democrazia giudiziaria?”*, cit., p. 123 – 124.

¹⁶⁶ A. JACQUARD, *Elogio della differenza. La genetica e gli uomini*, Milano, 1982.

Conclusioni

Sembra difficile, se non impossibile, tracciare alcune conclusioni in una materia così imprevedibile e giammai davvero risolta come quella che – non a caso, evidentemente – già Costantino Visconti, nella più completa monografia sul tema¹, definiva come “tormentata” vicenda del concorso esterno in associazione mafiosa. Non si vede, dunque, come si possano tracciare in questa sede soluzioni definitive, idonee a risolvere un problema cronico che coinvolge le nervature più profonde della giustizia penale italiana. Nondimeno si ritiene opportuno, all’esito di una breve ricostruzione del lavoro svolto, suggerire alcuni spunti di riflessione scaturiti quasi *naturaliter* dalle ricerche svolte. Linee di riflessione che possano disegnare, nei limiti dell’armamentario scientifico a disposizione di uno studente di giurisprudenza, possibili spunti per un ragionamento più ampio da parte di chi possiede le chiavi per comprendere la tanto complessa quanto affascinante materia “criminale”. Prima di giungere *in medias res*, sembra potersi affermare che l’invito a “sporcarsi le mani con la *law in action*” possa considerarsi come illuminante in particolar modo per la materia trattata. Non sarebbe stata possibile alcuna ricerca e comprensione del “concorso esterno” se non calandosi nella realtà dei giudici, nelle aule dei tribunali, ove il diritto trova la sua più compiuta realizzazione. La visuale “da sotto” appare particolarmente tanto suggestiva quanto complicata, oltre che nuova per lo studente, abituato a riflettere esclusivamente sulla pure affascinante *law in the books*, sul diritto come descritto nei felici manuali universitari, come se – questa un’immagine anch’essa suggestiva – il docente universitario abbia la premura di tenere al riparo i suoi studenti da un mondo così difficile e confuso come quello che esiste al di là dei libri, come un genitore che voglia proteggere i suoi figli da ciò che si pone oltre le rassicuranti mura domestiche. Non appare il caso di dilungarsi oltre, se non per descrivere brevemente le riflessioni cui si è giunti nelle ricerche svolte con il metodo appena descritto, per poi abbozzare qualche spunto “innovativo” che, si spera, possa trovare sviluppi ulteriori nelle riflessioni dell’esperto in materia.

¹ C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit.

Un'indagine sul "concorso esterno", paradigmatico esempio di "diritto penale giurisprudenziale", non avrebbe potuto trovare altro *incipit* che lo studio approfondito della giurisprudenza in materia, dalle decisioni del più remoto tribunale di provincia fino alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, vera protagonista di quella che si può definire una "commedia all'italiana". Così il "concorso esterno", ovverosia la condotta di chi, pur non facendone parte, contribuisce in qualche modo alla conservazione e al rafforzamento di un'associazione di tipo mafioso², assumeva forme e sembianze differenti da processo a processo, da imputato a imputato, da sezione a sezione, lasciando lo studioso, così come il cittadino, disorientato in quella che sembrava più "un'inestricabile giungla amazzonica che un verde pratino all'inglese"³. Non sembra necessario soffermarsi sulle conseguenze negative in termini di tenuta delle fondamenta sulle quali si regge il sistema "criminale": dal principio di uguaglianza, alla funzione preventiva – generale e speciale - del diritto penale, dalla sfiducia generale del cittadino verso la giustizia al sentimento di repulsione verso lo Stato. Tutto era messo in dubbio da un pullulare di contrasti di ogni tipo, su ogni questione, su ogni elemento che caratterizzava il "concorso esterno".

Un tribunale avrebbe potuto assolvere, un altro, a qualche centinaio di chilometri di distanza avrebbe condannato, così, com'è pure accaduto, una sezione della Cassazione avrebbe ritenuto integrato il reato verificati certi comportamenti, un'altra avrebbe ritenuto ininfluenti gli stessi agli effetti della legge penale e così via. Dalla visuale "dal basso", infatti, si scorgeva nel "concorso esterno" il riflesso di un cortocircuito che investiva la giustizia penale italiana, messa in crisi dal terribile combinato disposto rappresentato dall'incapacità del legislatore e dalla latente incertezza giurisprudenziale. Dalle mancate risposte dell'ordinamento in materia di tipizzazione legislativa – nonostante pure qualche parlamentare "illuminato", stimolato dalla riflessione dottrinale, avesse presentato qualche proposta di legge interessante in materia, cui pure si è fatto cenno nella disillusa speranza che qualche risultato si potesse conseguire - all'incapacità della

² La definizione di "concorso esterno" sopra riportata deve considerarsi ovviamente approssimativa, tante e varie sono le definizioni della stessa, rinvenibili nelle massime della Corte di Cassazione, anche a Sezioni Unite, cosicché sarebbe azzardato promuovere una definizione, anziché un'altra.

³ A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 73.

giurisprudenza di darsi una stabilità, di attenersi a quell'etica del limite, del rispetto della giurisprudenza consolidata e autorevole delle Corti superiori, recentemente anche auspicato dal Primo Presidente della Corte di Cassazione, Giovanni Canzio, nel discorso d'inaugurazione dell'anno giudiziario⁴.

Una *judge made law* all'italiana – scriveva sarcasticamente Vincenzo Maiello nel tentativo di evidenziare un goffo tentativo della giurisprudenza italiana di imitare i colleghi anglosassoni, pur essendo priva, da un lato, di presupposti normativi, come una qualche vincolatività del precedente, dall'altro, dei presupposti culturali, la “cultura del precedente”⁵ - incapace di evitare che un giudice per le indagini preliminari “snobbi” così apertamente il risultato a cui erano pervenute ben quattro Sezioni Unite in un ventennio di contrasti interpretativi, così come impotente di fronte alla possibilità che in un medesimo processo si rinvergano più definizioni di partecipazione all'associazione mafiosa e, di conseguenza, di “concorso esterno”, così da disorientare non soltanto gli imputati, ma anche pubblici ministeri, difensori e la collettività intera.

Più scorreva il tempo – anche quello impiegato nelle ricerche svolte per il presente lavoro – più appariva evidente come il “concorso esterno” fosse uno strano “mostro” imprevedibile e difficilmente inquadrabile entro confini ben definiti. Un “baco del sistema”⁶, in cui, per un verso, una legge esiste soltanto nella forma, a giustificazione dei provvedimenti giudiziari, ai sensi del terribile combinato disposto ex artt. 110 – 416 *bis* del codice penale, ma, nella sostanza delle cose, inesistente e incapace di orientare il giudice nell'applicazione “meccanica” del diritto, quasi potendo indicarsi in essa un manifesto vivente di come *non* si deve legiferare *in criminalibus*. Per altro verso, una giurisprudenza troppo caotica, riottosa e “capricciosa” per colmare il *deficit* legislativo in quel compito “logico” ed essenziale che investe il diritto - *a fortiori* il diritto penale - che il giurista usa definire come principio di legalità, inteso nella sua forma primordiale, cioè come strumento indispensabile per consentire al cittadino di organizzare la propria vita in tranquillità e sicurezza, di godere pienamente delle

⁴ G. CANZIO, *Intervento*, cit., p. 4.

⁵ V. MAIELLO, *Una judge made law italiana*, cit.

⁶ M. PAPA, *Un “baco nel sistema”?*, cit.

sue libertà, avendo conoscenza delle conseguenze giuridiche del suo agire, così come insegnava già Cesare Beccaria all'alba del diritto penale moderno.

Si può, forse, immaginare che, guardando al di qua delle Alpi, l'interprete italiano fosse ormai rassegnato a mantenere uno strumento "terribile", certamente fonte di guasti per la giustizia penale e per i principi cardine della legalità continentale, ma terribilmente utile per colpire una criminalità così pericolosa e invadente.

Così anche questo lavoro si chiudeva, in prima parte, pervaso da un senso di sfiducia verso qualche "scossone" che avrebbe messo a posto una situazione assai critica, né un rinsavimento della giurisprudenza da un giorno all'altro, né un risveglio storico del legislatore, né tantomeno una forte presa di posizione della Consulta sul rispetto "ortodosso" dei principi costituzionali.

Ma, alla sfiducia, si collegava un "grido" - non solo della magistratura - a "fare presto", ormai consapevolmente rivolto a Strasburgo, essendo ormai azzerate le possibilità che l'interprete italiano facesse qualcosa che avrebbe potuto fare da solo, e non l'ha fatto, già da trent'anni.

Quel "grido" fortunatamente giungeva a Strasburgo.

"C'era un giudice a Strasburgo", in ultima istanza, pronto a intervenire "come un salvagente" in soccorso ad una legalità continentale in sofferenza.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con sentenza datata 14 aprile 2015⁷, condannava l'Italia nell'*affaire* Contrada per violazione del *nullum crimen sine lege*, perché, sostengono i giudici di Strasburgo, le autorità giudiziarie italiane non avrebbero dovuto condannare il ricorrente per il reato "giurisprudenziale" di concorso esterno in associazione di tipo mafioso. All'epoca dei fatti (1979 – 1988), il ricorrente non avrebbe potuto prevedere le conseguenze della sua condotta, né avrebbe potuto organizzare in tranquillità la propria vita, conscio di ciò cui sarebbe andato incontro all'esito dei suoi comportamenti. La base legale, pur formalmente esistente, non esisteva in sostanza, poiché il dato legislativo era così indeterminato e generico da potersi considerare come inesistente, mentre il dato giurisprudenziale, pure esistente, era così confuso da non essere idoneo a colmare il *deficit* espresso dalla legge. Non poteva essere diversa la conclusione cui giunge Strasburgo, abituata a vedere alla tutela effettiva dei diritti, ad andare

⁷ Corte eur. dir. uomo, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia* n.3, cit.

alla sostanza delle cose, non facendosi ingannare dalla forma, dall'apparenza, da "truffe delle etichette" cui, invece, la giustizia italiana appare così appassionata.

Il reato non era prevedibile, *ergo* non esisteva.

Un "fulmine a ciel sereno", tanto atteso e sperato, che accendeva un faro sulla giustizia penale italiana, la invitava a fare i conti con se stessa, a ripensare il sistema perché si potessero recuperare le basi della legalità continentale.

Non una sentenza che sconvolgeva la tradizione giuridica continentale, né che avrebbe provocato un "terremoto" sulle nervature profonde sulle quali reggevano le famiglie di *civil law*. Nulla di tutto ciò, quanto piuttosto un forte richiamo all'ordine, alla serietà di Paese che ama considerarsi e apparire come "civile": l'effetto dirompente di *Contrada* non si valutava nella capacità di scardinare l'ordinamento ma - conviene riportare quanto già scritto - "nella capacità di stimolare un'ampia fase di discussione sulla tenuta del principio di legalità, sullo iato drammaticamente esistente tra la *law in the books* e la *law in action*, sulla tenuta di ogni singolo corollario della legalità che non mantiene quanto promette nei libri, sulla figura e sul ruolo che silenziosamente il giudice ha assunto nel muovere i fili della giustizia penale". Accogliere un *input* da Strasburgo significa, infatti, rendersi conto, alla luce del sole, che "il diritto penale sta cambiando il suo volto"⁸, che il cambiamento – che si fa fatica a riconoscere – è già in atto, cosicché sembra pericoloso comportarsi come "struzzi", fare finta che nulla stia accadendo, trincerarsi dietro *alibi* che costituiscono l'*habitat* adatto perché altri "concorsi esterni" si ripetano sistematicamente. Non sembra utile qui riportare dettagliatamente che cosa non funziona, tanto ciò appare evidente a chi legge e tanto hanno già mirabilmente scritto alcuni Maestri della materia "criminale"⁹, quanto forse maggiormente utile andare oltre, nel tentativo di comprendere come si presenta *in action* il sistema della giustizia penale.

Un sistema sconvolto da contrasti giurisprudenziali frequentissimi, da una determinatezza che non rende quanto dovrebbe e produce la divergenza applicativa della norma, da una precisione che stenta a realizzarsi, da conseguenti

⁸ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004.

⁹ Su tutti, F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in AA. VV., *Principio di legalità e diritto penale*, in *Quaderni Fiorentini*, XXXVI, Milano, 2007, p. 1279 ss.; G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., p. 1247 ss.

fenomeni di “retroattività occulta” delle norme penali, da una riserva di legge erosa da ogni fronte, da un giudice che assume, non di rado, le vesti di legislatore. Non v’è ormai alcun dubbio, invero, sulla crisi della legalità *tout court*, compresa quella in materia penale, sconvolta da una crisi filosofica, politica e istituzionale, che produce la fine della primazia della legge, dell’idea secondo la quale il diritto corrisponde alla legge, di pura matrice illuministica¹⁰. La legge appare invece come una “voce”, non di un monologo del legislatore, ma di un “dialogo” che coinvolge più “voci” in un dibattito assai più ampio e complesso. Il diritto si presenta come un’ardua impresa collettiva, un “gioco di squadra” in cui tanti soggetti “giocano” la loro partita verso il risultato comune, l’organizzazione della vita in società.

Così strettamente collegato alla crisi della legge, non v’è ormai alcun dubbio sul superamento dell’idea di giudice “*bouche de la loi*” al punto tale che Giovanni Fiandaca - non a torto - afferma “di vivere nell’epoca dei giudici”¹¹. Nemmeno su questo punto sembra opportuno dilungarsi oltre, tanti sono i contributi scientifici che tentano di comprendere la varietà di fattori che ne sono alla base¹². Dall’impossibilità del giudice “di non decidere” - a differenza del legislatore, il quale, come il concorso esterno insegna, può “addormentarsi” - al protagonismo giudiziario, passando per le moderne teorie dell’ermeneutica, il punto comune, ormai non rinnegabile, è che il giudice crea diritto, o meglio, compie “discorsi sul diritto”, completa la legge, supplisce ad essa rispetto ai suoi frequenti *deficit* di genericità e indeterminatezza, insita naturalmente, come insegna anche un grande

¹⁰ Per rendersi conto di come il diritto abbia subito una forte trasformazione rispetto ai suoi ideali illuministi, conviene riportare anche quanto raccontato da un professore di storia del diritto, il quale, alla domanda di uno studente sul perché, negli anni ’70, si usavano le espressioni “facoltà di legge”, “studiare legge” e non “giurisprudenza” – come oggi avviene – costui rispondeva che ciò costituiva un portato ideologico, ancora presente in quel tempo, dell’identificazione del diritto nella sola legge parlamentare. Oggi, invece, si usa il termine “giurisprudenza” per indicare non una fonte del diritto, ma per valorizzare il termine *iuris prudentia*, ossia il modo di giudicare e ragionare sul diritto. Anche se non passa inosservato il richiamo esplicito a un formante – la giurisprudenza - in fortissima ascesa nel campo delle fonti del diritto.

¹¹ G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giurisdizionale*, cit., p. 92.

¹² Una completa rassegna di contributi sull’argomento, recentemente pubblicata, offre un’ampia riflessione sul problema dell’interpretazione nella giustizia penale con qualche incursione “filosofica” e “civilistica”, considerando che trattasi di problematiche che tendono a coinvolgere il diritto *tout court*, pure nella consapevolezza che ogni materia possiede le sue specificità di cui non può non tenersi conto. Si rinvia, dunque, all’intero volume di A. MANNA (a cura di), *Il problema dell’interpretazione nella giustizia penale*, Pisa, 2016.

semiologo, scrittore e uomo di cultura, Umberto Eco¹³, in qualsiasi linguaggio caratterizzato dalla polisemia e non dalla univocità dei significati terminologici e valoriali. Così come impossibile per la legge comprendere e prevedere tutto, così per il giudice impossibile è non creare il diritto, non per infedeltà, quanto per necessità di adattamento di un dato imperfetto alla realtà che muta e si trasforma, non attende il *placet* del legislatore, con un ritmo incessante cui un dato stabile come la legge non può stare dietro.

Il giurista, allora, non può trincerarsi dietro una strenua difesa della tradizione giuridica, quanto ricordare a se stesso il celebre insegnamento kantiano, secondo il quale l'uomo non è mai mezzo ma fine cui orientare ogni condotta umana.

La legalità rimane un mezzo tramite il quale garantire all'uomo la libera esplicazione di sé, dei suoi diritti e delle sue libertà fondamentali: l'uomo il fine, la legalità - *rectius* il diritto - un mezzo a disposizione dell'uomo per migliorare la sua vita. Qualsiasi altro atteggiamento sarebbe tutela irragionevole della forma, a scapito della sostanza. Questo insegna anche *Contrada*.

In quest'arduo compito, prima mentale che "istituzionale", non esiste l'*alibi* della solitudine, né della mancanza di esempi. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, riprendendo una bella immagine suggerita da Gustavo Zagrebelsky¹⁴, può indicare la strada da percorrere per la tutela dei diritti umani, per affrontare le sfide della modernità, come un amico più saggio guida il più giovane alla scoperta di un mondo che cambia, di una "legalità che si trasfigura ma non muore, chiedendo al giurista un impegno nuovo"¹⁵. Non esiste oggi una legalità contro i giudici, quanto piuttosto una *legalità da tutelare con l'impegno dei giudici*.

Ogni altro atteggiamento sembra anacronistico, frutto di una miopia che non permette di vedere la nuda e primordiale esigenza di assicurare al cittadino una vita sicura, tranquilla, libera, depurata da quei presupposti politici, sociali e storici, posti alla base delle teorie illuministe, nate per contrastare uno strapotere dei Grandi Tribunali e per portare certezza del diritto a fronte dell'incertezza

¹³ U. ECO, *Opera aperta. Forma e indeterminazione nelle poetiche contemporanee*, IX ed., Milano, 2013, p. 95 ss. come citato da A. MANNA, *Introduzione alle problematiche relative all'interpretazione nella giustizia penale*, in *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, cit., p. 23 ss.

¹⁴ G. ZAGREBELSKY, *Corti Costituzionali e diritti universali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, p. 301.

¹⁵ F. PALAZZO, *Legalità penale*, cit., p. 1321.

causata da secoli di *ius commune*. Corollari contingenti a quel dato momento storico, oggi superato¹⁶. Cesare Beccaria non potrebbe che condividere quanto appena affermato, se soltanto potesse osservare lo stato in cui versa la legalità: la legge era allora il mezzo migliore per garantire quella “sicurezza [...] che è lo scopo per cui gli uomini stanno in società, che gli è utile perché li mette nel caso di esattamente calcolare gli inconvenienti di un misfatto”, oggi non più.

Non v'è tanto da tutelare il cittadino dall'arbitrio del giudice, quanto l'esigenza di garantire al cittadino la prevedibilità del diritto così come interpretato dai giudici. Questo il senso profondo dell'Illuminismo, cosicché il suo insegnamento può considerarsi rispettato soltanto “se, a partire dal testo delle disposizioni pertinenti e con l'aiuto dell'interpretazione della legge fornita dai tribunali interni”, il cittadino “possa conoscere le conseguenze dei suoi atti sul piano penale”. Una legge deve pure esserci, dunque, ma nella consapevolezza che “a causa del carattere generale delle leggi, il testo di queste non può presentare una precisione assoluta” e, pertanto, “in qualsiasi ordinamento giuridico, per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione di legge [...], esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria”¹⁷.

Se il fine è la sicurezza del cittadino, il mezzo può e deve essere riletto e adattato ai cambiamenti che la realtà delle cose impone.

Legge e giurisprudenza come strumenti collegati, stretti in un rapporto di complementarietà, ove al centro rimane la legge, unica competente a dettare i confini del “giusto e dell'ingiusto”, ma intorno ad essa la giurisprudenza, competente “a indicare il reale significato della norma, in un determinato contesto socio – culturale [...]”¹⁸ in un gioco di reciproca integrazione verso la garanzia

¹⁶ “Alcuni avanzi di leggi di un antico popolo conquistatore, fatte compilare da un principe che dodici secoli fa regnava in Costantinopoli, frammischiate poscia co' riti longobardi, ed involte in farruginosi volumi di privati ed oscuri interpreti, formano quella tradizione di opinioni che da una gran parte dell'Europa ha tuttavia il nome di leggi; ed è cosa funesta, quanto comune al dì d'oggi, che un'opinione di Carpsivio, un uso antico accennato da Claro, un tormento con iraconda compiacenza suggerito da Farinaccio, sieno le leggi a cui con sicurezza ubbidiscono coloro che tremando dovrebbero reggere le vite e le fortune degli uomini”, C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 31. Sarebbe sufficiente leggere l'*incipit* appena riportato, intitolato “A chi legge”, per comprendere quale fosse il problema da annientare all'epoca in cui Cesare Beccaria compilava l'aureo libretto, ovverosia l'incertezza assoluta del diritto, soltanto allora rimediabile tramite il potere ordinatore della legge.

¹⁷ Corte eur. dir. uomo, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, § 100.

¹⁸ Cass. pen., Sez. Un., 21 gennaio 2010, *Beschi*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 22.

della conoscibilità del precetto penale per il cittadino. Si osserva, dal confronto con la realtà, cui un suggerimento proviene da Strasburgo, come la legalità continentale possa mutare, dando rilievo alla giurisprudenza, pur rimanendo invariato il fine, la libertà del cittadino. Passando in rassegna quelli che si definiscono “corollari della legalità” con uno spirito realista e mirante a “governare il cambiamento” e non a subirlo, la riserva di legge non indica l’onnipotenza della legge, ma l’idea che la legge rimanga il nucleo del diritto “criminale” da cui prendere le mosse, per affiancarle l’opera ineliminabile di una giurisprudenza che “continua la legge”, ma ad essa non si sostituisce. La determinatezza non come precisione della legge e del tipo criminoso, non come tutela del cittadino dall’integrazione della fattispecie da parte del giudice, ma come prevedibilità del precetto garantita da un operare congiunto e armonico della legge “aiutata” dalla giurisprudenza nel delineare i confini applicativi della norma, anche laddove possano risultare dal testo più oscuri. Il divieto di analogia non come impossibilità del giudice di “continuare la legge”, quanto il divieto del giudice di creare il diritto *contra* i limiti evidenti fissati dal testo della legge. Infine, l’irretroattività non soltanto come limite all’arbitrio del legislatore ma rivolta anche al giudice al quale non può consentirsi di interpretare “irragionevolmente” la legge incriminatrice allargandone le maglie applicative, perché nulla distingue la legge dalla giurisprudenza agli occhi del cittadino che subisce la condanna per fatti penalmente rilevanti soltanto *ex post*.

Come suggerisce Antonio Vallini¹⁹, non importa *chi*, ma *come* si producono le norme penali. E - si aggiunge - importa altresì *chi controlla* chi produce le norme penali. Ecco perché, preso atto della realtà che sta mutando, di un “diritto penale che sta cambiando il suo volto”, di un giudice che, volente o nolente, produce in qualche modo diritto, di un cambiamento inarrestabile già in atto, opportuno è “governare il cambiamento” non subirlo passivamente, con il rischio che si producano altri “concorsi esterni” nel sistema. Se essenziale non è il *chi*, ma il *come*, occorre passare in rassegna le due “voci” del diritto, la legge e la giurisprudenza per osservare *come* creano il diritto e *chi* le controlla, così apprestando strumenti utili a risolvere eventuali problemi.

¹⁹ A. VALLINI, in Tavola Rotonda “Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale?”, in *Criminalia*, 2013, p. 249.

Con l'occhio e la mente rivolti al "paradigmatico" caso del "concorso esterno", la legge non può che richiedere un *restyling* poiché, se sotto la lente d'ingrandimento cade la *new entry* del sistema, la giurisprudenza, la prima non può essere esente da responsabilità, continuando essa a rappresentare pur sempre il perno attorno al quale muovere il "discorso sul diritto", l'unico collegamento ideale con la sovranità popolare. Una guida verso cui tendere proviene dalla storica sentenza della Consulta n. 364 del 1988 nella quale si ritrovano le direttive verso cui il legislatore razionale deve mirare perché "il diritto penale costituisca l'*extrema ratio* di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di rilievo costituzionale e tali da essere percepite anche in funzione di norme extrapenali di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare"²⁰. Si comprende, ovviamente, come la Consulta esprima un'idea di perfezione irraggiungibile allo stato delle cose, ma qualche passo in avanti - pure nella consapevolezza che una tassatività assoluta del precetto, così come una razionalità assoluta del legislatore, siano impossibili - è auspicabile. A tale proposito, si riportano due proposte interessanti, non incompatibili tra loro, in materia di miglioramento delle tecniche e processi di redazione della legge, incidenti trasversalmente sul *come* e sul *chi controlla* chi produce il diritto. Da un lato, consiglia Francesco Palazzo, si potrebbe aggiungere un doppio controllo obbligatorio del testo della proposta legislativa, prima della sua approvazione e promulgazione. La proposta, infatti, dovrebbe essere rivista, controllata e ottenere un *placet* da commissioni parlamentari *ad hoc*, in particolare dalla Commissione affari costituzionali per la verifica del rispetto dei canoni e principi costituzionali specificamente propri della materia penale e dalla Commissione giustizia per la verifica del rispetto dei criteri di politica sanzionatoria, già delineati nella famosa circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri e risalente al 5 febbraio 1986. Si potrebbe - forse dovrebbe - potenziare ulteriormente il Comitato per la legislazione, già attivo, in seguito ad una modifica del Regolamento della Camera dei Deputati, dal 1997, rendendo obbligatorio un parere dello stesso prima dell'approvazione definitiva delle leggi.

²⁰ Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *RIDPP*, 1988, p. 686 ss.

Si tratta, a ben vedere, di proposte che potrebbero risultare ancora più utili, qualora la riforma costituzionale “Boschi”, per il superamento del bicameralismo perfetto, dovesse passare il vaglio del *referendum* confermativo, così lasciando soltanto alla Camera il compito di legiferare *in criminalibus*.

Da non prendere, poi, “sottogamba” l’invito alla creazione, anche in sede universitaria, della figura del “legista”, cioè di un esperto della scienza della legislazione, “una figura particolare e professionale che riesca per lo meno una volta preso atto della volontà del legislatore di tradurla in italiano corretto prima di passare dalla Gazzetta Ufficiale”²¹.

Maggiori nebbie si addensano intorno alla *new entry*, la giurisprudenza, di cui soltanto recentemente si è compreso il ruolo svolto in quell’ardua impresa collettiva che è il “fare diritto”, rispetto alla quale è improcrastinabile la ricerca di strumenti per “governare” il giudice, nonché per controllare il suo operato. Se la “giungla amazzonica” dei contrasti deriva da un’eccessiva libertà – quasi anarchia – del giudice dalla legge e da se stesso, opportuno è incatenare “ragionevolmente” la sua attività, perché chiunque crea diritto deve sempre rispondere di cosa fa e di come lo fa. Escludendo l’idea di poter imbrigliare l’attività interpretativa con criteri rigidi d’interpretazione, così come insegna l’esperienza dei criteri ermeneutici previsti dal codice civile, il controllo dell’attività del giudice sarebbe assicurato dalla pubblicità del processo penale, dal sistema accusatorio che consente alle parti di “partecipare attivamente” alla formazione della prova e della correlata decisione giudiziale, dalla motivazione in fatto e in diritto, dalla pubblicazione della sentenza e dalla diffusione, soltanto di alcune di esse, tramite i *mass media*, dalla pubblicazione di note a sentenza che “controllano” scientificamente le argomentazioni svolte dal giudice. Si potrebbe, ulteriormente, migliorare tale controllo perché, *de iure condito*, qualcosa continua a non funzionare. Si avrebbero migliori risultati se soltanto esistesse un effettivo controllo all’interno della magistratura, cosicché il magistrato che esula dalla lettera della legge, che sconfina in modo esorbitante dal suo significato, che si scosta irragionevolmente e con argomentazioni discutibili dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite, possa essere valutato non positivamente ai fini

²¹ M. VAIRA, in *Il problema dell’interpretazione nella giustizia penale*, cit., p. 18.

dell'avanzamento in carriera. Non si esclude, cioè, che lo scopo cui qui si mira, il controllo del giudice, possa comportare un qualche *deficit* per altri interessi, quale l'indipendenza assoluta del giudice nello svolgimento del suo lavoro, ma non v'è dubbio che, in un'ottica di bilanciamento dei fini, il primo appaia nettamente superiore e perciò da perseguire a costo di cedere qualcosa su qualche altro principio.

Ma sul *come* ricade l'intervento fondamentale.

Contrada, o meglio, il “tormentato cammino del concorso esterno” appare l'esempio di *come* non si partecipa al “gioco di squadra” diritto. Non potrebbe essere accettabile ciò che accadeva qualche mese fa, quando un giudice per le indagini preliminari cancellava, con un tratto di penna, risultati faticosamente raggiunti da migliaia di pagine scritte dall'organo più autorevole, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Non potrebbe esistere un diritto prevedibile se, accolto un orientamento “ai piani alti” della giurisprudenza, qualsiasi giudice della Repubblica potesse discostarsene in barba a qualsiasi idea di prevedibilità del diritto e di rispetto per il cittadino che non può che fare affidamento sulla precedente attività dei tribunali, così come ognuno si affida a ciò che si è fatto in passato per affrontare con maggiore tranquillità ciò che si prospetta nel futuro. Serve, dunque, una qualche vincolatività del precedente, “una versione *soft* del precedente” ma non solo, poiché sarebbe opera vana se il giudice italiano non acquisisse quell'abito mentale, quel *modus agendi* che gli impone per formazione di consultare più attentamente la giurisprudenza della Cassazione, di citare la giurisprudenza pertinente, di motivare *per relationem* per confermare una giurisprudenza consolidata senza ripetere motivazioni identiche già rinvenibili in altri casi identici, di rispettare l'autorevolezza delle Corti superiori, di possedere quell'etica del limite, aspetto esteriore della “leale collaborazione tra i poteri dello Stato”. Sul piano normativo, sarebbe sufficiente estendere *in criminalibus* ciò che già esiste in materia civile per le sezioni semplici, allargandolo, se del caso, ai giudici di merito. Si tratta di un “obbligo di rimessione alle Sezioni Unite”: in pratica, qualora il giudice di merito oppure la sezione semplice della Corte di Cassazione ritengano di non condividere il precedente vincolante delle Sezioni Unite, non potrebbero discostarsene, ma sorgerebbe in capo a loro un obbligo di

rimettere la questione alle Sezioni Unite perché siano quest'ultime a verificare se sia il caso di discostarsi da un lettura della norma cui il cittadino fa ormai affidamento oppure confermare ulteriormente la stessa, obbligando il giudice remittente a uniformarsi²². Resta soltanto da aggiungere, rinviando per ulteriori spunti alla “pioneristica” monografia in materia di Alberto Cadoppi, che appare davvero singolare che lo strumento di cui sopra sia stato già trapiantato dal diritto civile al diritto amministrativo, mentre faccia fatica a insediarsi sul terreno “penale”, ove l'esigenza di prevedibilità dell'esito giudiziario è drammaticamente più pressante che in quei campi del diritto.

Se un senso di sfiducia s'insinuava di fronte alla mancanza di risposte “nazionali”, se un atteggiamento sconsolato prendeva il sopravvento sulla possibilità di “curare” una giustizia penale “malata”, Strasburgo ha ridato vitalità alla possibilità di “governare il cambiamento”, di ingabbiare, in qualche modo, una realtà che cambia costantemente al mutare dei bisogni sociali, dei rapporti di forza, con la stessa velocità con la quale le mode passano, i valori si trasfigurano e le generazioni invecchiano. Resta, per non illudersi oltremodo, la solida consapevolezza dell'essere, il diritto, “una scienza ironica” perché crede di poter rinchiudere la realtà in formule, commi, articoli e codici, inconsapevole di quanto la stessa sia sfumata, liquida, troppo mutevole per mantenersi immobile come il diritto vorrebbe. Il “concorso esterno” – *rectius* il fenomeno della “contiguità mafiosa” – rende chiaramente l'idea dell'arroganza del diritto, “una scienza ironica”, come scrive lo scrittore e intellettuale Claudio Magris²³.

Tenta di ingabbiare la vita, ma non vi riesce.

Tenta di prevedere il futuro, ma non lo controlla.

Rende un enorme servizio alla vita, ma non esaurisce la spiegazione della vita e dell'agire, ne rimane alle soglie.

²² A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 304 ss.; G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 1737; M. DONINI, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e il nuovo ruolo della Corte di Cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1177. Contrario all'ipotesi di un qualche vincolo al precedente, D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità*, cit., p. 50 – 51.

²³ Citazione tratta da N. IRTI, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984.

Bibliografia

AMARELLI G., *Il giudice ed il rispetto della legge penale in sede interpretativa. Obsolescenza apparente e attualità permanente del pensiero di Beccaria*, in *Osservatorio Costituzionale*, AIC, 2015.

AMARELLI G., *La riforma del reato di scambio elettorale politico - mafioso*, in *penalecontemporaneo.it*, Rivista trimestrale, 2/2014, p 4 ss.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003.

ARGIRÒ F., *Note dommatiche e politico-criminali sulla configurabilità del concorso esterno nel reato di associazione di stampo mafioso*, in *RIDPP*, 2003, p. 768 ss.

BALENA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, III ed., Bari, 2014.

BALSAMO A., LO PIPARO A., *La contiguità all'associazione mafiosa e il problema del concorso eventuale*, in *Le associazioni di tipo mafioso*, a cura di B. Romano, Torino, 2015, p. 93 ss.

BALSAMO A., RECCHIONE S., *Mafie al nord. L'interpretazione dell'art. 416 bis e le strategie di contrasto*, in *penalecontemporaneo.it*.

BALSAMO A., voce "Codice antimafia", in *Dig. Disc. Pen.*, aggiornamento VIII, Torino, 2014.

BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012.

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, 1764, ed. a cura di A. Burgio, Milano, XVIII ed., 2014.

BELL A., *La Corte di Cassazione scrive la parola fine sul processo Dell'Utri*, in *penalecontemporaneo.it*.

BERNARDI A., Art. 7, in *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, G. Raimondi e B. Conforti, Padova, 2001, p. 249 ss.

BERTOLINI F., *Dal confronto con ordinamenti "altri" la riflessione sulla propria identità*, in *Giur. It.*, 2013, p. 1911 ss.

BETTI E., *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955.

BETTIOL G., *Brevi considerazioni sul concorso di più persone nel reato*, in *Ricerca C.N.R. – C.N.P.D.S. sulla riforma della parte generale del codice penale*, 1983.

BORRELLI G., *Tipizzazione della condotta e nesso di causalità nel delitto di concorso in associazione mafiosa*, in *Cass. Penale*, 2005, p. 3759 ss.

BORSELLINO P., *Oltre il muro dell'omertà. Scritti su verità, giustizia e impegno civile*, Milano, 2011.

BULTRINI A., *Il meccanismo di protezione dei diritti fondamentali istituito dalla CEDU*, in *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, a cura di B. Nascimbene, Milano, 2002, p. 3 ss.

BULTRINI A., *La Convenzione europea dei diritti umani: considerazioni introduttive*, in *Corriere giuridico*, 1999, p. 642 ss.

CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ed., Torino, 2014.

CANTONE R., *Discorso di inaugurazione del corso di Diritto Penale*, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli "Parthenope", Napoli, 16 gennaio 2012.

CANZIO G., *Intervento del Primo Presidente per la cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2016*, scaricabile dal sito cortedicassazione.it.

CARNELUTTI F., *Pena e processo*, in *Riv. di diritto processuale*, 1952, p. 161 ss.

CAVALIERE A., *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003.

CAVALIERE A., *Il concorso eventuale nelle associazioni per delinquere e di tipo mafioso: dal diritto penale "vivente" a quello conforme alla legalità costituzionale*, in *I reati associativi. Paradigmi concettuali e materiale probatorio*, a cura di L. Picotti, G. Fornasari, F. Viganò e A. Melchionda, Padova, 2005, p. 117 ss.

CENTONZE A., TINEBRA G., *Il concorso eventuale nell'associazione di tipo mafioso e la delimitazione delle aree di contiguità nell'esperienza giurisprudenziale*, in *Il diritto penale della criminalità organizzata*, a cura di B. Romano e G. Tinebra, Milano, 2013, p. 161 ss.

CERASA C., *C'è un giudice a Strasburgo. Arrivano buone notizie per il Cavaliere per il ricorso sulla Severino*, in *Il Foglio*, 28 marzo 2015.

CERASE M., *Brevi note sul concorso eventuale ai reati associativi*, in *Cass. Penale*, 1994, p. 2683 ss.

CIVELLO CONIGLIARO S., *La Corte EDU sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada*, in *penalecontemporaneo.it*.

CONFORTI B., *Diritto internazionale*, X ed., Napoli, 2015.

CONTENTO G., *Il concorso di persone nei reati associativi e plurisoggettivi*, in *Ricerca C.N.R. – C.N.P.D.S. sulla riforma della parte generale del codice penale*, 1983.

CONTI R., *Corte Costituzionale e CEDU: qualcosa di nuovo all'orizzonte?*, in *Corriere giuridico*, 2010, p. 624 ss.

CONTI R., *La Corte Costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, in *Corriere giuridico*, 2008, p. 205 ss.

CONTRADA B., LEVITI L., *La mia prigionia. Storia di un poliziotto a Palermo*, Venezia, 2012.

CORVI A., *Il concorso esterno del magistrato nell'associazione di tipo mafioso*, in *Diritto penale e processo*, 2006, p. 1112.

CORVI A., *Partecipazione e concorso esterno: un'indagine sul diritto vivente*, in *RIDPP*, 2004, p. 242 ss.

DE FRANCESCO G., *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cassazione penale*, 2016, p. 12 ss.

DE FRANCESCO G., *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, in *RIDPP*, 94, p. 1266 ss.

DE FRANCESCO G., *I poliedrici risvolti di un istituto senza pace*, in *Legislazione penale*, 2003, p. 704 ss.

DE FRANCESCO G., *Paradigmi generali e concrete scelte repressive nella risposta penale alle forme di cooperazione in attività mafiosa*, in *Cass. Penale*, 1996, p. 3487 ss.

DE LIGUORI L., *L'associazione mafiosa: pregiudiziali sociologiche e problemi interpretativi*, in *Cass. Penale*, 1987, p. 83 ss.

DE SALVIA M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, III ed., Napoli, 2001.

DE VERO G., *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Diritto penale e processo*, 2003, p. 1325 ss.

DE VERO G., *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, in *RIDPP*, 1993, p. 93 ss.

DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *penalecontemporaneo.it*.

DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *penalecontemporaneo.it*, *Rivista trimestrale*, 1/2013, p. 159 ss.

DI GIOVINE O., *La causalità omissiva in campo medico – chirurgico al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro It.*, II, p. 601 ss.

DONINI M., *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *RIDPP*, 2016, p. 346 ss.

DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004.

DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991.

DONINI M., *Le garanzie istituzionali della legalità penale e il nuovo ruolo della Corte di Cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, in *Cass. Penale*, 2002, p. 1165 ss.

DONINI M., *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, XIV, Torino, 1999.

ECO U., *Opera aperta. Forma e indeterminazione nelle poetiche contemporanee*, IX ed., Milano, 2013.

ESPOSITO A., *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, in *penalecontemporaneo.it*.

ESSER J., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatsrechts*, II ed., Tübingen, 1974, p. 151.

FALCONE G., *Cose di Cosa Nostra*, Milano, 1993.

FEYERABEND P., *Idee: balocchi intellettuali o guide per la vita*, in *Il caso e la libertà*, a cura di M. Ceruti, P. Fabbri, G. Giorello e P. Petra, Bari, 1994.

FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 79 ss.

FIANDACA G., *Il concorso “esterno” tra sociologia e diritto penale*, in *Foro It.*, 2010, V, p. 176 ss.

FIANDACA G., *Il concorso esterno agli onori della cronaca*, in *Foro It.*, 1997, V, p. 1 ss.

FIANDACA G., *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, in *penalecontemporaneo.it*, Rivista trimestrale, 1/2012, p. 251 ss.

FIANDACA G., *Il diritto penale giurisprudenziale e il ruolo della Cassazione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, I, Milano, 2006. p. 239 ss.

FIANDACA G., *La contiguità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale*, in *Foro It.*, 1991, II, p. 472 ss.

FIANDACA G., *La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma giuridico*, in *Foro It.*, 1995, V, p. 21 ss.

FIANDACA G., *La tormentosa vicenda giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Legislazione penale*, 2003, p. 691 ss.

FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, in *Principio di legalità e diritto penale*, a cura di AA. VV., in *Quaderni Fiorentini*, XXXVI, Milano, 2007, p. 1247 ss.

FIANDACA G., LUPO S., *La mafia non ha vinto*, Bari, 2015.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, 2014.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, I, Ult. Ed., Bologna, 2012.

FIANDACA G., *Perché è il momento di rivoluzionare il concorso esterno*, in *Il Foglio*, 12 marzo 2016.

FIANDACA G., *Riflessi penalistici del rapporto mafia – politica*, in *Foro It.*, 1993, V, p.137 ss.

FIANDACA G., *Un’espansione incontrollata del concorso criminoso*, in *Foro It.*, V, p. 127 ss.

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

FIANDANESE F., *Intervento*, in *Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale?*, in *Criminalia*, 2013, p. 206 ss.

FLORA G., voce “Errore”, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1990.

FORTE G., *La mercificazione della funzione pubblica al bivio tra concussione e corruzione*, in *Materiali sulla riforma dei reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. Manna, Padova, 2007, p. 275 ss.

FORTI G., *L’immane concretezza*, Milano, 2000.

FRANCHETTI L., *Condizioni politiche ed amministrative della Sicilia*, Ult. Ed., Roma, 2011.

GAMBARO A., SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, Ult. Ed., Torino, 2008.

GAMBERINI A., *La crisi della tipicità. Appunti per una riflessione sulla trasformazione della giustizia penale*, in *penalecontemporaneo.it*.

GARGANI A., *Verso una “democrazia giudiziaria”? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2012, p. 99 ss.

GIALUZ M., *Una sentenza “additiva di istituto”: la Corte Costituzionale crea la “revisione europea”*, in *Cass. Penale*, 2011, p. 3308 ss.

GIORDANO F. P., *Il contributo individuale dell'esterno deve interagire con le azioni della cosca*, in *Guida al diritto*, 2005, 39, p. 88 ss.

GIORDANO S. E., *Il “concorso esterno” al vaglio della Corte EDU. Prime riflessioni sulla sentenza Contrada contro Italia*, in *Arch. Pen.*, 2015, fascicolo n. 2, maggio – agosto 2015 (web).

GRASSO G., GIUFFRIDA F., *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *penalecontemporaneo.it*.

GROSSO C. F., *Una configurazione possibile*, in *Foro It.*, 96, V, p. 121 ss.

GROSSO C. F., *Il concorso esterno nel reato associativo: un'evoluzione nel segno della continuità*, in *Legislazione penale*, 2003, p. 685 ss.

GROSSO C. F., *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*, in *RIDPP*, p. 1185 ss.

IACOVIELLO F. M., *Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è più previsto dalla giurisprudenza come reato*, p. 2073 ss.

IACOVIELLO F. M., *L'organizzazione criminogena prevista dall'art. 416 c. p.*, in *Cass. Penale*, 94, p. 574 ss.

IACOVIELLO F. M., *Schema di requisitoria integrato con note di udienza*, in *penalecontemporaneo.it*.

IACOVIELLO F. M., *Schema di requisitoria pronunciata davanti alla sezione I della Corte di Cassazione nel processo Eternit*, in *penalecontemporaneo.it*.

INGROIA A., *La prassi giudiziaria tra modello causale e modello organizzatorio, in I reati associativi. Paradigmi concettuali e materiale probatorio*, a cura di L. Picotti, G. Fornasari, F. Viganò e A. Melchionda, Padova, 2005, p. 205 ss.

INSOLERA G., *Ancora sul problema del concorso esterno nei delitti associativi*, in *RIDPP*, 2008, p. 632 ss.

INSOLERA G., *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragion di Stato e gli inganni della dogmatica*, in *Foro It.*, 1995, II, p. 422 ss.

INSOLERA G., *Intervento*, intervento al Seminario su “Il valore del precedente giurisprudenziale sul confine mobile tra potere legislativo e potere giudiziario”, Bologna, 5 febbraio 2013.

INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Milano, 1986.

INSOLERA G., voce “Concorso di persone nel reato”, in *Dig. Disc. Pen.*, II, Torino, 1988.

IRTI N., *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984.

JACQUARD A., *Elogio della differenza. La genetica e gli uomini*, Milano, 1982.

LATTANZI G., *Aspetti problematici dell'esecuzione delle sentenze della Corte EDU in materia penale*, in *Cass. Penale*, 2014, p. 3192 ss.

LEO G., *Un altro passo in avanti delle Sezioni Unite verso la definizione dell'istituto*, in *Guida al diritto*, 2003, 30, p. 69 ss.

LOMBARDO M., *Lo scambio elettorale politico – mafioso*, in *Le associazioni di tipo mafioso*, a cura di B. Romano, Torino, 2015, p. 253 ss.

LUCIANI M., *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corriere giuridico*, 2008, p. 201 ss.

LUPO S., *Storia della mafia. Dalle origini ai giorni nostri*, Roma, 1996.

MAIELLO V., *Una judge made law italiana: l'affermata punibilità ex artt. 110 – 416 bis c.p. del candidato alle elezioni che promette favori alla mafia in cambio di voti*, in *Foro It.*, 2003, p. 682 ss.

MAIELLO V., *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Diritto penale e processo*, 2015, p. 1019 ss.

MAIELLO V., *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra crisi del principio di legalità e diritto penale del fatto*, in *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, a cura di V. Patalano, Torino, 2003, p. 269 ss.

MAIELLO V., *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2014.

MAIELLO V., *Luci ed ombre nella cultura giudiziaria del concorso esterno*, in *penalecontemporaneo.it*, Rivista trimestrale 1/2012, p. 265 ss.

MAIELLO V., *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, a cura di L. Picotti, G. Fornasari, F. Viganò e A. Melchionda, Padova, 2005, p. 159 ss.

MALAGUTI A., *Omicidi, estorsioni e bombe: in Puglia la mafia più cattiva*, in *La Stampa*, 31 gennaio 2016.

MANES V., *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012.

MANES V., NICOSIA E., *Art. 7*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, P. De Sena e V. Zagrebelsky, Padova, 2012, p. 258 ss.

MANES V., *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra "diritto giurisprudenziale" e "legge"*, in *Giur. Cost.*, 2012, p. 3474 ss.

MANNA A. (a cura di), *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, Pisa, 2016.

MANNA A., *Colpa cosciente e dolo eventuale. L'indistinto confine e la fine del principio di stretta legalità*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2012, p. 214 ss.

MANNA A., *Concorso esterno (e partecipazione) in associazione mafiosa: cronaca di una "nemesi" annunciata*, in *Arch. Pen.*, 2012, p. 467 ss.

MANNA A., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015.

MANNA A., *L'ammissibilità di un c.d. concorso "esterno" nei reati associativi, tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, in *RIDPP*, 1994, p. 1189 ss.

MANNA A., *La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in *penalecontemporaneo.it*, in corso di pubblicazione.

MANTOVANI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015.

MANTOVANO A., AIROMA D., *Irrispettabili. Il consenso sociale alle mafie*, Catanzaro, 2013.

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, V, Ult. Ed., a cura di P. Nuvolone e G. Pisapia, Torino, 1981.

MARANINI G., *Funzione giurisdizionale e indirizzo politico nella Costituzione*, in *Atti e commenti*, XII Congresso nazionale, Brescia – Gardone, 25-28 settembre 1965, Roma, 1966.

MARI A., *Mutamento sopravvenuto di giurisprudenza e giudicato: la Consulta dichiara infondata la questione di legittimità dell'art. 673 c.p.p.*, in *Cass. Penale*, 2013, p. 945 ss.

MARINO G., *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in *penalecontemporaneo.it*.

MARINO G., *Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza Contrada della Corte EDU*, in *penalecontemporaneo.it*.

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012.

MARTINES T., *Diritto costituzionale*, XIII ed., Milano, 2013.

MARTINICO G., *Corti Costituzionali (o supreme) e “disobbedienza funzionale”*. *Critica, dialogo e conflitti nel rapporto tra diritto interno e diritto delle Convenzioni (CEDU e Convenzione americana dei diritti umani)*, in *penalecontemporaneo.it*.

MAZZA O., *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, in *Giur. Cost.*, 2012, p. 3464 ss.

MAZZACUVA F., *La Grande Camera della Corte EDU sul principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in *penalecontemporaneo.it*.

MILONE S., *La garanzia della legalità tra diritto penale e processo: come assicurare la prevedibilità di un diritto...imprevedibile? Alcuni caveat dal caso Contrada*, in *lalegislationepenale.eu*.

MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, 2000.

MOROSINI P., *Il concorso esterno oltre le aule di giustizia*, in *penalecontemporaneo.it*, *Rivista trimestrale* 1/2012, p. 261 ss.

MOROSINI P., *La difficile tipizzazione giurisprudenziale del “concorso esterno” in associazione*, in *Diritto penale e processo*, 2006, p. 585 ss.

MOSSINI L., *Il codice dei codici*, in *Studi Parmensi*, vol. XLI, 1993.

MUSCATIELLO B., *Il concorso esterno nei reati associativi*, Padova, 1995.

NICOSIA E., *Il caso Contrada e il concorso esterno in associazione mafiosa davanti alla Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *sidi-isil.org*.

OLIVETTI M., *I diritti fondamentali. Lezioni*, Foggia, 2015.

OST F., *La tradizione, eterna giovinezza del diritto?*, in *Ars interpretandi*, 2003, p. 115 ss.

PACI G., *Osservazioni sull'ammissibilità del concorso eventuale nel reato di associazione a delinquere di tipo mafioso*, in *Cass. Penale*, 95, p. 542 ss.

PADOVANI T., *Diritto penale*, VIII Ed., Milano, 2006.

PADOVANI T., *Il diritto: che cos'è e perché mai qualcuno deve pure studiarlo. Discorso di presentazione della scuola di orientamento di giurisprudenza*, Scuola Superiore di Sant'Anna di Pisa, 26 giugno 2014, rinvenibile su youtube.com [www.youtube.com/watch?v=QmgmZHTyJPs].

PADOVANI T., *Note sul c.d. concorso esterno*, in *Arch. Pen.*, 2012, p. 487 ss.

PADOVANI T., *Relazione introduttiva*, in *Nesso di causalità tra dettato normativo, prassi giurisprudenziale e prospettive di riforma. Atti dell'incontro di studio*, Padova, 2 dicembre 2006, Padova, 2006, p. 23 ss.

PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, III ed., Torino, 2008.

PALAZZO F., *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Diritto penale e processo*, 2015, p. 1061 ss.

PALAZZO F., *Legalità fra law in the books e law in action*, in *penalecontemporaneo.it*.

PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Principio di legalità e diritto penale*, a cura di AA. VV., in *Quaderni Fiorentini*, XXXVI, Milano, 2007, p. 1279 ss.

PALAZZO F., *Requiem per il codice penale?*, in *Cass. Penale*, 2011, p. 4064 ss.

PALAZZO F., voce “*Legalità (diritto penale)*”, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, p. 3373 ss.

PAPA M., *Un “baco nel sistema”? Il concorso esterno nell’associazione mafiosa di nuovo al vaglio delle Sezioni Unite tra prospettive di quarantena e terapie pagliative*, in *Legislazione penale*, 2003, p. 697 ss.

PATALANO V., *Riflessioni e spunti sulla contiguità alla mafia*, in *Riv. Pen.*, 2004, p. 927 ss.

PATERNA M. R., *200 anni di mafia*, Palermo, 2000.

PEDRAZZI C., *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952.

PEDRAZZI C., *Problemi di tecnica legislativa*, in *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979.

PERRONE D., *Stabilizzazione del precedente e principio di colpevolezza: osservazioni sulle ricadute interne della sentenza Contrada*, in *la legislazione penale.eu*.

POLLICINO O., *Corti europee e allargamento dell’Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Diritto dell’Unione Europea*, 2009, p. 1 ss.

PULITANÒ D., *Diritto penale*, Ult. Ed., Torino, 2015.

PULITANÒ D., *Il favoreggiamento tra diritto e processo penale*, Milano, 1981.

PULITANÒ D., *La dottrina penalistica italiana alle soglie del 2000*, in *La dottrina giuridica italiana alla fine del XX secolo*, a cura di B. Montanari, Milano, 1998, p. 93 ss.

PULITANÒ D., *La requisitoria di Iacoviello: problemi da prendere sul serio*, in *penalecontemporaneo.it*, Rivista trimestrale, 1/2012, p. 257 ss.

PULITANÒ D., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *penalecontemporaneo.it*, Rivista trimestrale, 2/2015, p. 46 ss.

RAIMONDI G., *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2005.

REPETTO G., *Vincolo al rispetto del diritto CEDU "consolidato": una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Giur. Cost.*, 2015, p. 411 ss.

ROMANO B., *Intervento*, in *Concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, a cura di R. Cerami, Milano, 2011, p. 91 ss.

RONCO M., *L'art. 416 bis nella sua origine e nella sua attuale portata applicativa*, in *Il diritto penale della criminalità organizzata*, a cura di B. Romano e G. Tinebra, Milano, 2013, p. 31 ss.

SAGLIA S., *Osservazioni in tema di concorso eventuale nel reato di associazione di tipo mafioso*, in *Giustizia penale*, 1992, p. 306 ss.

SALCUNI G., *Il dialogo fra Corti: dalla "giurisprudenza fonte" alla "giurisprudenza argomento"*, in *Arch. Pen.*, 2015, p. 818 ss.

SALCUNI G., *Reati tributari. Parte generale*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di A. Manna, Padova, 2010, p. 451 ss.

SALCUNI G., voce “*Diritto penale europeo*”, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 2011.

SCIARABBA V., *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Padova, 2013.

SELVAGGI E., *Concorso esterno e principio di legalità (nullum crimen sine lege): opportuni ulteriori chiarimenti da parte della Corte Europea?*, in *Cassazione penale*, 2015, p. 2865 ss.

SIRACUSANO F., *La contiguità alla mafia tra paradigmi sociologici e rilevanza penale*, in *Arch. Pen.*, 2016, fascicolo n. 1, gennaio – aprile 2016 (web).

SIRACUSANO F., *Il concorso esterno e le fattispecie associative*, in *Cass. Penale*, 1993, p. 1870 ss.

STELLA F., *La descrizione dell’evento*, Milano, 1970.

STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 2000.

TARTAGLIA POLCINI G., *Risarcimento Contrada: all’epoca il reato di concorso esterno in associazione mafioso non era chiaro e prevedibile*, in *Guida al diritto* (online), 6 giugno 2015.

TODOROV T., *Lo spirito dell’illuminismo*, Milano, 2007.

TONA G., *I reati associativi e di contiguità*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, III, a cura di A. Manna, M. Papa, A. Cadoppi e S. Canestrari, Torino, 2008, p. 1063 ss.

TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2015.

VAIRA M., *Intervento*, in *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, a cura di A. Manna, Pisa, 2016, p. 17 ss.

VALENTINI V., *Continua la navigazione a vista*, in *penalecontemporaneo.it*.

VALIANTE M., *L'avvocato dei mafiosi*, in *RIDPP*, 1995, p. 820 ss.

VALLINI A., *Intervento*, in *Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale?*, in *Criminalia*, 2013, p. 247 ss.

VASSALLI G., *Sul concorso di persone nel reato*, in *La riforma della parte generale del codice penale*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 2003, p. 345 ss.

VIGANÒ F., *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, in *penalecontemporaneo.it*.

VIGANÒ F., *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *penalecontemporaneo.it*.

VIGANÒ F., *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, in *penalecontemporaneo.it*.

VIGANÒ F., *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte Cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *penalecontemporaneo.it*.

VIGANÒ F., *Riflessioni conclusive in tema di "diritto penale giurisprudenziale", "partecipazione" e "concorso esterno"*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del*

diritto vivente, a cura di L. Picotti, G. Fornasari, F. Viganò e A. Melchionda, Padova, 2005, p. 279 ss.

VILLANI U., *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, III ed., Bari, 2013.

VISCONTI C., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003.

VISCONTI C., *Il concorso esterno in associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze di politica criminale*, in *RIDPP*, 1995, p. 1303 ss.

VISCONTI C., *Il tormentato cammino del concorso esterno nel reato associativo*, in *Foro It.*, 1994, II, p. 561 ss.

VISCONTI C., *L'abusato detto "niente di nuovo sotto il sole" rinviene forse i maggiori riscontri in ambito giuridico*, in *Indice penale*, 2000, p. 421 ss.

VISCONTI C., *La punibilità della contiguità alla mafia tra tradizione (molta) e innovazione (poca)*, in *Cassazione penale*, 2002, p. 1854 ss.

VISCONTI C., *Sui modelli di incriminazione della contiguità alle organizzazioni criminali nel panorama europeo: appunti per un'auspicabile (ma improbabile?) riforma "possibile"*, in *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e prospettive normative*, Torino, 2010, p. 189 ss.

VISCONTI C., *Sulla requisitoria del P. G. nel processo Dell'Utri: un vero e proprio atto di fede nel concorso esterno*, in *penalecontemporaneo.it*, Rivista trimestrale 1/2012, p. 247 ss.

ZAGREBELSKY G., *Corti Costituzionali e diritti universali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, p. 297 ss.

ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Zagrebelsky e V. Manes, Milano, 2011, p. 69 ss.

ZAGREBELSKY V., *La magistratura ordinaria dalla Costituzione ad oggi*, in *Storia d'Italia. Legge, diritto, giustizia*, Torino, 1998, p. 786 ss.

Giurisprudenza

Corte Costituzionale

- Corte Cost., 8 giugno 1981, n. 96, in *RIDPP*, 1981, p. 1147 ss.
- Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *RIDPP*, 1988, p. 686 ss.
- Corte Cost., 23 novembre 2006, n. 394, in *italgiure.giustizia.it*.
- Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 348, 349, in *Corriere giuridico*, 2008, p. 185 ss.
- Corte Cost., 26 novembre 2009, n. 311, in *Corriere giuridico*, 2010, p. 619 ss.
- Corte Cost., 4 dicembre 2009, n. 317, in *Giur. Cost.*, 2010, p. 1816 ss.
- Corte Cost., 7 aprile 2011, n. 113, in *Cass. Penale*, 2011, p. 3299 ss.
- Corte Cost., 12 ottobre 2012, n. 230, in *Giur. Cost.*, 2012, p. 3440 ss.
- Corte Cost., 18 luglio 2013, n. 210, in *Giur. Cost.*, 2013, p. 2949 ss.
- Corte Cost., 26 marzo 2015, n. 48, in *Diritto penale e processo*, 2015, p. 1008 ss.
- Corte Cost., 26 marzo 2015, n. 49, in *Giur. Cost.*, 2015, p. 411 ss.

Giurisprudenza di legittimità

- Cass., Palermo, 17 giugno 1875, *Ciacchio*, in *Indice penale*, 2000, p. 421 ss.
- Cass., Palermo, 1 luglio 1875, *Russo*, in *Indice penale*, 2000, p. 421 ss.
- Cass. Pen., 30 giugno 1934, *Romeo*, in *Scuola Positiva*, 1935, p. 193 ss.
- Cass. Pen., 27 novembre 1968, *Muther*, in *Arch. Pen.*, 1970, p. 8 ss.
- Cass. Pen., 25 ottobre 1983, *Arancio*, in *Giur. It.*, 1985, p. 189 ss.
- Cass. Pen., 23 aprile 1985, *Arslan*, in *Foro It.*, 1986, II, p. 595 ss.
- Cass. Pen., 19 gennaio 1987, *Cillari*, in *Riv. pen.*, 1988, p. 392 ss.
- Cass. Pen., 13 giugno 1987, *Altivalle*, in *Cass. Penale.*, 1988, p. 1812 ss.
- Cass. Pen., 4 febbraio 1988, *Barbella*, in *Riv. pen.*, 1989, p. 612 ss.
- Cass. Pen., 21 marzo 1989, *Agostani*, in *C.E.D. Cass.*, (rv. 181637).
- Cass. Pen., 31 agosto 1993, *Di Corrado*, in *Cass. Penale*, 1994, p. 1496 ss.
- Cass. Pen., 18 marzo 1994, *Mattina*, in *Cass. Penale.*, 1994, p. 2685 ss.
- Cass. Pen., 18 maggio 1994, *Clementi*, in *Foro It.*, 1994, II, p. 560 ss.
- Cass. Pen., 3 giugno 1994, *Della Corte*, in *Riv. pen.*, 1994, p. 1114 ss.
- Cass. Pen., 23 agosto 1994, *Amato*, in *Cass. Penale*, 1994, p. 2678 ss.

Cass. Pen., 1 settembre 1994, *Graci*, in *Cass. Penale*, 1995, p. 539 ss.

Cass. Pen., Sez. Un., 5 ottobre 1994, *Demistry*, in *Foro It.*, 1995, II, p. 422 ss.

Cass. Pen., Sez. Un., 27 settembre 1995, *Mannino*, in *Mass. Uff.*, n. 202904

Cass. Pen., 5 gennaio 1999, *Cabib*, in *Foro It.*, 1999, II, p. 631 ss.

Cass. Pen., 16 marzo 2000, *Frasca*, in *Foro It.*, 2001, II, p. 80 ss.

Cass. Pen., 21 settembre 2000, *Villecco*, in *Cass. Penale*, 2001, p. 2064 ss.

Cass. Pen., 22 dicembre 2000, *Cangialosi*, in *Foro It.*, 2001, II, p. 401 ss.

Cass. Pen., 17 aprile 2002, *Frasca*, in *Foro It.*, 2003, p. 682 ss.

Cass. Pen., Sez. Un., 12 luglio 2002, *Franzese*, in *Foro It.*, 2002, II, p. 601 ss.

Cass. Pen., Sez. Un., 30 ottobre 2002, *Carnevale*, in *Foro It.*, 2003, II, p. 453 ss.

Cass. Pen., Sez. Un., 12 luglio 2005, *Mannino*, in *Guida al Diritto*, 2005, 39, p. 69 ss.

Cass. Pen., Sez. Un., 6 febbraio 2006, *Catanzaro*, in *Cass. Penale*, 2006, p. 1342 ss.

Cass. Pen., 15 maggio 2006, *Prinzivalli*, in *Diritto penale e processo*, 2006, p. 1112 ss.

Cass. Pen., 11 ottobre 2006, *Bouyahia*, in *Foro It.*, 2007, II, p. 77 ss.

Cass. Pen., 1 dicembre 2006, *Dorigo*, in *Cass. Penale*, 2007, p. 1441 ss.

Cass. Pen., 6 febbraio 2007, *Tursi Prato*, *inedita*.

Cass. Pen., 12 novembre 2008, *Drassich*, in *Cass. Penale*, 2009, p. 1457 ss.

Cass. Pen., Sez. Un., 21 gennaio 2010, *Beschi*, in *Cass. Penale*, 2011, p. 14 ss.

Cass. Pen., 11 febbraio 2010, *Scoppola*, in *Cass. Penale*, 2010, p. 3389 ss.

Cass. Pen., 9 marzo 2012, *Dell'Utri*, in *Mass. Uff.*, n. 2523239.

Cass. Pen., Sez. Un., 7 maggio 2014, *Ercolano*, in *penalecontemporaneo.it*.

Cass. Pen., 9 maggio 2014, *Dell'Utri*, *inedita*, n. 28225.

Cass. Pen., Sez. Un., 14 ottobre 2014, *Gatto*, in *penalecontemporaneo.it*.

Cass. Pen., 6 novembre 2014, *Scandurra*, in *C.E.D. Cass.* (rv. 261690).

Cass. Pen., Sez. Un., 12 febbraio 2015, *Basile*, in *penalecontemporaneo.it*.

Cass. Pen., 13 maggio 2016, *Addeo*, in *penalecontemporaneo.it*.

Cass. Pen., Sez. Un., 6 luglio 2016, n. 27620, in *altalex.com*.

Giurisprudenza di merito

Corte Assise Reggio Calabria, 4 febbraio 1932, *inedita*.

Trib. Palermo, Ufficio Istruzione, 8 novembre 1985, *Abbate, inedita*.

Corte Assise Palermo, 16 dicembre 1987, *Abbate*, in *Foro It.*, 1989, p. 77 ss.

Trib. Catania, 28 marzo 1991, *Amato*, in *Foro It.*, 1991, II, p. 472 ss.

Trib. Catania, 8 marzo 1994, *Di Grazia*, in *RIDPP*, 1994, p. 1187 ss.

Trib. Palermo, 4 aprile 1998, *Musotto*, in *Foro It.*, 1999, II, p. 44 ss.

Trib. Taranto, 29 giugno 1999, *Cito*, in *Foro It.*, 1999, II, p. 166 ss.

Trib. Palermo, 23 ottobre 1999, *Andreotti*, in *Foro It.*, 2001, II, p. 96 ss.

Trib. Palermo, 27 gennaio 2001, *Scalone*, in *Foro It.*, 2001, II, p. 88 ss.

Trib. Palermo, 21 marzo 2001, *Cavallotti, inedita*.

App. Palermo, 2 maggio 2003, *Andreotti, inedita*.

App. Palermo, 5 novembre 2004, *Mannino, inedita*.

App. Palermo, 23 novembre 2015, *Dell’Utri, inedita*.

Trib. Catania, 16 febbraio 2016, *Ciancio*, in *giurisprudenzapenale.com*.

App. Caltanissetta, 17 marzo 2016, *Contrada*, in *giurisprudenzapenale.com*.

Corte Europea dei Diritti dell’Uomo

Corte eur. dir. uomo, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*.

Corte eur. dir. uomo, 24 maggio 1988, *Muller c. Svizzera*.

Corte eur. dir. uomo, 25 marzo 1993, *Kokkinakis c. Grecia*.

Corte eur. dir. uomo, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*.

Corte eur. dir. uomo, 22 novembre 1995, *C.R. c. Regno Unito*.

Corte eur. dir. uomo, 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*.

Comm. eur. dir. uomo, 9 settembre 1998, *Dorigo c. Italia*.

Corte eur. dir. uomo, 8 luglio 1999, *Erdogdu e Ince c. Turchia*.

Corte eur. dir. uomo, 13 giugno 2000, *Scozzari e Giunta c. Italia*.

Corte eur. dir. uomo, 27 marzo 2003, *Scordino c. Italia*.

Corte eur. dir. uomo, 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia*.

Corte eur. dir. uomo, 22 giugno 2004, *Broniowski c. Polonia*.

Corte eur. dir. uomo, 24 maggio 2007, *Dragotoni u e Militaru-Pidhorni c. Romania*.

Corte eur. dir. uomo, 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*.

Corte eur. dir. uomo, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi c. Italia*.

Corte eur. dir. uomo, 25 giugno 2009, *Liivik c. Estonia*.

Corte eur. dir. uomo, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia n.2*.

Corte eur. dir. uomo, 6 ottobre 2011, *Soros c. Francia*.

Corte eur. dir. uomo, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*.

Corte eur. dir. uomo, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*.

Corte eur. dir. uomo, 15 luglio 2014, *Ashlarba c. Georgia*.

Corte eur. dir. uomo, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia n. 3*.

Corte eur. dir. uomo, 19 maggio 2015, *Sampech c. Italia*.

Corte eur. dir. uomo, 11 febbraio 2016, *Dallas c. Regno Unito*.

Documenti

Camera dei Deputati, *Proposta di Legge (Introduzione dell'art. 379 bis del codice penale [...])*, XIII Legislatura, n. 4779, 8 aprile 1998, consultabile sul sito istituzionale camera.it.

Camera dei Deputati, Senato della Repubblica, Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similari, *Relazione conclusiva*, XV Legislatura, 20 febbraio 2008, Documento XXIII, n. 7, consultabile sul sito istituzionale camera.it.

Senato della Repubblica, *Disegno di Legge (Modifiche al codice penale in materia di associazioni di tipo mafioso)*, XVII Legislatura, n. 686, 22 maggio 2013, consultabile sul sito istituzionale camera.it.

Senato della Repubblica, *Disegno di Legge (Modifiche al codice penale concernenti il cosiddetto concorso esterno in associazione mafiosa)*, XVII Legislatura, n. 698, 22 maggio 2013, consultabile sul sito istituzionale camera.it.

Direzione Nazionale Antimafia, *Relazione annuale sulle attività svolte dal Procuratore Nazionale Antimafia e dalla Direzione Nazionale Antimafia nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di stampo mafioso per il periodo 1 luglio 2013 – 30 giugno 2014*, gennaio 2015, consultabile sul sito istituzionale camera.it.

Camera dei Deputati, Assemblea, *Resoconto stenografico*, XVII Legislatura, n. 563, 5 febbraio 2016, consultabile sul sito istituzionale camera.it.