

PROLOGO

PERSONAGGI:

- Onorevole Frangipane, appena rieletto;
- Don Giovannino Scimeni, capomafia locale.

Dopo le elezioni...

FRANGIPANE: Eh sì, ce l'abbiamo fatta: grazie agli amici...

SCIMENI: Gli amici non hanno fatto che il proprio dovere. Il merito vuole il dovere.

FRANGIPANE: Ma per carità! Lei di dovere degli amici non ne deve nemmeno parlare. Io ho fatto pochissimo, quasi niente...

SCIMENI: Lei ha già fatto tanto. E poi, dico, forse che mancheranno le occasioni per fare di più?

FRANGIPANE: Certamente non mancheranno: ed io sono qui... *(apre le braccia per dire che è a disposizione degli amici)*.

SCIMENI: Ecco, tanto per fare un esempio: il piano regolatore di questa città... Solo per fare un esempio; ché questa non è serata da metterci a studiare certe cose... Dunque il sindaco, d'amore e d'accordo con la giunta, ha deciso che questa città deve espandersi dalla parte di Santo Spirito. Ha già chiamato un architetto, ha fatto buttare giù il piano... E perché verso Santo Spirito – dico io... Risposta dell'architetto: terreno così composto, terreno così conformato, eccetera, eccetera... Ma la vera risposta è questa: che verso Santo Spirito i terreni sono di proprietà della moglie del sindaco e dell'assessore Privitera: che sono, come lei sa, sorelle... Ma si è mai visto un paese andare verso il cimitero?

FRANGIPANE: Eh già, a Santo Spirito c'è il cimitero.

SCIMENI: Cose da pazzi! Cose che, se uno non sapesse quali interessi ci sono dietro, al passaggio degli amministratori comunali dovrebbe toccarsi... Dovrebbe toccare ferro,

insomma...Un paese che va a finire al cimitero, come andasse dietro a un funerale.

FRANGIPANE: Io non sapevo niente, di questo piano.

SCIMENI: E' una cosa che hanno fatto alla muta, in questi giorni. Ma il sottoscritto veglia, il sottoscritto gli occhi non li chiude né il giorno né la notte. (*Frangipane ridacchia compiaciuto*). Ma questo bel piano in consiglio ce lo debbono portare, l'approvazione del consiglio ci vuole: e qui entriamo in tempo noi.

FRANGIPANE: Noi?

SCIMENI: Lei, Sinatra e, modestamente, il sottoscritto...Ed io ho già cominciato a lavorarmi qualche consigliere...E noi diciamo: e perché questo paese deve andare verso il cimitero, verso il basso, verso la valle, se la sua espansione naturale è verso l'alto, verso il Casale?

FRANGIPANE: Giusto. (*E con un freddo, allusivo sorriso*) Ma perché lo diciamo?

SCIMENI: Lei mi capisce al volo...Lo diciamo perché i terreni del Casale sono miei e (*muovendo la mano come a frullare*) degli amici miei. (*Frangipane ride*). Ancora non lo sa nessuno: ho fatto tutto in silenzio, tutto in segreto... Un amico ha contattato per conto nostro: ha dato caparre, caparre forti, dichiarando nell'atto di compromesso che agiva per incarico e conto di terzi. E i terzi siamo noi: ché se permette, in questo piccolo affare io voglio che lei e l'amico Sinatra...

FRANGIPANE: Ma nemmeno a parlarne!

SCIMENI: Con tutte le precauzioni, si capisce: per come si usa in simili casi...Una cosa fatta bene, insomma: in modo che nessuno possa mai provare che lei ha interesse in quei terreni...

FRANGIPANE: Nemmeno a parlarne, ripeto... Io le sono grato, caro don Giovannino, apprezzo a sua generosità...Ma è una proposta, la sua, che proprio non posso accettare... Quello che lei dice è giusto: un paese non può espandersi verso il cimitero. E perciò io, con

convinzione e con fermezza, mi farò interprete della sacrosanta esigenza di un più meditato e sano piano regolatore...Ma in quanto a partecipare all'affare, le dico decisamente di no...Né le consiglierai, per ora, di fare discorsi simili a Sinatra.

SCIMENI: Lei mi sta dando un colpo, mi sta mortificando.

FRANGIPANE: Ma no, assolutamente no: Lei non deve prendersela in questo modo...

SCIMENI: Allora facciamo così...Sua figlia ha avuto una bambina; la terza, se non sbaglio...

FRANGIPANE: La terza.

SCIMENI: Dunque la famiglia di Fofò va crescendo...E Fofò forse non la merita una mano d'aiuto?

FRANGIPANE: Eh sì, la merita...

SCIMENI: E allora io...

FRANGIPANE: (*fingendosi contrariato*) Ho capito, ho capito...Ma con lei non c'è mai verso di spuntarla!

SCIMENI: E che, mi vuole impedire di fare un regalo alla bambina di Fofò?

Leonardo Sciascia, *L'onorevole*, 1965

Introduzione

Al concorso esterno in associazione mafiosa non ci si crede più? Si è passati dall'entusiasmo allo scetticismo?¹

A questa domanda intende rispondere il presente lavoro, sperando di riuscire a riordinare una materia incandescente, quindi difficile da maneggiare.

Cosa è il concorso esterno?

E' un istituto giuridico definito comunemente "*di creazione giurisprudenziale*" che trova fondamento nella teoria generale del concorso di persone nel reato.

Commentando le oscillazioni della giurisprudenza in questa materia, lo stesso commentatore, Sostituto Procuratore Generale presso la Corte di cassazione, che provocatoriamente ha affermato che ormai al concorso esterno non ci si crede più, ha anche aggiunto: "*il vero concorso esterno nella produzione di norme lo fa la giurisprudenza*"²... Con ciò volendo

1 Dalla requisitoria del Sostituto Procuratore Generale Iacoviello al processo Dell'Utri, in *Diritto Penale Contemporaneo*: "*Come si vede, il concorso esterno ormai pone problematiche diverse da quelle dell'associazione mafiosa. Nato dall'art. 416 bis c.p., ormai è un reato autonomo. Un reato autonomo creato dalla giurisprudenza. Che prima lo ha creato, usato e dilatato. E ora lo sta progressivamente restringendo fino a casi marginali. In cassazione sono ormai rare le condanne definitive per concorso esterno. Dall'entusiasmo allo scetticismo. Ormai non ci si crede più*".

2 Iacoviello "*Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è più previsto dalla giurisprudenza come reato*", Cass. Pen. 2001, fasc. 7-8, p. 2064.

segnalare un ruolo sempre più rilevante della giurisprudenza nell'attività di creazione degli istituti giuridici.

Lo scopo dell'istituto è quello di sanzionare tutte le forme di "contiguità" – imprenditoriale, politica – alle associazioni mafiose, che non si traducono in una partecipazione organica al consesso criminale. Concorrente esterno è il soggetto che aiuta la mafia, la rafforza, pur collocandosi al di fuori della stessa.

E' evidente come si tratti di un fenomeno di difficile delimitazione, poiché non sempre è chiaro distinguere il politico-mafioso dal politico che esercita la sua attività cercando intese con *Cosa Nostra*, così come è difficile distinguere l'imprenditore contiguo da quello mafioso³.

Per collocare correttamente l'istituto all'interno del codice penale, occorre preliminarmente prendere le mosse dall'articolo 110, la disposizione che sancisce la punibilità per tutti coloro che concorrono in un reato. Il modello di punizione concorsuale scelto dal legislatore, come si vedrà, è idoneo a sanzionare ogni genere di condotta, anche diversa da

3 "Cerchiamo di immaginarlo questo mafioso, divenuto capitano d'industria. Ricco, sicuro di potere disporre di una quantità di denaro che non ha dovuto prendere a prestito e che quindi non deve restituire, si adopera per creare nel suo settore di attività, una situazione di monopolio, basata sull'intimidazione e sulla violenza. Se fa il costruttore, amplierà il suo raggio d'azione fino a comprendervi le cave di pietra, i depositi di calcestruzzo, i magazzini di materiale sanitario, le forniture in genere e anche gli operai. In una simile situazione perché mai dovrebbe occuparsi delle estorsioni? Gli altri proprietari delle cave, gli industriali del cemento e del ferro verranno a poco a poco inglobati in una rete monopolistica sulla quale egli eserciterà il controllo". G. Falcone, *Cose di Cosa Nostra*, Rizzoli, Milano 1991.

quella descritta dalla fattispecie incriminatrice, che concorre a determinare il reato.

Ad esempio è punibile il soggetto che guida l'autovettura dei rapinatori, anche se la sua condotta non è sussumibile all'interno della fattispecie di cui all'art. 628 c.p., reato invece consumato dagli altri concorrenti; ovvero commette il reato di furto l'ideatore del progetto criminoso che non abbia però partecipato alla sottrazione materiale della cosa. La punizione delle condotte atipiche, quindi, è il risultato dell'applicazione dell'art. 110 del codice penale, il cui operare viene spiegato dall'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale con la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale.

Si tratta della tesi secondo cui dalla combinazione dell'art. 110 con la fattispecie incriminatrice di parte speciale nasce una nuova tipicità, più ampia rispetto a quella della norma individuale, idonea a sanzionare ogni condotta atipica che in qualsiasi modo abbia una rilevanza causale sul reato.

Il superiore modello è applicabile anche ai reati a concorso necessario, ed in particolare ai reati c.d. associativi, laddove il concorrente eventuale non realizza esattamente la condotta descritta dalla fattispecie astratta, ma apporta un contributo, morale o materiale, diverso nelle modalità, ma ciononostante di concorso "esterno" nel reato associativo. Il concorrente esterno è infatti un soggetto che – nella scia della teoria della fattispecie

plurisoggettiva eventuale – non integra il comportamento descritto dalla fattispecie astratta, bensì un diverso contributo ritenuto punibile per effetto dell’operatività dell’art. 110 del codice penale.

Il presente lavoro mira pertanto ad una descrizione dello stato dell’arte della figura de qua, così da condurre il lettore ad una riflessione più agevole sul dibattito, talvolta molto acceso, sull’ammissibilità, sull’utilità e sulle prospettive, anche di iure condendo⁴, del concorso esterno.

Infine, si cercherà di scoprire se, allo stato della presente legislazione e degli attuali orientamenti giurisprudenziali, l’onorevole Frangipane, protagonista del racconto teatrale di Leonardo Sciascia, sarebbe punibile e, in caso di risposta positiva, se come partecipe, come concorrente esterno della associazione mafiosa ovvero quale autore del nuovo articolo 416 ter del codice penale⁵.

4 Anche se, secondo alcuni autori, non è proprio possibile la tipizzazione del contributo del concorrente esterno. *“il contributo significa in generale (l’essere) funzionale. Cioè che serve all’organizzazione. Serve ciò che è piccolissimo o ciò che è grandissimo”* Aleo in Quaderni del Centro Siciliano dei Studi sulla Giustizia, Convegno in memoria di Gilda Loforti, Giuffrè.

5 Così come novellato dalla legge 17 aprile 2014, n. 62, entrata in vigore il 18 aprile 2014.

LEGENDA

Nelle parti della trattazione dedicata all'analisi delle pronunce giurisprudenziali in tema di concorso esterno, si utilizzerà un carattere ridotto quando sorgerà l'esigenza di commentare una sentenza nel corso della sua parafrasi. In tal modo si consentirà al lettore di non spezzare la lettura della pronuncia (*rectius*: della sua parafrasi) e di individuare anche graficamente il commento.

Si utilizzerà altresì il carattere ridotto per quelle parti della trattazione significative ma non essenziali per la comprensione dell'argomento in modo da consentire una lettura a "più livelli".

CAPITOLO I

1.1. Il concorso di persone nel reato - La punibilità delle condotte atipiche.

Il principio di legalità assume nel diritto penale un ruolo centrale e inderogabile, stante la necessità di tutelare la libertà personale di ogni essere umano: *“Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”* (Art. 25, co.2, Costituzione)⁶.

Non è ammissibile, nei moderni ordinamenti giuridici, che si possa punire un soggetto per un fatto che al momento della commissione non è formalmente previsto come reato. La libertà individuale non può essere assoggettata ad improvvisi mutamenti legislativi che non consentano a ciascuno di orientare il proprio comportamento e prevenire il rischio di una sanzione penale. La ragione della riserva di legge prevista in Costituzione si

⁶ V. anche l'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

inserisce proprio in tale necessità di estrema garanzia, assegnando solo al procedimento legislativo⁷ il compito di introdurre nuove fattispecie penali.

Ciò premesso, quindi, appare evidente che la punibilità di un soggetto deve essere sottoposta ad un rigoroso riscontro circa la corrispondenza – *rectius* sussumibilità – tra il comportamento tenuto e la fattispecie penale e, in caso di dubbio, la necessaria conseguenza è l'assoluzione dell'imputato. Ecco spiegato il dibattito intenso sulla figura del concorso esterno, giacché, prima facie, il comportamento del concorrente eventuale non appare rientrare nella fattispecie astratta del reato associativo.

L'ordinamento penale italiano è in effetti costruito sulle fattispecie incriminatrici individuali⁸. Un comportamento umano può essere punito soltanto quando il suo autore abbia integrato l'elemento oggettivo e soggettivo del reato, così come descritto dalla fattispecie astratta.

Secondo tale modello, quindi, non sarebbe in astratto punibile una condotta di ausilio, morale o materiale che non abbia realizzato la condotta descritta dalla norma penale. Tale comportamento sarebbe non punibile per difetto di tipicità, cioè di sussumibilità nella fattispecie astratta; ciò determinerebbe un'ovvia lacuna nell'ordinamento penale che non può non

⁷ Anche se deve segnalarsi negli ultimi anni l'abuso da parte del legislatore penale del decreto legislativo e, soprattutto, del decreto legge.

⁸ V. p. 127 e ss. Commentario sistematico del Codice Penale, Romano – Grasso, Giuffrè 2005; V. p. 415 e ss. Elementi di Diritto Penale, Cadoppi – Veneziani, Cedam 2010.

esigere la punizione dei comportamenti lesivi del bene giuridico protetto che però non si siano tradotti nell'esatta violazione prevista dal legislatore.

Ad esempio, in un reato di rapina, se Tizio punta la pistola verso un cassiere di una banca costringendolo a consegnargli il denaro e Caio attende fuori dall'istituto di credito a bordo dell'autovettura predisposta per la fuga, la condotta di Tizio è tipica rispetto al reato di cui all'art. 628 del codice penale mentre quella di Caio è atipica in quanto non descritta dal legislatore.

Pertanto, in un sistema giuridico fondato sul principio di legalità⁹, in assenza di altra norma che integri nell'esempio il reato di rapina, Caio non sarebbe punibile. Il sistema normativo del concorso di persone nel reato di cui agli artt. 110 e ss. del codice penale sopperisce proprio a tale esigenza di punibilità.

Il legislatore pone una norma che riveste di tipicità i comportamenti differenti rispetto a quelli descritti dalle fattispecie di parte speciale.¹⁰ Si tratta del *fenomeno*¹¹ del concorso "eventuale" di persone del reato, definito così perché il reato è integrabile anche da una sola persona e contrasta con i reati a concorso "necessario" per la cui configurabilità è necessario

9 Viene qui in rilievo la distinzione tra ordinamenti a legalità sostanziale, che non hanno la difficoltà di incriminare espressamente quei comportamenti che hanno partecipato, in qualsiasi modo, alla realizzazione del fatto di reato e ordinamenti a legalità formale, come quello italiano, in cui è necessaria l'espressa previsione legislativa della punizione dei comportamenti atipici.

10 Sulla possibilità del legislatore di optare tra una tipizzazione unitaria, come nel sistema italiano attuale, ovvero per un modello differenziato, come nel sistema tedesco, si rinvia per un approfondimento al *Commentario* di Romano-Grasso op. cit.

11 V. Diritto Penale, Mantovani op. cit.

l'operare di più soggetti, basta pensare alla rissa, o alle fattispecie associative.

L'art. 110 del codice penale affermando che *“quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita”* realizza l'effetto di estensione della tipicità, dunque della punibilità delle condotte diverse rispetto a quella descritta dalla fattispecie di parte speciale.

Occorre pertanto procedere alla spiegazione tecnica di come avviene il meccanismo di estensione della tipicità testé descritto; al riguardo sono state elaborate diverse teorie: le principali sono la teoria causale, la teoria dell'accessorietà e la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale.

1.2. La teoria causale.

Si tratta di una teoria ormai risalente nel tempo e pressoché isolata in dottrina. Secondo tale tesi ogni concorrente è punibile poiché, quale che sia la condotta realizzata, contribuisce a causare il fatto nella sua interezza. E' evidente il contrasto dell'impostazione de qua con i principi dell'ordinamento penale italiano, giacché essa pare prescindere dalla realizzazione da parte del concorrente degli elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie incriminatrice.¹²

¹² Si tratta evidentemente di una teoria che può operare negli ordinamenti a c.d. legalità sostanziale; v. Mantovani op. cit.

Il principio di tipicità impone infatti che la risposta penale sia conseguenza di una violazione tassativamente descritta dal legislatore del bene giuridico protetto, non ammettendosi invece l'affermazione di una punizione rispetto a qualsiasi lesione degli interessi tutelati.

1.3. La teoria dell'accessorietà.

La teoria dell'accessorietà è un'impostazione che ha per lungo tempo dominato nella spiegazione del modello concorsuale. I suoi sostenitori affermano che la punibilità del concorrente che realizza una condotta atipica si fonda sul fatto che essa "accede" alla condotta tipica realizzata dall'autore del reato.

La condotta diversa quindi trae la sua tipicità dall'esistenza della condotta principale che integra la fattispecie incriminatrice di parte speciale. Alcuni studiosi¹³ descrivono tale schema come una *relazione di dipendenza* dell'azione atipica dal fatto realizzato dall'autore della condotta principale.

Il fondamento normativo della teoria si rinviene nell'art. 115 del codice penale, la norma che dichiara la non punibilità dell'istigazione o dell'accordo al reato quando lo stesso non sia commesso. Secondo i sostenitori dell'accessorietà, infatti, la disposizione dimostrerebbe che il

13 V. *Commentario*, Romano -Grasso op. cit.

nostro ordinamento può punire una condotta atipica, quale è l'istigazione, solo se vi è stata la condotta principale a cui la prima può ritenersi per l'appunto accessoria.

La descritta teoria entra in sofferenza nelle ipotesi di esecuzione frazionata, laddove il reato non è realizzato completamente da un solo autore, bensì da due o più soggetti: si pensi al caso di una rapina in cui Tizio punti la pistola contro il cassiere e Caio si impossessi del denaro. Ebbene in questa ipotesi non vi è una condotta principale, cioè che integra tutti gli elementi del reato, ma più condotte frazionate. La tesi dell'accessorietà quindi non riesce a spiegare la punibilità di entrambi i concorrenti. Altra criticità dell'impostazione in parola si manifesta nei reati propri, quando la condotta è realizzata integralmente dall'*extraneus*, mentre l'*intraneus* si limita ad una condotta di istigazione o determinazione.¹⁴

1.4. La teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale.

Per superare le incertezze della teoria dell'accessorietà si è andata affermando la tesi della fattispecie plurisoggettiva eventuale.

¹⁴ Al fine di superare queste obiezioni parte della dottrina (Pedrazzi) ha cercato di elaborare dei correttivi alla teoria sostenendo che nel caso di esecuzione frazionata l'accessorietà sarebbe reciproca. Con riferimento al reato proprio eseguito dall'*extraneus*, invece, la teoria dell'accessorietà potrebbe mantenere la sua validità ritenendo integrato un diverso reato: ad esempio appropriazione indebita, anziché peculato.

Secondo l'impostazione de qua, dalla combinazione dell'art. 110 c.p. – e dell'art.113 c.p. per i reati colposi – con le fattispecie incriminatrici nascerebbe una nuova fattispecie, *la fattispecie plurisoggettiva eventuale*, con la quale si puniscono anche le condotte che originariamente apparivano atipiche rispetto alla fattispecie di parte speciale. In questo modo viene superata l'artificiosa costruzione dell'accessorietà, giacché non è più necessario individuare una condotta principale da cui far discendere la punibilità della condotta accessoria.

Ogni condotta di concorso nel reato, morale o materiale, diviene punibile in forza della nuova fattispecie plurisoggettiva eventuale.¹⁵ Il termine “eventuale” descrive proprio la mera possibilità che il reato venga commesso da più persone, essendo sufficiente di solito la condotta di un solo autore¹⁶. La presente elaborazione risulta compatibile con il principio di legalità, in quanto la punibilità del concorrente eventuale è espressamente prevista, per i reati dolosi, dall'art. 110 del codice penale, laddove afferma che *“quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita”*. Il legislatore infatti non si è occupato di descrivere tassativamente le possibili condotte dei concorrenti, ma ha dettato una fattispecie generale idonea a combinarsi con qualsiasi

15 Secondo parte della dottrina (Pagliaro) dalla combinazione delle norme sul concorso con le fattispecie di parte speciale nascerebbero tante fattispecie plurisoggettive quanti sono i concorrenti del reato.

16 Diverso il discorso dei reati a concorso necessario di cui si dirà diffusamente più avanti.

forma di partecipazione alla commissione del reato, purché causalmente rilevante per la produzione del fatto.

Ciò premesso, non coglie nel segno la critica principale che viene mossa all'istituto del concorso esterno, quando si afferma che si tratta di un istituto di creazione giurisprudenziale. E' stato il legislatore ad aver introdotto l'art. 110 c.p., prevedendo la punizione delle condotte atipiche e la giurisprudenza, mediante l'interpretazione, ha dato forma al dettato legislativo riconducendo nella sfera della tipicità penale le condotte atipiche. Quando il giudice ritiene punibile l'autista dei rapinatori, compie la stessa operazione ermeneutica di quando ritiene responsabile l'imprenditore che concorre nell'associazione mafiosa, anche se si tratta, nel secondo caso, di un reato a concorso necessario.

1.5. I reati a concorso necessario e il concorso eventuale.

I reati a concorso necessario si distinguono da quelli a concorso eventuale proprio per la necessaria presenza di più soggetti nella realizzazione della condotta illecita. Si tratta quindi di fattispecie che non possono essere integrate dall'autore individuale, come ad esempio la rissa, la corruzione, l'associazione per delinquere. In questi casi, infatti, il legislatore costruisce le norme incriminatrici sulla contemporanea presenza di più soggetti che concorrono alla realizzazione del reato.

In dottrina¹⁷ si distinguono inoltre reati a concorso necessario “propri” e “impropri”. I primi sono quei reati in cui sono punibili tutti i concorrenti necessari, come ad esempio il delitto di rissa o quello di associazione a delinquere, i secondi invece prevedono la punibilità di un solo concorrente necessario, come ad esempio il reato di rivelazione di atti di ufficio, in cui è punito chi rivela la notizia segreta e non chi riceve la propalazione. Vi sono contrasti in dottrina e in giurisprudenza sulla punibilità del concorrente necessario non espressamente indicato dal legislatore. Secondo alcuni non sarebbe punibile, in omaggio al principio di legalità, secondo altri, invece, il concorrente necessario sarebbe comunque punibile ai sensi dell’art. 110 del codice penale. Le pronunce giurisprudenziali¹⁸ in materia sembra che abbiano adottato un orientamento intermedio, valutando di volta in volta se il *concorrente necessario non espressamente punito* abbia o meno posto in essere un’attività di istigazione o comunque di concorso atipico. In caso positivo il concorrente incorrerà nella responsabilità penale ai sensi dell’art. 110 c.p., diversamente andrà esente da pena¹⁹.

17 V. per un approfondimento della distinzione tra reati a concorso necessario propri e impropri p. 418 e ss. Elementi di Diritto Penale, Cadoppi – Veneziani, op. cit.

18 Di recente la Corte di Cassazione: “*Non integra il delitto di ricettazione la condotta dell’acquirente di sostanze farmaceutiche assoggettate ad un titolo di proprietà industriale, dovendosi escludere che il semplice acquisto di tali beni possa essere punito quale concorso nella fattispecie plurisoggettiva impropria di frode brevettuale di cui all’art. 88 del r.d. n. 1127/1939, come modificata dall’art. 127 del d.lg. 10 febbraio 2005, n. 30*” Cass. Pen., sez. II, 15 marzo 2011, n. 14053 in Ced. Cass. Pen. 2011

19 V. ad esempio: “*il reato militare di collusione è reato di pura condotta e ha natura plurisoggettiva impropria, nel senso che, per la sua verifica, è necessario sotto il profilo naturalistico il concorso dell’estraneo, il quale però, se non esorbita dalla condotta tipica*”

Ad esempio, nel reato di rivelazione di atti di ufficio, l'*extraneus* che non si sia limitato a ricevere la propalazione della notizia, ma l'abbia sollecitata, determinando quindi l'*intraneus* alla commissione del delitto, risponderà del reato di cui all'art. 326 c.p., quale concorrente eventuale²⁰.

Come può rilevarsi dal superiore esempio, il concorso eventuale, anche nei reati a c.d. concorso necessario, opera pacificamente e determina la punizione delle condotte atipiche che "partecipano" alla realizzazione del reato.

1.6. Segue: l'art. 416 bis del codice penale.

prevista (consenso o mera adesione alla proposta collusiva del militare) non è a tale titolo punibile. La punibilità dell'estraneo è tuttavia configurabile qualora il medesimo ponga in essere una condotta ulteriore e diversa da quella tipica dell'art. 3 l. n. 1383 del 1941, come ad esempio quella di istigazione, determinazione, agevolazione, venendo in tal modo a incidere casualmente sulla realizzazione della fattispecie, incriminatrice di parte speciale, restando soggetto, solo in tale eventualità, alla portata applicativa dell'art. 110 c.p." Cass. Pen., sez. VI, 10 giugno 1998, n. 9892 in Giut. Pen. 2000, II, 97.

20 V. ad esempio: "In tema di rivelazione di segreti d'ufficio, ai fini della sussistenza del concorso nel reato dell'*extraneus*, è necessario che questi, lungi dal limitarsi a ricevere la notizia, abbia istigato o indotto il pubblico ufficiale a porre in essere la rivelazione" Cass. Pen., sez. I, 17 gennaio 2011, n. 5842 in Cass. Pen. 2010, I, 144; Ancora, per il reato di corruzione si veda: "Nel delitto di corruzione, che è a concorso necessario ed ha una struttura bilaterale, è ben possibile il concorso eventuale di terzi, sia nel caso in cui il contributo si realizzi nella forma della determinazione o del suggerimento fornito all'uno o all'altro dei concorrenti necessari, sia nell'ipotesi in cui si risolva in un'attività di intermediazione finalizzata a realizzare il collegamento tra gli autori necessari". Cass. Pen., Sez. VI, 4 maggio 2006 n. 33435 (dep. 05/10/2006) Rv. 234361, in italgiure.giustizia.it

Il reato di associazione di tipo mafioso²¹, previsto dall'art. 416 bis del codice penale, è stato introdotto dalla legge n. 646 del 13 settembre 1982²², con la finalità di creare una fattispecie ad hoc in grado di cogliere le peculiarità del fenomeno mafioso, in particolare gli elementi della forza intimidatrice del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e omertà che ne deriva.

Il legislatore, al fine di superare le criticità che si avevano nell'applicazione dell'art. 416 c.p. alle associazioni mafiose, ha dettato una

21 Per lo studio della storia del fenomeno mafioso v. "Storia della Mafia", di Salvatore Lupo, Donzelli editore; "Cosa nostra, storia della mafia siciliana", di John Dickie, Editori La Terza; Faq Mafia, di Attilio Bolzoni, Bompiani editore.

22 Si tratta della celebre legge "Rognoni-La Torre", approvata dopo l'omicidio di uno dei promotori, l'on. Pio La Torre, avvenuto il 30 aprile 1982. Per un approfondimento sull'iter della legge v. <http://archiviopiolatorre.camera.it/l-impegno-parlamentare-nazionale/legge-rognoni-la-torre> In particolare, degna di interesse la lettura dell'introduzione alla proposta di legge che, oltre ad apparire ancora attuale, rivela "l'intenzione del legislatore": *"ONOREVOLI COLLEGHI – la proposta di legge che presentiamo all'esame e all'approvazione della Camera è la traduzione in termini legislativi di proposte e suggerimenti delle forze politiche e della cultura giuridica per strumenti più puntuali per la prevenzione e la repressione della delinquenza mafiosa. Già la commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia aveva raccomandato, all'interno di più generali proposte contenute nella relazione finale, misure che colpiscano la mafia nel patrimonio, essendo il lucro e l'arricchimento l'obiettivo di questa criminalità che ben si distingue per origini e funzioni storico-politica dalla criminalità comune e dalla criminalità politica strettamente intesa. L'espansione dell'intervento mafioso, messo in luce nel recente dibattito parlamentare, l'articolazione complessa della mafia che, mentre non trascura alcun settore produttivo e di servizi, trova nell'intervento pubblico la sua principale committenza, esigono oggi più puntuali strumenti proprio nell'ambito degli arricchimenti illeciti e dei reati finanziari. La mafia, peraltro, opera ormai anche nel campo delle attività economiche lecite e si consolida l'impresa mafiosa che interviene nelle attività produttive, forte dell'autofinanziamento illecito (sequestri di persona, contrabbando, etc.), e mira all'accaparramento dell'intervento pubblico, in particolare nel settore delle opere pubbliche, <<scoraggiando>> la concorrenza con la sua forza intimidatrice. Tutto ciò non solo è uno sconvolgimento delle regole del mercato ma è causa di una forte lievitazione dei costi delle opere pubbliche nel Mezzogiorno mentre ostacola la crescita di una moderna imprenditoria in Sicilia e in Calabria. Il fenomeno, evidentemente, non può essere considerato solo sul piano della prevenzione e della repressione dei reati ma, come è stato messo in luce nel ricordato dibattito parlamentare e nelle mozioni approvate da questa Camera, occorre una politica volta ad eliminare le condizioni che favoriscono il fenomeno mafioso: una politica che dia ordine ai fatti economici, che organizzi e programmi lo sviluppo, che riduca lo spazio del << del liberismo selvaggio>> Proposta di legge n. 1581, in Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, VIII legislatura.*

disposizione²³ che si fonda sia sui mezzi impiegati che sulle finalità perseguite dagli associati. Gli elementi costitutivi del reato de quo sono:

1. l'esistenza del vincolo associativo di tre o più persone;
2. l'avvalersi della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva, al fine di raggiungere le finalità associative;
3. Lo scopo associativo che può essere – oltre alla classica finalità, comune all'associazione semplice, di commettere più delitti – anche quello di acquisire, direttamente o indirettamente, la gestione o, comunque, il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, di appalti

23 **Art. 416 bis c.p. Associazioni di tipo mafioso anche straniera.**[I]. Chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da sette a dodici anni.

[II]. Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da nove a quattordici anni.

[III]. L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali.

[IV]. Se l'associazione è armata si applica la pena della reclusione da nove a quindici anni nei casi previsti dal primo comma e da dodici a ventiquattro anni nei casi previsti dal secondo comma.

[V]. L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità, per il conseguimento della finalità dell'associazione, di armi o materie esplosive, anche se occultate o tenute in luogo di deposito.

[VI]. Se le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti, le pene stabilite nei commi precedenti sono aumentate da un terzo alla metà.

[VII]. Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego.

[VIII]. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra, alla 'ndrangheta e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, anche straniere, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso.

e servizi pubblici, nonché quello di realizzare profitti e vantaggi ingiusti ovvero di influire sulle consultazioni elettorali.

La Corte di Cassazione, in una significativa sentenza,²⁴ ha affermato che *“la forma libera che caratterizza la fisionomia del reato di associazione per delinquere di stampo mafioso, e dunque la mancanza di tipizzazione della relativa condotta, consentono al giudice di merito di cogliere, nel processo di metamorfosi della mafia nel tessuto sociale ed economico, i contenuti dell'appartenenza anche in nuove e più evolute forme comportamentali di adattamento o di mimetizzazione, rispetto alla classica iconografia del mafioso”*.

Il reato di associazione di tipo mafioso, dunque, presenta degli elementi descrittivi volutamente aperti, al fine di consentire all'interprete la concreta applicazione della norma alle diverse condotte che la mafia o le altre associazioni criminali possono realizzare nei diversi contesti territoriali in cui operano. Il partecipe all'associazione, dunque, è il soggetto che stabilmente si lega ad altri per la realizzazione dei delitti, i c.d. reati fine dell'associazione, ovvero opera sfruttando la forza di intimidazione e la conseguente omertà che ne deriva, quindi le tipiche forme d'azione delle compagini mafiose.

Secondo la giurisprudenza, in assenza della dimostrazione di specifici atti di intimidazione e violenza, la forza intimidatrice può desumersi sia da

²⁴ Cass. Pen., sez.V, 18 gennaio 2005, n. 17380, in Italggiure.giustizia.it.

circostanze obiettive, atte a dimostrare la capacità attuale della compagine associativa di incutere timore, sia dalla generale percezione che la collettività abbia dell'efficienza del gruppo criminale nell'esercizio della coercizione fisica²⁵.

La condizione di assoggettamento e di omertà esprime lo stato di sottomissione e paura che colpisce le vittime dell'azione mafiosa, che si determinano a non rivolgersi agli organi di giustizia per denunciare i reati che subiscono. Sul punto è stato diffusamente spiegato che tra le possibili ritorsioni, che generano l'omertà, vi è anche quella di dover chiudere la propria impresa, pur non essendo necessario che la minaccia si concretizzi. E' infatti sufficiente che l'associazione mafiosa ingeneri nelle vittime il ragionevole timore di poter subire le ritorsioni prospettate.

Passando agli scopi dell'associazione di stampo mafioso, la fattispecie incriminatrice de qua descrive un ampio spettro di possibili obiettivi, tra cui spiccano le finalità imprenditoriali della mafia – *acquisire la gestione o il controllo di attività economiche, concessioni, autorizzazioni, appalti e servizi pubblici* – che delineano la specificità del fenomeno mafioso, quale sistema di potere economico parallelo a quello legale, che utilizza i fondi illecitamente realizzati anche in attività lecite, realizzando così una sleale concorrenza. E' evidente infatti che i rilevanti profitti delle attività illecite – traffico di stupefacenti, di armi, proventi delle estorsioni – vengono

25 Cass. Pen. 12 dicembre 2003, CED 227994.

reinvestiti in attività lecite al fine di “ripulire” il denaro. In tal modo vengono danneggiati enormemente gli altri imprenditori che operano legalmente e che, soprattutto nei periodi di crisi economica, hanno difficoltà di accesso al credito bancario.

Delineati sinteticamente i contorni della fattispecie di associazione di tipo mafioso, occorre chiedersi quali siano gli elementi costitutivi della condotta di partecipazione.

Che cosa deve fare un soggetto per essere definito un mafioso, cioè un partecipe all’associazione di cui all’art. 416 bis del codice penale?

La giurisprudenza²⁶ negli anni ha contribuito a precisare i contorni della figura del partecipe, definendolo quale soggetto strutturalmente inserito nella compagine associativa, animato dalla coscienza e volontà di contribuire attivamente alla realizzazione dell'accordo e del programma delittuoso in modo stabile e permanente.

La condotta del partecipe, più che implicare una sorta di status di appartenenza, si caratterizza per un ruolo dinamico e funzionale, attraverso cui l’interessato “fa parte” dell’associazione, rimanendo a disposizione della stessa per la realizzazione delle finalità criminose²⁷. Si è ancora affermato che la partecipazione può essere desunta da indizi dai quali, sulla

26 V. Cass. Pen., sez. VI, 27 novembre 2012, n. 49757.

27 V. Cass. Sez, un. 12 luglio 2005.

base di attendibili regole di esperienza attinenti propriamente al fenomeno della criminalità di stampo mafioso, possa inferirsi l'appartenenza al sodalizio. Devono essere però indizi gravi e precisi, tra cui, ad esempio, l'affiliazione rituale, la commissione di reati-fine.²⁸

La giurisprudenza²⁹ in qualche pronuncia ritiene inoltre che il vincolo tra il singolo e l'organizzazione può essere di breve durata. Il soggetto può infatti partecipare al sodalizio in una prospettiva "ab origine" limitata nel tempo e per finalità specifiche.

Deve infine accennarsi al reato di favoreggiamento personale – ex art. 378 c.p. – che si caratterizza per un intervento episodico nei confronti dell'associato con la finalità di aiutarlo a "*eludere le investigazioni di polizia o a sottrarsi alle ricerche di questa*". Si tratta quindi di un intervento isolato di ausilio che, a differenza del concorrente esterno, ha l'esclusiva finalità di aiutare il partecipe a eludere o a sottrarsi alle indagini della polizia.

28 Di recente la Corte di Cassazione ha precisato che "ai fini dell'integrazione della condotta di partecipazione all'associazione di tipo mafioso, non è necessario che ciascuno dei membri del sodalizio si renda protagonista di specifici atti esecutivi della condotta criminosa programmata, perché il contributo del partecipe può essere costituito anche dalla sola dichiarata adesione all'associazione da parte del singolo, il quale presti la sua disponibilità ad agire quale <<uomo d'onore>>" V. Cass. Pen., sez. II, 3 maggio 2012, n. 23687.

29 Cass. Pen., sez. II, 24 marzo 2011, n. 16606. Si tornerà più avanti sull'analisi di questa sentenza e, in particolare, sulla non configurabilità del concorso esterno anche laddove l'agente utilizzi la partecipazione quale attività strumentale al raggiungimento di finalità proprie.

1.7. Segue: l'art. 416 ter del codice penale. La modifica legislativa introdotta con legge n. 62/2014

Occorre a questo punto descrivere brevemente la nuova disposizione introdotta dal legislatore alcuni mesi fa. Si tratta di un intervento significativo, anche perché atteso da lungo tempo, che ha modificato l'art. 416 ter ampliando il suo spazio di operatività. La modifica legislativa impone un esame della fattispecie all'interno del presente lavoro al fine di evidenziare le possibili interazioni con il concorso esterno.

La vecchia norma puniva *“chi ottiene la promessa di voti prevista dal terzo comma dell'art. 416 bis in cambio dell'erogazione di denaro”*.

La fattispecie, quindi, sanzionava il soggetto che si accordava con l'organizzazione mafiosa per ottenerne i voti nelle competizioni elettorali in cambio della corresponsione di denaro. Veniva pertanto punito mediante il ricorso all'art. 416 ter del codice penale solo colui che “acquistava mediante denaro” il sostegno dell'organizzazione criminale, ma non colui che per esempio ricambiava l'appoggio elettorale utilizzando i poteri di uomo pubblico per favorire la mafia.

E' evidente quindi la sostanziale inutilità della vecchia norma per contrastare il fenomeno che si intendeva punire, e cioè l'alleanza politico-mafiosa, giacché quasi sempre il sostegno elettorale della mafia viene ricambiato mediante strumenti diversi dal denaro. Per queste ragioni il

ricorso all'istituto del concorso esterno costituiva sino al 18 aprile 2014 l'unico possibile inquadramento delle condotte testé descritte.³⁰

La **nuova norma** prevede due distinte fattispecie incriminatrici rispettivamente collocate al primo e al secondo comma.

Primo comma: *“Chiunque accetta la promessa di procurare voti mediante le modalità di cui al terzo comma dell’art. 416 bis in cambio dell’erogazione o della promessa di erogazione di denaro o altra utilità è punito con la reclusione da quattro a dieci anni”*.

Secondo comma: *“La stessa pena si applica a chi promette di procurare voti con le modalità di cui al primo comma”*.

Rinviando ad altri contributi per un compiuto esame della novella legislativa³¹, nel prossimo capitolo, nel corso dell’analisi della sentenza a sezioni unite Mannino, si affronteranno gli effetti che tale riforma potrà

30 Deve per il vero farsi riferimento ad un orientamento della giurisprudenza secondo cui *“ai fini della configurabilità del reato di scambio elettorale politico-mafioso, previsto dall’art. 416 ter c.p., l’oggetto materiale dell’erogazione offerta in cambio della promessa di voti può essere rappresentato non solo dal denaro, ma da qualsiasi bene traducibile in un valore di scambio immediatamente quantificabile in termini economici (ad es., mezzi di pagamento diversi dalla moneta, preziosi, titoli, valori mobiliari, ecc.), restando invece escluse dal contenuto precettivo della norma incriminatrice altre ‘utilità’ che solo in via mediata possono essere oggetto di monetizzazione”* (cfr. Cass., Sez VI, 11 aprile 2012, n. 20924).

31 Per un approfondimento vedi la relazione dell’ufficio del Massimario presso la Corte di Cassazione (Rel. N. III/06/2014) di Antonio Corbo e Giorgio Fidelbo; *“La riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso, una più chiara gradazione del disvalore delle condotte di contiguità mafiosa?”* di Amarelli, in *Diritto Penale Contemporaneo*; *“Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico- mafioso: andiamo avanti, ma con giudizio”* Visconti, in *Diritto Penale Contemporaneo*.

avere sulle condotte di scambio politico mafioso, in cui il politico abbia corrisposto altra utilità rispetto al denaro e che prima venivano inquadrati nell'ipotesi del concorso esterno.

CAPITOLO II

2.1. Il concorso esterno in associazione mafiosa.

Diversamente da quanto comunemente si legge, il concorso esterno in associazione mafiosa **non è un istituto di creazione giurisprudenziale**³² pensato per colpire le forme di contiguità – imprenditoriale, politica – alle associazioni mafiose.

E' un istituto che nasce dall'applicazione rigorosa del sistema normativo del concorso di persone nel reato, disciplinato dagli articoli 110 e ss del codice penale. Essendo infatti il concorso di persone un modello di punizione che il legislatore ha previsto per sanzionare le c.d. condotte atipiche, cioè quelle che non rientrano tassativamente nella fattispecie incriminatrice di parte speciale, anche nei reati a concorso necessario deve utilizzarsi il concorso esterno ogni qualvolta si verifichi una condotta diversa da quella tipica.

Il nodo da sciogliere, però, è un altro.

Occorre comprendere quale sia il reale spazio di operatività del concorso esterno rispetto alla condotta di partecipazione nel delitto di cui all'art. 416 bis, nonché – solamente per le condotte di voto di scambio – rispetto alla nuova norma di cui all'art. 416 ter c.p.

³² Anche se, come già sottolineato, vi è chi dice che le oscillazioni giurisprudenziali in materia di concorso esterno conducono l'interprete a ritenere la giurisprudenza concorrente esterna del legislatore nella produzione di norme. Iacoviello Op. Cit.

Prima di passare all'esame approfondito dell'istituto occorre rammentare quanto affermato da Costantino Visconti nel 1994³³: *“Bisogna evitare il rischio di trasformare il dibattito [sul concorso esterno n.d.r.] in una sorta di guerra di religione tra schieramenti pregiudizialmente in conflitto, ovvero far prevalere ragioni talvolta non coincidenti con il primario interesse di condurre una efficace repressione penale del fenomeno mafioso nel pieno rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico”*.

2.2. La posizione della dottrina

L'analisi delle elaborazioni dottrinali sul tema del concorso esterno non può che prendere le mosse dall'ormai risalente già citato contributo di Visconti che ha ben delineato le visioni contrapposte esistenti sull'argomento tra gli studiosi.³⁴

La tesi positiva, che parte dalla premessa della portata generale dell'art. 110 c.p. e, quindi, della sua applicabilità anche ai reati associativi, si fonda innanzitutto sulle ragioni *“politico-criminali e politico-giudiziarie”*. L'organizzazione mafiosa, che si connota per la particolare coesione interna degli associati, appare un fertile terreno per l'innesto di contributi esterni

33 C. Visconti, *“Il tormentato cammino del concorso esterno nel reato associativo”*, in Foro it. 1994, II

34 C. Visconti, op. cit.

all'associazione.³⁵Inoltre, secondo l'autore *de quo* la ragione politico-giudiziaria a favore del concorso esterno si rinviene in quanto afferma un altro studioso³⁶: *“quando si mette mano a definire specie, natura e qualità dei rapporti delle organizzazione mafiose con il mondo della politica, degli affari, degli operatori economici, delle professioni, utilizzare criteri rigidi, oltre che impossibile, potrebbe costituire un ostacolo a risposte adeguate alla varietà ed alla variabilità delle situazioni che si possono presentare in concreto, ed alle diverse sfumature che possono caratterizzare di volta in volta le singole situazioni [...], la figura del concorrente esterno è d'altronde particolarmente funzionale alla rilevanza penale delle situazioni nelle quali è certa (o risulta fortemente indiziata) l'esistenza del contributo fornito alle cosche, ma nelle quali sono più deboli gli indizi di una vera e propria appartenenza alla stessa”*.

Tuttavia l'esposta tesi sembra definire il concorso esterno un istituto a cui ricorrere nelle ipotesi in cui non si riesca a dimostrare che chi arreca un determinato contributo all'associazione sia anche mafioso. In realtà il concorrente è altro rispetto al partecipe per il quale non si è raggiunta la prova di una sua appartenenza all'organizzazione criminale, o così

35 Così Militello, *“agevolazione e concorso di persone nel progetto 1992”*, in *Indice pen.*, 1993, 581.

36 Grosso, *“la contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione e irrilevanza penale”* in *Riv. It. Dir. E proc. pen.*, 1993, 1199 ss.

dovrebbe essere, anche per un'adeguata formulazione del capo di imputazione.

Secondo Visconti, peraltro, vi sarebbe più di un problema discendente dall'idea del concorso quale strumento di punizione della contiguità alla mafia: non è detto che il soggetto contiguo alla mafia sia un soggetto di per sé meritevole della sanzione penale; potrebbe inoltre apparire incongrua una parità del trattamento sanzionatorio tra il partecipe e il soggetto al concorrente esterno.

Entrambe le prospettate ipotesi problematiche hanno in realtà percorso i tempi. Basti pensare alle statuizioni della sentenza a sezioni unite Mannino sulla contiguità non punibile, sulle frequentazioni e i rapporti non punibili, di cui si dirà oltre. Ed ancora, sulla parificazione del trattamento sanzionatorio tra concorrente esterno e partecipe all'associazione si veda la riforma dell'art. 416 ter c.p. (cfr. quanto detto nel paragrafo 1.7.).

In dottrina³⁷, inoltre, vi è anche chi contesta la stessa configurabilità del concorso esterno ritenendo ad esempio che ammettere un concorso esterno

37 E' possibile citare contributi più risalenti, come Crispigni, *Diritto penale*, 1947, II, 256 ss., che contestava la stessa applicabilità delle norme sul concorso di persone ai reati plurisoggettivi, o Dell'Andro, *“La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale”*, Milano 1956, 178 ss., secondo cui più correttamente all'interno della categoria dei reati plurisoggettivi andrebbe operata una selezione di quei reati che in ragione della loro struttura siano compatibili con le norme di disciplina e/o incriminatrici dell'istituto del concorso. Insolera *“Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica”*. in Foro It., 1995, II, 122; De Liguori, *“Concorso eventuale e reati associativi”*, in Cass. Pen., 1989, 36, secondo cui *“L'esclusione di un concorso eventuale nella partecipazione ai delitti associativi, ribadita più volte da decisioni della Corte di cassazione quanto meno nell'ipotesi di concorso materiale si è prestata ad una lettura critica che ha segnalato il prevalere di contingenti ragioni politico criminali su quelle apparentemente astratte del rigore interpretativo”*.

nella partecipazione, che è una condotta già di per sé a forma libera, rappresenta un “*indirizzo di politica criminale improntato ad esasperato rigore*”. L’incerta tipicità della condotta di partecipazione nel concorso esterno si diluisce ancora, consentendo di colpire ipotesi di contiguità o fiancheggiamento.

Gli autori critici sul concorso esterno esprimono il timore per una carenza di tassatività dell’ipotesi concorsuale, che deriva in primo luogo dal carattere indeterminato ed imprevedibile della struttura dell’intero istituto del concorso di persone nel reato e, in secondo luogo, dal basso tasso di tipicità delle fattispecie associative. Secondo altri³⁸, poi, sul piano empirico è difficilmente ipotizzabile un contributo individuale in grado di incidere causalmente su un’organizzazione mafiosa, rafforzandone ulteriormente la potenzialità.

Tutto ciò premesso, la dottrina³⁹ ormai maggioritaria oggi ammette la configurabilità dell’istituto del concorso esterno nelle fattispecie plurisoggettive dei reati associativi.⁴⁰

38 De Francesco, “*Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi*”, Milano, 1995.

39 C. Visconti, Op.cit.; G. Lattanzi, “*Partecipazione all’associazione criminosa e concorso esterno*”, in Cass. Pen. 1998, 3137.

40 Con ciò non vuole affermarsi, però, la fine di un dibattito anche molto acceso sull’istituto del concorso esterno. E’ sufficiente a tale riguardo fare riferimento ai contributi pubblicati su dirittopenalecontemporaneo.it sulla requisitoria del Procuratore Iacoviello nel processo Dell’Utri, di cui si darà atto in seguito. Ad esempio Fiandaca: “*il concorso esterno nel reato associativo continua ad apparire un istituto giuridico liquido, fluido, controverso, tormentato, divisivo: insomma polemico. Fonte persistente non solo di complesse dispute tecnico-*

Autorevole autore⁴¹, infatti, risponde positivamente alla domanda sulla astratta configurabilità del concorso eventuale ex art. 110 c.p. da parte di soggetti estranei all'associazione: occorre però la contemporanea presenza di tre requisiti essenziali del concorso eventuale *a) l'atipicità della condotta concorsuale rispetto alla fattispecie associativa; b) il contributo, morale o materiale, necessario o agevolatore, occasionale o continuativo, per la costituzione, conservazione o rafforzamento dell'associazione; c) il dolo di concorso, per l'esistenza del quale non è necessario il dolo specifico di perseguire il programma criminoso, ma sufficiente la coscienza e volontà di contribuire alla costituzione, conservazione o rafforzamento dell'associazione, stante il principio della possibilità del concorso con dolo generico nel reato a dolo specifico, purché almeno un altro concorrente agisca con la finalità richiesta dalla norma incriminatrice.*

Altri autori⁴² ritengono che la funzione svolta dall'istituto *de quo* sia da rinvenire nell'esigenza di colmare i vuoti di tutela penale che vi giuridiche, ma persino di guerre di religione combattute a colpi di contrapposti slogans sparati nel circuito politico-mediatico dagli appartenenti ai due partiti avversi dei credenti e dei demolitori". O ancora Maiello: "La consapevolezza dello scarto tra significato deontologico del concorso esterno – per come è andato sedimentandosi a seguito dei progressivi interventi di cesellatura nomofilattica compiuti dalla Cassazione riunita – e la pratica quotidiana della sua interpretazione, induce ad intravedere nella frase del Procuratore Iacoviello "al concorso esterno non si crede più" non una posizione ideologica di ostilità verso un congegno di interpretazione che, pur tra controversie e fraintendimenti durevoli, continua a rappresentare la frontiera avanzata del contrasto giudiziario al sostegno associativo; bensì la sottolineatura di una situazione di sofferenza applicativa del "dispositivo", da tempo denunciata in sede teorica".

41 V. Mantovani, Diritto Penale, pag. 549, VI edizione.

42 Fiandaca-Musco, Diritto Penale, parte generale, quinta edizione, Zanichelli editore.

sarebbero se ci si limitasse a punire i comportamenti dei partecipi, senza considerare i contributi di coloro che si collocano all'esterno dell'associazione mafiosa.

Inoltre, il potenziale ambito di operatività del concorso esterno risulta influenzato *dal pregiudiziale modo di concepire le condotte di partecipazione interna*. Un concetto ampio di partecipe, quindi, restringe l'area di applicabilità del concorrente esterno, e viceversa.

Tale dottrina, però, sottopone a critica l'ultimo approdo delle sezioni unite della Cassazione⁴³ sul concorso esterno, secondo cui *“il concorrente esterno è il soggetto che, pur non essendo inserito stabilmente nella struttura organizzativa dell'associazione, fornisce tuttavia ad essa <<un concreto, specifico, consapevole, volontario contributo>>: sempre che questo contributo espliciti una effettiva rilevanza causale e cioè si configuri come condizione necessaria per la conservazione o il rafforzamento della capacità operativa dell'associazione o di un suo particolare settore, ramo di attività o articolazione territoriale”*.

Secondo l'impostazione in commento, la Corte di legittimità, richiedendo inoltre l'accertamento *ex post* dell'efficacia eziologica dell'apporto del concorrente esterno, ha determinato una difficoltà obiettiva per l'interprete. Non sono facilmente individuabili, infatti, le leggi di copertura (o anche solo generali massime di esperienza) grazie alle quali

43 Cass.12 luglio 2005 (Mannino). Per un approfondimento vedi infra 2.5.

distinguere in modo rigoroso e univoco tra contributi dotati o meno di efficacia condizionalistica. Gli autori citati, quindi, sottolineano il rischio di un'eccessiva discrezionalità giudiziale, giacché il riferimento alla categoria della causalità potrebbe servire a nascondere, *più di quanto non spieghi*, la ratio decisoria che guida il giudice nel verificare la rilevanza penale di una condotta di concorso esterno.⁴⁴

⁴⁴ Per un approfondimento v. infra 2.5.

2.3. Gli orientamenti della giurisprudenza

2.3.1. L'orientamento contrario.

Sino al 1994 in giurisprudenza vi è un contrasto sull'ammissibilità del concorso eventuale nel reato associativo.

Tuttavia, occorre precisare che l'orientamento negativo⁴⁵ si riferisce esclusivamente alle ipotesi di concorso materiale nel reato associativo, ammettendo invece pacificamente il concorso morale. Peraltro, la configurabilità del concorso eventuale (materiale) nel reato associativo viene ammessa in astratto, ma rifiutata nella concreta applicazione delle fattispecie associative. I sostenitori di questo orientamento, infatti, affermano che la particolare struttura del reato associativo determina la difficoltà di immaginare un contributo materiale distinto dalla partecipazione. Si tratta di problemi che non si verificano nel caso di altre fattispecie a concorso necessario, come la rissa, in cui è possibile immaginare un soggetto estraneo che, pur non intervenendo direttamente nella rissa, fornisce un apporto.

45 V. le ormai risalenti Cass., sez. I, 19.1.1987, n. 107; Cass., Sez I, 5.6.1994 n. 2699, in C.E.D. e Cass., Sez. VI, 21.9.2000 (Villego).

Secondo una pronuncia della Corte di Cassazione *“l’unica forma di concorso di persone nel reato di cui all’art. 416 bis c.p. è quella del concorso necessario, perché ontologicamente connaturato 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. Deve quindi affermarsi il principio di diritto che nel reato di cui all’art. 416 bis c.p. è ipotizzabile soltanto il concorso necessario di persone, mentre quello eventuale non può sussistere in considerazione della particolare struttura di detto reato”*.⁴⁶

Gli argomenti alla base della tesi negativa sono:

- a) Il concorrente eventuale del reato associativo deve realizzare un contributo alla realizzazione della fattispecie, ma deve altresì avere la consapevolezza che detta sua azione contribuisce all’ulteriore realizzazione degli scopi della *societas sceleris*. Tale condotta, quindi, non differisce dagli elementi costitutivi della partecipazione all’associazione.
- b) Al superiore argomento non può opporsi, continuano il sostenitori della tesi negativa, la lettera dell’art. 418 c.p., che con l’espressione *“fuori dai casi di concorso nel reato”* sembrerebbe ammettere il concorso eventuale nel reato associativo. Il *concorso* cui fa riferimento la norma citata è il concorso necessario proprio della fattispecie associativa e non il concorso eventuale.

⁴⁶ Cass., sez. I, sentenza del 18.5.1994 (Clementi), in Foro Italiano 1994 pag. 560, con il commento di Visconti, il tormentato cammino del concorso esterno nel reato associativo.

Proprio la presenza dell'art. 418 c.p. conferma la non configurabilità del concorso eventuale, giacché la norma mira a punire quelle condotte agevolatrici che si vorrebbero punire ricorrendo al concorso esterno.

c) Oltre all'art. 418 c.p. il legislatore ha introdotto altre disposizioni volte a reprimere le condotte di contiguità alle associazioni criminali: l'art. 378, secondo comma, c.p. e l'art. 7 D.L. 13 maggio n. 152/1991, convertito con la L. 12 luglio 1991 n. 203. La prima disposizione disciplina un'aggravante per il delitto di favoreggiamento personale, allorché l'agente abbia realizzato la condotta per aiutare un componente di un'associazione mafiosa; l'art. 7 L.Cit., invece, prevede un'aggravante per chi commetta delitti al fine di agevolare le attività delle associazioni mafiose.

Le superiori disposizioni sarebbero state superflue se fosse possibile ricorrere al concorso eventuale nella fattispecie associativa. La Corte di Cassazione⁴⁷ sul punto affermava che *“l'introduzione nell'ordinamento penale delle indicate aggravanti conferma che l'unica forma di concorso di persone nel reato in questione è quella del concorso necessario perché ontologicamente connaturato la particolare struttura della fattispecie e conforme alla vigente normativa in rema di concorso anche in relazione a quanto specificamente introdotto dalla citata legislazione inerente alla materia della criminalità organizzata”*.

L'orientamento contrario, quindi, non esclude la configurabilità astratta del concorso esterno nel reato associativo, proprio per l'operatività generale dell'art. 110 del codice penale, ne rifiuta però la effettiva rilevanza.

47 Cass., Sez I, 5 giugno 1994 n. 2699.

Il concorrente esterno che fornisce un apporto materiale all'associazione è un partecipe e come tale deve essere punito.

2.3.2. L'orientamento favorevole.

La tesi della compatibilità del concorso eventuale nel reato associativo viene affermata dalla Corte di Cassazione già nel 1968, sia pure nell'ambito del reato di cui all'art. 305 c.p. (cospirazione politica mediante associazione): *“l'appartenente alla associazione prevista dall'articolo 305 c.p. è l'accollito del sodalizio, cioè 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 dei consoci, delle azioni effettivamente attuate o da attuarsi, sottoponendosi alla disciplina delle gerarchie e al succedersi dei ruoli; **la figura del concorrente, invece, è individuabile con l'attività di chi** – pur non essendo membro del sodalizio, cioè non aderendo ad esso nella piena accettazione dell'organizzazione, dei mezzi e dei fini – **contribuisce all'associazione mediante un apprezzabile e fattivo apporto personale, agevolandone l'affermarsi e facilitandone***

l'operare, conoscendone l'esistenza e le finalità e avendo coscienza del nesso causale del suo contributo".⁴⁸

L'operatività dell'istituto in relazione all'art. 416 bis c.p. viene affermata nella sentenza Altivalle del 13 giugno 1987⁴⁹ in cui viene sancito che “ *quando 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 che tale apporto, valutato ex ante⁵⁰, e in relazione alla dimensione lesiva del fatto e alla complessità della fattispecie, sia idoneo, se non al potenziamento, almeno al consolidamento e al mantenimento dell'organizzazione*”. Appare evidente la necessità sentita dai giudici di legittimità di ricondurre il contributo del concorrente esterno ai principi generali del concorso di persone, con le inevitabili difficoltà derivanti dalla necessità di ricercare un apporto causale al comportamento del concorrente esterno.

48 Cass. Sez. I, 27 novembre 1968 n. 1659, in C.E.D. Si veda anche, per il reato di banda armata, sent. Cass. 25 ottobre 1983, Arancio, Foro it., Rep. 1984: “*commette il delitto di concorso in banda armata e non già quello di favoreggiamento il difensore che svolga un ruolo di tramite fra i terroristi liberi e quelli detenuti, al fine di comunicare notizie utili all'esistenza della banda armata in quanto tale*”.

49 Cass. Sez. I, 13 giugno 1987, n. 177889 in C.E.D.

50 Come può vedersi, sul punto della verifica della idoneità causale del contributo, vi è stata un'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione che è passata nel tempo da un più semplice accertamento ex ante ad un accertamento ex post.

In altra pronuncia⁵¹ la Corte di Cassazione, per distinguere il concorso esterno dalla condotta di partecipazione, ha posto l'accento sulla *episodicità* della condotta dell'estraneo *“il quale deve limitarsi alla occasionale e non istituzionalizzata prestazione di un singolo comportamento, non privo di idoneità causale per il conseguimento dello scopo, che costituisca autonoma e individuale manifestazione di volontà criminosa e si esaurisca nel momento della sua espressione”*.

E' altresì opportuno sottolineare come la giurisprudenza, nelle prime pronunce sull'argomento, riteneva necessaria una valutazione ex ante dell'apporto del concorrente eventuale. Come si chiarirà in seguito questa soluzione non è priva di rilevanza poiché consentiva l'aumento dello spazio di operatività del concorso esterno in associazione mafiosa. E' infatti evidente che ricercare ex post l'effettiva rilevanza causale dell'apporto del concorrente impone, specialmente nelle associazioni articolate e complesse come *cosa nostra*, l'assolvimento di un onere probatorio gravoso e spesso non superabile.

2.4. Le sezioni unite del 1994 (Demitry).

Il partecipe opera nella fisiologia dell'associazione. Il concorrente esterno interviene nella fase patologica della stessa.

51 Cass. Sez. I, 4 febbraio 1988, n. 9242, in C.E.D.

Il dolo non è un ostacolo: “il concorrente esterno può disinteressarsi della strategia complessiva dell’associazione mafiosa”.

Nel 1994 le sezioni unite della Corte di Cassazione⁵² compongono il contrasto e aderiscono alla tesi dell’ammissibilità del concorso (materiale) eventuale nel reato associativo.

In via preliminare, la sentenza affronta il problema **dell’elemento soggettivo**, considerato ostativo dall’orientamento contrario all’ammissibilità del concorso eventuale nel reato associativo.

I giudici di legittimità richiamano l’orientamento dottrinale, in tema di dolo specifico, secondo cui è possibile “*il concorso con dolo generico in un reato specifico*”, a condizione che un altro concorrente abbia agito con la finalità richiesta dalla legge. Se questo principio ha portata generale, esso non può non valere anche per il reato di associazione per delinquere di stampo mafioso, sicché non è richiesto che, in questo reato, il concorrente eventuale abbia la volontà di fare parte dell’associazione. Ciò non vuol dire che il concorrente esterno non vuole il suo contributo e non si rende conto che l’apporto dato agevola l’associazione, ma nella sostanza si disinteressa della strategia complessiva della consorteria criminale. Del resto, prosegue la Cassazione, anche l’orientamento contrario all’ammissibilità del

52 Cass. Sez. Un., 5 ottobre 1994 n. 16, in C.E.D.; in Giurisprudenza Italiana 1995, fasc. 6, parte 2; in Foro Italiano 1995, fasc. 7, parte 2 “*Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di stato e gli inganni della dogmatica*” di Gaetano Insolera; Cassazione Penale 1995, fasc. 4, di Francesco Iacoviello; in Rivista Penale 1995, fasc. 3.

concorso esterno ritiene configurabile il concorso morale nei reati associativi. Tale contraddizione manifesta la debolezza della tesi negativa⁵³ e la necessità di ammettere di concorso esterno – sia nella forma materiale che in quella morale – nel reato di associazione mafiosa.

Secondo i giudici di legittimità appare ovvio che se il concorrente è un esterno all'associazione, ciò significa che non vuole farne parte e che, pertanto, non può avere quella parte del *dolo* che consiste nella volontà di far parte dell'associazione (la cosiddetta *affectio societatis*). Afferma la Corte che: “*il concorrente eventuale materiale può, dunque, prestare il suo contributo con il dolo specifico, restando, nonostante questo dolo, concorrente eventuale*”. Il concorrente esterno, dunque, manca del c.d. animus partecipativo poiché intende prestare all'associazione un contributo delimitato e non il suo stabile inserimento.

La sentenza prosegue distinguendo il concorso morale nel reato associativo da quello materiale, evidenziando come in effetti sia più difficile separare il concorrente materiale dal partecipe. Il concorrente morale infatti realizza sempre una condotta esterna a quella tipica, al contrario il concorrente materiale frequentemente interviene nell'azione tipica compiendo comportamenti che si inseriscono nella condotta del partecipe. È

53 In realtà, secondo la tesi negativa, sviluppatasi anche in seguito alla Demitry (v. ad esempio la sentenza Villecco del 21.9.2000 e il commento di Iacoviello in Cass. Pen. 2001, fasc. 7-8, 2064), non vi è contraddizione nel considerare ammissibile il concorso morale eventuale nel reato associativo e non ammissibile il concorso eventuale materiale, giacché vi è una radicale differenza strutturale tra le due tipologie di concorso.

questa una delle ragioni che hanno condotto per molto tempo una parte della giurisprudenza a negare cittadinanza al concorso eventuale materiale nel reato associativo, a causa della mancanza di **un idoneo spazio di operatività**.

Tuttavia, si tratta di difficoltà tutt'altro che insuperabili perché il partecipe e il concorrente eventuale, *“pur se fanno insieme un analogo tratto di strada, sono ontologicamente figure diverse”*.

Superato l'ostacolo dell'elemento soggettivo del reato⁵⁴, la pronuncia in esame passa ad affrontare il secondo argomento posto a fondamento dell'orientamento negativo: l'interpretazione sistematica.

L'aggravante prevista per il delitto di favoreggiamento, nonché l'articolo 7 del D. L. 13 maggio 1991 n.152 non sono, secondo la Corte, espressione di una volontà del legislatore di punire soltanto l'ipotesi del concorso necessario. Se, ad esempio, l'associazione ricorre all'esterno per porre in essere un omicidio che rientra nelle finalità proprie dell'associazione e se il concorrente eventuale cui ci si è rivolti ha piena

54 Secondo i critici della sentenza Demitry essa non convince quando distingue il dolo del concorrente esterno da quello del partecipe, giacché la disciplina del concorso di persone del reato si fonda sullo stesso dolo tra i concorrenti, con l'aggiunta della consapevolezza che la propria condotta si saldi con quella altrui nella produzione del reato. La “frammentazione del dolo” è causata da un errato modo di intendere l'associazione mafiosa; e cioè come una società di cui i partecipi siano i soci, anziché un'impresa cui i partecipi svolgono una funzione. Ciò renderebbe credibile la sussistenza di un concorrente esterno che, pur non volendo la realizzazione degli scopi dell'impresa criminale, vuole che il suo contributo si saldi a quello dei partecipi dell'associazione per realizzare l'«oggetto sociale» dell'impresa (Iacoviello Cass. Pen 2001 Op.Cit.).

consapevolezza del “valore” che tale azione riveste per la consorceria criminale, è da escludere che ci si trovi dinanzi ad un esecutore di un delitto meritevole soltanto di un aggravamento di pena. In questo caso si è di fronte all’azione atipica che *“consente la realizzazione dell’azione tipica, che contribuisce, in altri termini, alla stabilità del vincolo associativo e al perseguimento degli scopi dell’associazione”*.

I giudici di legittimità, ancora, superano l’argomento secondo cui il riferimento compiuto dall’art. 418 c.p. al “concorso nel reato” farebbe riferimento al concorso necessario, con l’esclusione del concorso necessario. Nella stessa norma, infatti, sono contenute due espressioni: “concorso nel reato” e “coloro che partecipano all’associazione”. Il legislatore dell’art. 418 c.p., quindi, ha ben chiara la differenza tra il concorso nell’associazione e la partecipazione alla stessa, poiché, in caso contrario, avrebbe utilizzato la medesima espressione.⁵⁵

Superati gli argomenti contrari al concorso esterno, la sentenza prosegue delimitando l’ambito di operatività dell’istituto, da individuare in negativo rispetto al ruolo dei colui che fa parte dell’associazione:

⁵⁵ La Corte di Cassazione a questo punto compie un’interpretazione storica della norma, analizzando i lavori preparatori. In effetti la relazione ministeriale al Codice Rocco, commentando quello che era allora l’art. 414 c.p. (assistenza agli associati) affermava che *“Questa figura criminosa è tenuta distinta dai casi di concorso nel reato o di favoreggiamento”*. Ed ancora, la relazione prosegue affermando che *“La disposizione penale viene così a rendersi più rigorosa, ma il maggior rigore è reso necessario, non soltanto dall’esigenza di non confondere questa speciale figura delittuosa con il concorso nell’associazione a delinquere [...]”* In “Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, Volume V, Parte II, Relazione sui libri II e III del Progetto.

- a) Il partecipe è colui senza il cui apporto quotidiano o, comunque, assiduo l'associazione non raggiunge con la dovuta speditezza. Si tratta di tutte quelle figure (promotori, organizzatori e c.d. soldati della consorteria) che agiscono nella *fisiologia* dell'associazione;
- b) Il concorrente eventuale è colui che non vuole far parte dell'associazione e che il gruppo criminale non chiama a "far parte", ma al quale si rivolge per colmare eventuali vuoti in un determinato ruolo⁵⁶, sia nel momento in cui la "fisiologia dell'associazione entra in fibrillazione, attraversando una fase *patologica* che, per essere superata, esige il contributo limitato, di un esterno".

Il concorrente esterno, quindi, secondo la sentenza testé commentata, darebbe all'associazione un apporto temporaneo con la finalità di ricondurre la stessa al fisiologico funzionamento. L'intervento potrebbe essere destinato a coprire temporanei vuoti in un determinato ruolo, ovvero, più genericamente, a supportare il gruppo in un momento patologico e sinché questo non si sia esaurito.

La sentenza Demitry rappresenta un'energica presa di posizione della Corte Suprema che intende così raggiungere due obiettivi: concedere finalmente la cittadinanza piena al concorso esterno nel nostro ordinamento; e inquadrare e definire l'ambito di azione del controverso istituto.

⁵⁶ Anche se, in questa ipotesi, appare più corretto ritenere che il soggetto che subentri, per un periodo limitato, nel ruolo di un partecipe, risponda del reato di cui all'art. 416 bis, per il periodo della "sostituzione". E' infatti verosimile pensare che il sostituto abbia lo stesso elemento psicologico del sostituito assente.

La differenziazione tra fisiologia e patologia della vita associativa è una debolezza evidente della sentenza, ed infatti è uno dei passaggi che verrà superato dalle successive pronunce a sezioni unite. La pronuncia però non riuscirà a conseguire il primo obiettivo: quello di risolvere definitivamente il contrasto sulla ammissibilità astratta del concorso esterno.

2.5. Le sezioni unite del 2003 (Carnevale): l'«aggiustamento» dei processi.

Il dolo del concorrente non può che essere diretto (il concorrente “sa” o “vuole”) alla realizzazione del programma criminoso del sodalizio.

Dopo l'intervento delle sezioni unite del 1994, il contrasto in dottrina e, anche se in misura minore, in giurisprudenza sull'istituto del concorso esterno non viene meno e ciò costringe la Cassazione ad un nuovo intervento delle sezioni unite⁵⁷. La Corte conferma la configurabilità del

57 Cass., sez. un. N. 22327/2003 in C.E.D. Si tratta del processo a carico di un magistrato in servizio presso la Corte di Cassazione. Secondo l'assunto accusatorio l'imputato avrebbe posto in essere un'attività sistematica di ausilio all'associazione “cosa nostra” mediante assoluzioni o tentativi di assoluzione di diversi esponenti del sodalizio criminoso. E' evidente che le condotte contestate al magistrato rientrerebbero nell'ipotesi di concorso esterno, essendo il processo penale in grado di disarticolare l'ente associativo e, quindi, l'intervento del concorrente idoneo al mantenimento della struttura criminale. **I dubbi in dottrina.** Si continuava a sostenere l'incompatibilità strutturale tra il sistema normativo del concorso di persone e i reati associativi, sottolineando in particolare i rilevanti problemi che si sarebbero avuti in tema di tassatività. Si riteneva inoltre che fosse non conciliabile il concorso istantaneo in un reato permanente. Secondo alcuni autori, inoltre, non poteva parlarsi di contributo all'associazione in quanto tale, giacché il reato associativo è la sintesi delle diverse condotte di promozione, organizzazione, partecipazione e, quindi, il concorrente esterno avrebbe dovuto concorrere con una di tali figure. Il dolo del concorrente, così come ricostruito dalla sentenza Demitry (privo della parte relativa all'*affectio*), poneva rilevanti problemi per l'accertamento giudiziale, dovendosi fare riferimento ad un'intima considerazione dell'imputato del suo modo di intendersi rispetto all'associazione. Diversi erano i dubbi manifestati sia dai favorevoli che dai contrari al concorso esterno sulla dicotomia fisiologia/patologia per l'eccessiva indeterminazione dei concetti.

La giurisprudenza tra Demitry e Carnevale.

concorso esterno precisando che: *“assume la qualità di concorrente esterno nel reato di associazione di tipo mafioso la persona che, priva dell’ affectio societatis e non essendo inserita nella struttura organizzativa dell’associazione, fornisce un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo, purché questo abbia un’effettiva rilevanza causale ai fini della conservazione o del rafforzamento dell’associazione e sia comunque diretto alla realizzazione, anche parziale del programma criminoso della medesima”*.

La premessa da cui parte la sentenza è che i reati associativi sono fattispecie plurisoggettive proprie in cui il partecipe è tale non solo per una adesione personale all’organizzazione, ma anche per una condivisione e un’approvazione della sua presenza da parte degli altri associati. Pertanto anche la condotta di chi si inserisce in una organizzazione già formata postula la volontà e l’agire di una pluralità di persone.⁵⁸

Conformi ai principi sanciti dalla sentenza Demitry: Cass. Sez. VI, 27.3.1995; Cass. Sez. V, 10.11.1995; Cass. SS.UU., 27.9.1995; Cass. Sez. VI, 13.6.1997; Cass. Sez. V, 23.4.1997; Cass. Sez. VI, 7.3.1997; Cass. Sez. I, 5.1.1999; Cass. Sez. VI, 25.6.1999; Cass. Sez. V, 6.2.2000; Cass. Sez. V, 6.2.2000; Cass. Sez. VI 15.5.2000; Cass. Sez. V, 22.12.2000; Cass. Sez. I, 17.4.2002.

Difforme la sentenza *Villecco*, Sez. VI, 21.9.2000: *“In tema di associazione per delinquere di tipo mafioso il combinato disposto degli artt. 110 e 115 c.p. preclude la configurabilità di un concorso esterno o eventuale, atteso che l’aiuto portato all’associazione nei momenti di crisi o fibrillazione integra, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, la condotta del << far parte >> del sodalizio criminoso”*.

⁵⁸ La premessa è volta a confutare la tesi della natura monosoggettiva della condotta di partecipazione, quando un soggetto aderisce successivamente ad una organizzazione già in essere.

Il ricorso al concorso esterno, quindi, è giustificato dalla necessità di attribuire rilevanza penale alle condotte dei soggetti che la stessa organizzazione non considera membri del gruppo, ma che sono “significativi sul piano causale e perfettamente consapevoli”. Non viene inoltre considerato significativo il rilievo critico della mancanza di adeguata tassatività della condotta del concorrente esterno, essendo l’art. 416 bis c.p. una norma sufficientemente determinata nei suoi elementi essenziali.

I giudici di legittimità ribadiscono che il partecipe fornisce all’associazione un contributo apprezzabile e concreto, sul piano causale, all’esistenza o al rafforzamento dell’associazione e, quindi, alla realizzazione dell’offesa tipica agli interessi tutelati dalla norma incriminatrice. *“Sicché a quel “far parte” dell’associazione, che qualifica la condotta del partecipe, non può attribuirsi il solo significato di condivisione meramente psicologica del programma criminoso e delle relative metodiche, bensì anche quello, più pregnante, di una concreta assunzione di un ruolo materiale all’interno della struttura criminosa, manifestato da un impegno reciproco e costante, funzionalmente orientato alla struttura e alla attività dell’organizzazione criminosa: il che è espressione di un inserimento strutturale a tutti gli effetti in tale organizzazione [...]. Ne deriva che, se a quel “far parte” dell’associazione si attribuisce il significato testé detto, non può non affermarsi che da un punto di vista logico la situazione di chi “entra a far parte di una*

organizzazione” condividendone vita e obiettivi, e quella di chi pur non entrando a farne parte apporta dall’esterno un contributo rilevante alla sua conservazione e al suo rafforzamento, sono chiaramente distinguibili”.

La sentenza presenta alcuni passaggi motivazionali che si discostano dal precedente arresto del 1994 sulla struttura del concorso esterno, sia per quanto concerne il piano soggettivo sia per quello oggettivo.

Per quanto concerne il **dolo** del concorrente esterno la sentenza CARNEVALE precisa che egli non può disinteressarsi della strategia complessiva dell’organizzazione, come era stato affermato dalla sentenza DEMITRY. Ed invero nel reato di associazione per delinquere l’evento è la sussistenza ed operatività del sodalizio, sicché *“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 di cui sopra. Deve, al contrario, ritenersi che il concorrente esterno è tale quando, pur estraneo all’associazione, della quale non intende far parte, apporti un contributo che “sa e “vuole” sia diretto alla realizzazione, magari anche parziale, del programma criminoso del sodalizio”*. Viene pertanto richiesto al concorrente un **dolo diretto** che si distingue da quello del partecipe per il segmento dell’atteggiamento psicologico che riguarda la volontà di far parte dell’associazione.

La sentenza sottolinea inoltre che il concetto di patologia (o fibrillazione) in cui, secondo le precedenti Sezioni Unite, interviene il concorrente esterno è un'espressione che ha in effetti generato confusione tra gli interpreti, anche per la difficoltà di qualificare come patologica una determinata fase della vita di un'associazione criminale. Il concetto di fibrillazione, pertanto, deve intendersi utilizzato dalla sentenza DEMITRY a titolo esemplificativo⁵⁹. Ciò che occorre per qualificare il contributo quale concorso esterno è *“una concreta attività collaborativa idonea a contribuire al potenziamento, consolidamento, mantenimento in vita del sodalizio mafioso, in correlazioni a congiunturali esigenze del medesimo”*.⁶⁰

Viene quindi chiarito dalle Sezioni Unite che non occorre che vi sia una situazione patologica che, senza l'intervento del concorrente esterno, potrebbe mettere a rischio la stessa sussistenza dell'organizzazione. Il concorrente esterno agisce anche nella fisiologica vita dell'associazione criminale, per fornire un apporto di particolare “qualità” o “competenza” che in quel momento manca tra gli associati. Sul punto la sentenza conclude

59 Testualmente: *“l'argomento della fibrillazione viene ad assumere, in definitiva, più che altro carattere esemplificativo, derivandone che, in effetti, come dai più rilevato, ha finito per attirare l'attenzione oltre la sua reale importanza nell'economia del ragionamento seguito dalla Sezioni Unite”* (par. 4.7 Sent.). La Cassazione risponde così ai critici della sentenza Demitry, i quali hanno rilevato l'errore dell'introduzione della dicotomia fisiologia/patologia non presente nella legge e, quindi, inserita arbitrariamente dalla giurisprudenza. Di “legislazione della giurisprudenza” parla Iacoviello nell'opera già citata.

60 Cfr. Cass., Sez. VI, 4.9.2000, Pangallo.

che: *“deve affermarsi che la fattispecie concorsuale sussiste anche prescindendo dal verificarsi di una situazione di anormalità nella vita dell’associazione”*.

La pronuncia in commento, inoltre, fornisce delle precisazioni riguardo al livello di intensità o di qualità necessario per poter configurare il contributo del soggetto esterno come concorso nel reato di associazione a delinquere. In termini generali i giudici di legittimità spiegano che il contributo richiesto al concorrente esterno deve poter essere apprezzato come idoneo, in termini di concretezza, specificità e rilevanza, a determinare, sotto il profilo causale, la conservazione o il rafforzamento dell’associazione. Non è decisiva quindi la circostanza che l’apporto si sia concentrato in un’unica condotta o in più comportamenti reiterati⁶¹.

Deve quindi essere respinta la tesi critica secondo cui non sarebbe possibile misurare l’apporto causale fornito dal concorrente ad una organizzazione di vaste dimensioni, giacché tale accertamento non presenta maggiori difficoltà *“di quanto può comportare la individuazione di un caso di condotta interna o, più in generale, la individuazione di una condotta idonea ed univoca agli effetti del tentativo o la ricostruzione dei*

61 Basti pensare, ad esempio, all’oggetto del processo CARNEVALE ove è evidente che l’intervento anche episodico del magistrato per “aggiustare” un processo costituirebbe un contributo di estrema rilevanza alle strategie dell’organizzazione volte a salvaguardare la sua sopravvivenza.

presupposti delle singole responsabilità colpose individuali nel quadro dell'esercizio delle attività complesse”.

La Corte, quindi, indicati i parametri – concretezza, specificità e rilevanza – che il giudice di merito deve ricercare per poter ritenere un comportamento riconducibile alla fattispecie di concorso esterno, respinge la sussistenza di reali difficoltà di accertamento.

Viene inoltre sottolineata una distinzione – che verrà ripresa nella successiva pronuncia a sezioni unite – tra la “vicinanza” (o contiguità compiacente) non rilevante penalmente e il concorso esterno, che si caratterizza per l'**effettività** del contributo: il soggetto, a seguito dell'impulso proveniente dall'ente criminale, deve essersi di fatto attivato nel senso richiesto.

Due sono secondo la Corte i limiti di configurabilità del concorso eventuale:

1. L'accertamento dell'inesistenza dell'affectio societatis e di uno stabile inserimento nella struttura associativa;
2. La significativa rilevanza strumentale dell'apporto reso dal concorrente esterno.

“Sicché la prova del concorso eventuale nel reato di associazione (in particolare, i riscontri individualizzanti delle distinte chiamate in correità dei collaboratori, attraverso la c.d. <<convergenza del molteplice>>) non

può che riguardare gli elementi costitutivi della fattispecie come individuata, e deve pertanto avere per oggetto lo specifico contributo, consapevole, effettivo e causalmente idoneo recato dal concorrente alla conservazione o al rafforzamento dell'associazione ed alla realizzazione della medesima”.

E' evidente che la fattispecie affrontata nella sentenza de qua – che vede un'imputazione concorso esterno rivolta a un magistrato di Cassazione, accusato di aggiustare i processi a favore di “cosa nostra” – viene considerato dalla Corte di tale gravità da ritenersi sufficiente l'aggiustamento di un solo processo idoneo ad integrare il concorso esterno in associazione mafiosa.

Appare del tutto ovvio, infatti, che l'esercizio della giurisdizione a favore di un sodalizio criminoso sarebbe una circostanza di tale grandezza da essere idonea a rafforzare la struttura organizzativa dell'associazione. E, aggiungono i giudici di legittimità, la tipologia di violazione sarebbe idonea ad integrare la fattispecie concorsuale anche nel caso in cui gli interventi del magistrato non abbiano condotto ai risultati che egli stesso e l'associazione si proponevano, per esempio per l'inidoneità del magistrato ad incidere sulle decisioni dei collegi di cui fa parte.⁶²

⁶² La gravità di certe condotte di concorso esterno spiegano anche perché in alcuni casi la condotta del concorrente esterno può essere punita più gravemente del partecipe, ad esempio quando al concorrente si applica l'aggravante di cui all'art. 112 c.p. La Corte di Cassazione spiega che non si tratta di una disarmonia del sistema, anche perché è evidente che in alcuni casi la condotta di un concorrente può essere ben più grave e pericoloso di un partecipe che assume un ruolo modesto nell'economia complessiva della struttura associativa.

2.5.1. Conclusione del processo.

Principi applicati alla decisione.

La Cassazione, affrontando il merito del processo Carnevale, si pone d'ufficio una questione: l'utilizzo da parte dei giudici di merito, sia di primo che di secondo grado delle deposizioni dei magistrati penali che hanno riferito in merito al dibattito interno alla camera di consiglio, vale a dire alle opinioni e ai voti espressi dai singoli componenti in sede di discussione. La legge – art. 125 c.p.p.⁶³. – dichiara segreto il procedimento formativo delle deliberazioni adottate nelle forme della sentenza e tale segretezza integra una peculiare forma di segreto di ufficio che determina, secondo la pronuncia che si commenta, per colui che vi è tenuto, la mancanza della stessa facoltà di deporre e l'impossibilità di esservi obbligato dal giudice. La testimonianza eventualmente resa da un soggetto obbligato ad astenersi e in mancanza del rispetto della procedura prevista dal primo comma dell'art. 201 c.p.p. nasce sicuramente invalida ex art. 191 c.p.p. L'art. 201 è modellato come uno specifico divieto normativo.

La Corte quindi afferma il seguente principio di diritto: *“Il giudice penale non può essere richiesto e ha l'obbligo di astenersi dal deporre come testimone in merito al procedimento formativo della deliberazione collegiale, segreta, in camera di consiglio, limitatamente alle opinioni e ai voti espressi dai singoli componenti del collegio, fermo restando il sindacato giurisdizionale sulla fondatezza della dichiarazione di astensione, La violazione del suddetto obbligo comporta l'inutilizzabilità della testimonianza”*⁶⁴

63 Art. 125 c.p.p., quarto comma: “la deliberazione è segreta”.

L'effetto della superiore statuizione è dirompente per il processo o, come afferma la stessa Corte: “*non è di poco momento*”.

Altra questione rilevata dai giudici di legittimità è la natura “collegiale” delle pronunce che vengono addebitate all'imputato. Nei giudizi collegiali la decisione è un atto unitario, alla formazione del quale concorrono i singoli componenti del collegio, in base allo stesso titolo e agli stessi doveri. La decisione, quindi, diviene impersonale e perciò imputabile al collegio nel suo insieme.

I principi espressi possono essere ribaltati soltanto fornendo una rigorosa dimostrazione di una condotta prevaricatrice dell'imputato che si sia tramutata in una quasi coartazione o, almeno, in un **concreto condizionamento** esercitato sulla volontà dei componenti.

Il processo di merito non ha secondo i giudici di legittimità fornito elementi in grado di provare il concreto condizionamento, non essendo idonei i riferimenti alla “posizione di egemonia” assunta dall'imputato nella sezione da lui presieduta, attuata con atteggiamenti autoritativi e spesso arroganti. Né evidentemente può interpretarsi negativamente il fatto che l'imputato fosse molto preparato in ogni camera di consiglio, spesso conoscendo gli atti in modo più approfondito degli stessi relatori.

Quanto alle contestate rideterminazione da parte dell'imputato della composizione dei collegi, senza rispettare le indicazioni che egli stesso aveva inviato

64 Difforme sul punto, qualche anno dopo, la Corte di Cassazione: “*L'esame testimoniale dei componenti di un collegio giudicante, nel caso in cui l'imputazione attenga ad un fatto intimamente connesso con quanto si è detto e deciso nella camera di consiglio, si estende legittimamente ai giudizi formulati e ai voti espressi in quella sede, posto che l'obbligo di denuncia che grava sul pubblico ufficiale, in tal caso i componenti del collegio, fa venire meno il vincolo del segreto. (Fattispecie in cui l'imputazione per il delitto di falsità ideologica in atto pubblico atteneva alla redazione da parte del presidente estensore di un Tribunale del riesame di un'ordinanza con statuizione difforme da quella deliberata in camera di consiglio)*” (Cass., Sez. V, n. 37095, 22.4.2009)

al C.S.M., ritiene la Corte che onere del giudice di merito motivare adeguatamente sul significato, negativo e deteriore, di ogni variazione apportata, così da inserire la stessa all'interno di un progetto criminoso.

Infine sulla c.d. singolarità dei provvedimenti adottati dai collegi presieduti dall'imputato, rileva la Corte che in una materia così complessa, come è quella trattata nella sezione presieduta dal magistrato, gli errori di diritto e l'opinabilità sulle decisioni sono sempre possibili. Ciò che potrebbe fornire indicazioni su un comportamento illecito dell'imputato è solo un decisum *“apertamente arbitrario, in alcun modo giustificabile, affetto da un grado di abnormità tale da superare ogni limite di ragionevolezza”*.

In attuazione ai principi testé indicati la Corte di Cassazione annulla senza rinvio la sentenza di secondo grado, perché il fatto ascritto al ricorrente non sussiste.

2.6. Le sezioni unite del 2005 (Mannino). Il concorso esterno quale scambio elettorale politico mafioso. Lo statuto della causalità nel concorso esterno.

Nel 2005 la Corte di Cassazione⁶⁵ interviene nuovamente a sezioni unite sull'istituto del concorso esterno. Si tratta di una pronuncia significativa poiché traccia definitivamente le coordinate dell'istituto, chiarendo in particolare lo statuto della causalità per il concorrente esterno.

65 Corte di Cassazione, Sez. Un., n. 33748/2005, in C.E.D.

La pronuncia riguarda un importante uomo politico del partito della Democrazia Cristiana accusato di concorso esterno nell'associazione mafiosa "cosa nostra", <<per avere – avvalendosi del potere personale e delle relazioni derivanti dalla sua qualità di esponente di rilievo della Democrazia Cristiana siciliana, di esponente principale di una importante corrente del partito in Sicilia, di segretario regionale del partito nonché di membro del consiglio nazionale dello stesso – contribuito sistematicamente e consapevolmente alle attività e al raggiungimento degli scopi criminali di cosa nostra, mediante la strumentalizzazione della propria attività politica, nonché delle attività politiche e amministrative di esponenti della stessa area, collocati in centri di potere istituzionale (amministratori comunali, provinciali e regionali) e sub-istituzionali (enti pubblici e privati) onde agevolare la attribuzione di appalti, concessioni, licenze, finanziamenti, posti di lavoro ed altre utilità in favore di membri di organizzazioni criminali di stampo mafioso>>⁶⁶.

L'imputato in primo grado è assolto dal Tribunale di Palermo, non essendo emersi all'esito dell'istruttoria dibattimentale certi e sufficienti elementi di prova di responsabilità a carico dello stesso. Il Tribunale afferma infatti che: *"le condotte dell'imputato, pur non essendo esenti da censurabili legami e rapporti non occasionali fin dalla seconda metà degli*

66 La Corte sul capo di imputazione nel corpo della motivazione in diritto afferma che: *"il thema decidendum sotteso alla vicenda processuale sembra scontare fin dall'origine l'insufficiente determinatezza nella descrizione fattuale dell'imputazione contestata"*.

anni '70 con cosa nostra, 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”.

La Corte di appello di Palermo riforma la sentenza di primo grado e dichiara l'imputato colpevole di concorso esterno in associazione mafiosa.

La Corte di Cassazione annulla con rinvio la sentenza di secondo grado⁶⁷.

La Suprema Corte conferma la configurabilità nell'ordinamento del concorso esterno in associazione mafiosa⁶⁸, purché ovviamente sussistano i requisiti strutturali che caratterizzano il nucleo centrale significativo del concorso di persone nel reato. Occorre quindi che siano realizzati tutti gli elementi del fatto tipico di reato descritto dalla norma incriminatrice e che la condotta di concorso sia oggettivamente e soggettivamente collegata con tali elementi.

67 Il 22 ottobre 2008 la II sezione della Corte di Appello di Palermo conferma la sentenza di primo grado di assoluzione. La Corte di Cassazione, Sez. VI, n. 7651/2010, dichiara inammissibile il ricorso del Procuratore generale avverso la sentenza del 22 ottobre 2008. Si conclude pertanto l'articolato iter processuale.

68 La Corte ancora una volta interviene sulla differenza tra il ruolo del partecipe e quello del concorrente esterno. Il **partecipe** è inserito stabilmente e organicamente nella struttura organizzativa dell'associazione mafiosa con l'attribuzione allo stesso di un ruolo dinamico e funzionalistico. Il **concorrente esterno** è il soggetto che, non inserito stabilmente nella struttura organizzativa dell'associazione mafiosa e privo dell'*affectio societatis*, fornisce un concreto, specifico contributo, sempre che questo abbia un'effettiva rilevanza causale ai fini delle capacità operative dell'associazione (o, per quelle operanti su larga scala come “cosa nostra”, di un suo particolare settore e ramo di attività o articolazione territoriale) e sia comunque diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso della medesima.

In particolare la Corte chiarisce che il contributo atipico del concorrente esterno deve avere avuto una reale **efficienza causale** – condizione necessaria – per la concreta realizzazione del fatto criminoso collettivo e per la produzione dell’evento lesivo del bene giuridico protetto, che nella specie è costituito dall’integrità dell’ordine pubblico. Quanto al **dolo** del concorrente esterno, esso deve investire, nei momenti della rappresentazione e volizione, sia tutti gli elementi essenziali della figura criminosa tipica sia il contributo causale arrecato con la propria condotta alla realizzazione del fatto concreto. Il concorrente deve avere quindi la piena consapevolezza dell’interazione del proprio comportamento con quello dei concorrenti necessari del reato associativo; deve essere pienamente cosciente dei metodi e dei fini perseguiti dal consesso criminale cui si reca il proprio contributo.

I passaggi della sentenza sull’elemento soggettivo del concorrente esterno evidenziano l’esigenza della Cassazione di circoscrivere l’area del penalmente rilevante, ma pongono diversi problemi al giudice di merito. E’ ovvio infatti che non sempre il concorrente esterno ha chiare le finalità criminose perseguite dall’associazione.⁶⁹

69 “Si finisce con l’inserire impropriamente, nell’orizzonte rappresentativo-volitivo del concorrente esterno, contenuti che sono psicologicamente e criminologicamente più tipici della sfera psichica dell’intraneo: la lunga esperienza sinora maturata dei fenomeni di contiguità mafiosa è, infatti, ben lungi dal confermare che il fiancheggiatore esterno abbia normalmente interesse a far propri i fini dell’associazione criminosa”. Fiandaca, op. cit.

I giudici di legittimità, inoltre, affrontano il profilo dello “statuto della causalità”, evidenziando le note difficoltà probatorie connesse all’accertamento del nesso di causalità⁷⁰ tra la condotta del concorrente e la realizzazione del reato associativo, soprattutto nelle ipotesi di associazioni con una notevole dimensione territoriale e organizzativa. E, ciononostante, *“ritiene il Collegio che non sia affatto sufficiente che il contributo atipico – con prognosi di mera pericolosità ex ante – sia considerato idoneo ad aumentare le probabilità o il rischio di realizzazione del fatto di reato, qualora poi, con giudizio ex post, si riveli per contro ininfluente o addirittura controproducente per la verifica dell’evento lesivo”*. Né, continua la Corte, *“ferma restando l’astratta configurabilità dell’autonoma categoria del concorso eventuale “morale” in associazione mafiosa, neppure sembra consentito accedere ad un’impostazione di tipo meramente soggettivistico che, operando una sorta di conversione concettuale, autorizzi il surrettizio e indiretto impiego della causalità psichica <<c.d. da rafforzamento>> dell’organizzazione criminale, per dissimulare in realtà l’assenza di prova dell’effettiva incidenza causale del contributo materiale per la realizzazione del reato”*.

La Corte, quindi, impone al giudice penale un rigoroso vaglio dei fatti che emergono dall’istruttoria dibattimentale, al fine di individuare l’apporto

⁷⁰ Accertamento da compiere mediante l’operazione controfattuale di eliminazione mentale della condotta materiale atipica del concorrente esterno, integrata dal criterio di sussunzione sotto leggi di copertura o generalizzazioni e massime di esperienza dotata di affidabile plausibilità empirica.

causale recato dal concorrente all'associazione; nesso che non può ritenersi dimostrato dalla sola importanza del concorrente esterno (ad esempio per le funzioni politiche svolte) e quindi dal rafforzamento che tale "disponibilità" realizzerebbe sull'associazione.

Le sezioni unite, richiamando la fondamentale pronuncia FRANZESE⁷¹, spiegano che mai può legittimarsi una limitazione del rigore nell'accertamento del nesso di causalità giustificata da "*difficoltà di ricostruzione probatoria del fatto*". Ciò condurrebbe a una nozione "debole" della causalità e finirebbe per comportare "*un'abnorme espansione della responsabilità penale*".

In sintesi:

1. Occorre ancorare l'accertamento processuale al capo di imputazione che, quindi, se è costruito sul concorso materiale del concorrente esterno, non può mai trasformarsi in un concorso morale;

71 Cass. Sez. Un. 10 luglio 2002, in Foro It., 2002, 2°, 601. In particolare: "*il giudice, pur dovendo accertare ex post, inferendo dalle suddette generalizzazioni causali e sulla base dell'intera evidenza probatoria disponibile, che la condotta dell'agente è condizione necessaria del singolo evento lesivo, è impegnato nell'operazione ermeneutica alla stregua dei comuni canoni di certezza processuale, conducenti conclusivamente, all'esito del ragionamento probatorio di tipo largamente induttivo ispirato ai criteri valutativi delineati nell'art. 192 e, quanto alla doverosa ponderazione delle ipotesi antagoniste, nell'art. 546 lett. e) c.p.p., ad un giudizio di responsabilità caratterizzato da alto grado di credibilità razionale o conferma dell'ipotesi formulata sullo specifico fatto da provare: giudizio nella specie, quello in ordine alla reale efficacia condizionante della condotta atipica del concorrente esterno enunciato anche in termini di elevata probabilità logica o probabilità prossima alla certezza*".

2. Sia in caso di concorso morale, che in caso di concorso materiale deve essere raggiunta la prova di un effettivo contributo causale arrecato all'associazione nel suo complesso, o ad una articolazione della stessa.

Tuttavia il richiamo alla sentenza Franzese non risolve le difficoltà per i giudici di merito che devono individuare nella fattispecie concreta il nesso di causalità tra la condotta del concorrente e il rafforzamento dell'organizzazione. I principi sanciti nella sentenza del 2002, infatti, sono costruiti su un'ipotesi di responsabilità medica omissiva, una vicenda del tutto differente rispetto a quella del concorrente esterno in una fattispecie associativa. Ed infatti non sono mancate, come si vedrà, delle sentenze successive alla sentenza Mannino in cui si fa riferimento al concetto di idoneità causale ex ante anziché all'accertamento ex post dell'effettivo nesso di causalità tra la condotta del concorrente e l'evento del rafforzamento dell'associazione.⁷²

Dopo le superiori affermazioni di principio la Corte affronta la questione di diritto posta dalla fattispecie concreta in esame.

L'imputato è infatti accusato di essersi impegnato con "cosa nostra", in cambio del sostegno elettorale, ad attivarsi a favore dell'organizzazione. Si tratta di quella particolare forma di contiguità alla mafia definita come "patto di scambio politico-mafioso", che si caratterizza per la promessa dell'uomo politico di utilizzare le funzioni pubbliche che ricoprirà dopo l'elezione per favorire l'organizzazione criminale che lo ha appoggiato elettoralmente.

⁷² Sul punto è infatti critico Fiandaca "Concorso esterno in associazione di tipo mafioso", Convegno in memoria di Gilda Loforti, in Quaderni del Centro Siciliano di Studi sulla Giustizia, Giuffrè.

E' evidente che nell'ipotesi considerata l'uomo politico che, dopo l'elezione, dia seguito alle promesse strumentalizzando i propri poteri per favorire l'associazione, e quindi arrecando un contributo all'esistenza dell'associazione, risponde di concorso eventuale nel reato associativo.

La Cassazione, inoltre, precisa che in linea di principio anche il solo impegno dell'uomo politico è in grado di rafforzare un'organizzazione criminale, anche se sia mancata una concreta realizzazione dell'impegno assunto. In questa prospettiva deve infatti leggersi l'art. 416 ter c.p. (nella vecchia formulazione antecedente alla riforma del 2014), che punisce (puniva) l'accordo politico-mafioso fondato sullo scambio denaro/voti, come uno "*strumento di estensione della punibilità oltre l'area del concorso esterno*"; e cioè per quelle ipotesi in cui allo scambio tra politico e mafia non corrisponda un rafforzamento della struttura criminale, ciò che invece è richiesto per la punibilità del concorrente esterno.

Ebbene alla luce della **modifica legislativa dell'articolo 416 ter c.p.** – descritta al precedente capitolo – che ha ampliato l'ambito di operatività della fattispecie anche alle ipotesi in cui l'uomo politico abbia promesso "*altre utilità*" diverse dal denaro, è evidente che vi saranno delle conseguenze sullo spazio fino ad ora occupato dal concorso esterno⁷³.

⁷³ Nel corso dei lavori parlamentari – come riportato nella relazione del Massimario indicata – il Sottosegretario alla Giustizia Ferri ha affermato in Assemblea: "*Questo è un punto molto significativo, di cui davvero occorre sottolineare l'importanza. Come in alcuni interventi è stato detto, oggi per la prima volta si tipizza il concorso esterno, di cui per tanti anni abbiamo parlato, sia in giurisprudenza che nella dottrina. In questo modo si propone di inserire per quanto riguarda il voto di scambio il concorso esterno. Una condotta, occorre dirlo con onestà, che era punita con il concorso esterno. Infatti nel caso in cui in punto di fatto si verifica la*

Ed invero la condotta del politico che si impegnava con la cosca mafiosa a fornire, in caso di esito positivo delle elezioni, contributi all'associazione sfruttando la propria posizione di uomo pubblico era inquadrabile, come spiegato dalla sentenza Mannino, nell'ambito del concorso esterno. Il 416 ter, nella vecchia formulazione, non era infatti applicabile perché il politico non aveva corrisposto denaro in cambio dei voti.

A seguito della riforma, invece, la condotta sarà certamente inquadrabile nell'art. 416 ter poiché il giudice, una volta emersa la prova dell'accordo, non dovrà accertare il nesso di causalità tra la condotta del politico e il rafforzamento dell'associazione mafiosa. Si tratta di un'anticipazione della tutela penale che punisce infatti il solo accordo tra mafia e politica. Non è poi da escludere che la condotta dell'agente sia altresì inquadrabile all'interno degli articoli 110 e 416 bis del codice penale, non apparendo configurabile tra il concorso esterno e il nuovo art. 416 ter un rapporto di specialità o incompatibilità (v. sul punto la relazione del Massimario citata). Pertanto, nel caso in cui il politico abbia con la propria condotta altresì rafforzato l'organizzazione mafiosa, con un accertamento da effettuare ex post secondo le indicazioni della sentenza Mannino, potrà rispondere anche di concorso esterno.

Quanto alla pena edittale prevista per la nuova disposizione (da quattro a dieci anni), la minore entità della stessa si spiega, secondo quanto emerge dai lavori preparatori, per il fatto che *“il concorso esterno in associazione mafiosa è connotato dal mantenimento o rafforzamento dell'associazione mafiosa, mentre l'anticipazione*

disponibilità a soddisfare interessi, oggi i due reati possono concorrere, quindi l'art. 416 bis oggi può essere contestato in concorso con il 416 ter. Questo per far capire che è una condotta importante, che va punita, ma è già punita: solo che il legislatore fa la scelta di spostarla nell'art. 416 ter c.p.”.

di tutela propria dell'art. 416 ter (fattispecie indipendente dall'effettivo rafforzamento dell'associazione criminale) sconsiglia... di punire in modo analogo condotte con un potenziale offensivo diverso e rende opportuno prevedere una riduzione rispetto a oggi per lo scambio elettorale politico-mafioso".⁷⁴

Perché un soggetto possa essere condannato per concorso eventuale in un reato associativo occorre poter desumere con **logica a posteriori** che il patto ha prodotto risultati positivi, qualificabili in termini di reale rafforzamento o consolidamento dell'associazione mafiosa, *“sulla base di generalizzazioni del senso comune o di massime di esperienza dotate di empirica plausibilità”*.

Si tratta di un altro passaggio critico della motivazione, giacché appare evidente l'enorme discrezionalità che viene lasciata al giudice penale; questi infatti dovrebbe *“sulla base di generalizzazioni del senso comune o di massime di esperienza dotate di empirica plausibilità”* individuare un rafforzamento della struttura associativa, per effetto del contributo del concorrente esterno. La Corte non spiega infatti cosa debba intendersi con generalizzazione del senso comune e con massime di esperienza empiricamente plausibili.

Il concetto di senso comune, secondo il dizionario della lingua italiana⁷⁵, rappresenta *“la maniera ordinata e semplice, propria della maggior parte della gente, di intendere e giudicare”*. Ebbene il giudizio di tipo induttivo che deve compiere il giudice penale, traendo dai fatti emergenti nel processo quegli elementi in

⁷⁴ La relazione dell'ufficio del Massimario cita il dossier n. 11/1 del Servizio Studi della Camera dei Deputati in data 12 luglio 2013.

⁷⁵ Dizionario “Il nuovo Zingarelli”, undicesima edizione.

grado di sussumere la fattispecie concreta in quella astratta, non pare compatibile con maniera di intendere e giudicare semplice, ordinata e, soprattutto, propria della maggior parte della gente. Si tratta invero di una valutazione tecnica di elevata difficoltà e che presuppone una cultura giuridica che non può ritenersi comune alla maggior parte della gente. Il giudizio sull'avvenuto rafforzamento di un'associazione criminale – tipicamente segreta come quella mafiosa – non dovrebbe essere priva di riferimenti ad approfonditi studi (anche sociologici) sulle organizzazioni criminali. Le stesse perplessità possono essere riferite al concetto di massime di esperienza dotate di empirica plausibilità.

I riferimenti al senso comune o alle massime di esperienza sembrano in verità richiamare il concetto del libero convincimento del giudice⁷⁶ e quindi la necessità di un rigoroso onere motivazionale, soprattutto a sostegno di una condanna.

Alla luce delle precedenti considerazioni in diritto la Corte di Cassazione pronuncia il seguente principio di diritto: *“E’ configurabile il concorso esterno nel reato di associazione di tipo mafioso nell’ipotesi di scambio elettorale politico mafioso, in forza del quale il personaggio politico, a fronte del richiesto appoggio dell’associazione nella competizione elettorale, s’impegna ad attivarsi una volta eletto a favore del sodalizio criminoso, pur senza essere organicamente inserito in esso, a condizione che: a) gli impegni assunti dal politico, per l’affidabilità dei protagonisti dell’accordo, per i caratteri strutturali dell’associazione, per il contesto di riferimento e per la specificità dei contenuti, abbiano il*

⁷⁶ “Il libero convincimento diventa un grimaldello in mano al giudice soi-pensant onnisciente”, così Cordero in Procedura penale, Nona edizione Giuffrè.

carattere della serietà e della concretezza; b) all'esito della verifica probatoria ex post della loro efficacia causale risulti accertato, sulla base di massime di esperienza dotate di empirica plausibilità, che gli impegni assunti dal politico abbiano inciso effettivamente e significativamente, di per sé e a prescindere da successive ed eventuali condotte esecutive dell'accorso, sulla conservazione o sul rafforzamento delle capacità operative dell'intera organizzazione criminale o di sue articolazioni settoriali".

Infine la sentenza in commento deve essere segnalata per aver chiarito che l'accertata "vicinanza" e "disponibilità" di un personaggio politico nei confronti di un sodalizio criminoso o di singoli esponenti del medesimo, pur esprimendo relazioni riprovevoli dal punto di vista etico e sociale, non è in grado di assumere rilevanza penale all'interno della fattispecie plurisoggettiva eventuale formatasi dall'incontro tra l'art. 110 e l'art. 416 bis del codice penale.⁷⁷ La sentenza ha quindi escluso dal novero della punibilità le ipotesi di vicinanza all'associazione mafiosa che non si siano tradotte in un reale e causale contributo.

La sentenza ha oggettivamente ridotto la discrezionalità giudiziale nella selezione delle condotte di concorso esterno penalmente rilevanti.

⁷⁷ Secondo un interprete l'unico novum della sentenza Mannino si fonda nell'aver escluso decisamente che la mera disponibilità concreti il contributo causale. L'autore sottopone a critica la scelta della Cassazione di punire la sola condotta del concorrente esterno che si sia rilevata ex post idonea a rafforzare l'associazione, proponendo il diverso criterio del giudizio prognostico ex ante come quello più idoneo a individuare il comportamento punibile. (Cfr. Iacoviello, *Criminalia* 2008)

Non è mancata però qualche successiva pronuncia difforme dalle conclusioni della sentenza Mannino.

Si è discostata dalle sezioni unite la sentenza n. 21648/2007⁷⁸ (Tursi Prato) la quale afferma come sufficiente, per integrare la fattispecie di concorso esterno, il fatto certo della conclusione di uno specifico patto, stretto tra il boss locale ed il politico imputato, in virtù del quale il primo aveva promesso voti ed il secondo - ove fosse stato eletto - benevolenza e favori. In particolare la sentenza afferma che *“è appena ovvio l'aumento di prestigio che l'associazione malavitosa acquisiva per il solo fatto di poter vantare un referente politico "vicino", costituendo ragionevolmente tale circostanza agli occhi dei consociati in qualche misura una sorta di (obliqua) legittimazione, a prescindere da vantaggi economici più concreti e contingenti, che tuttavia era ragionevole pensare che avrebbero fatto seguito alla acquisita maggiore contiguità con il potere politico [...] lo stesso accedere ad un rapporto sinallagmatico che contempla la promessa di voti in cambio della disponibilità a futuri favori, integra per il politico che ne sia parte la fattispecie di concorso esterno in associazione mafioso, ove si consideri la volontarietà e consapevolezza dell'accordo e dei suoi effetti”*.

La pronuncia, come si rileva dalla lettura dei passaggi riportati, non ha effettuato il rigoroso accertamento di idoneità causale del contributo del

78 Cass., sez. V, n. 21648 data ud. 6.2.2007, depositata l'1.6.2007, in C.E.D.

concorrente esterno da effettuare ex post.⁷⁹ Non cita neanche la sentenza Mannino, anche solo per confutarne gli argomenti.

Proprio a proposito della sentenza Tursi Prato si è parlato di “anarchia ermeneutica”⁸⁰. Ed invero se, prosegue il commentatore, pur a fronte di una sentenza a sezioni unite che ha delimitato il perimetro del concorso esterno, vi sono pronunce difformi delle sezioni semplici, occorre prendere atto dell’esistenza di una crisi del sistema di nomofilachia e procedere sollecitamente all’introduzione di una fattispecie legale di concorso esterno.

79 “Un’attenta analisi della giurisprudenza successiva alla sentenza Mannino consente di mettere in evidenza che sono gli stessi giudici di legittimità a continuare a confondere causalità e idoneità causale.” Fiandaca, “il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica”, in DPC 1/2012.

80 Maiello “luci ed ombre nella cultura giudiziaria del concorso esterno” in D.P.C.

CAPITOLO III

3.1. L'art. 416 bis c.p. e la tipicità “debole”.

Occorre premettere che le oscillazioni della giurisprudenza sul concorso esterno e i dubbi ancora presenti tra gli interpreti sulla stessa ammissibilità dell'istituto nel nostro ordinamento si spiegano anche con la particolare struttura dell'art. 416 bis, terzo comma, del codice penale⁸¹

Il reato di associazione mafiosa non presenta lo stesso tasso di tipicità di altri reati. E' un reato a forma libera che, per la peculiare struttura, si potrebbe definire a forma “più libera”.

⁸¹ *“Se un legiferatore provasse a modificare la formula, rischierebbe forse una crisi di governo. Quella formula trae il suo prestigio dal sangue innocente che l'ha ispirata. Ma vista con occhi disincantati, quella formula sembra scritta da uno Sciascia o da un Calvino, non da un legislatore tecnico [..]”* Così Iacoviello in *Criminalia* 2008, op. cit.

Se, ad esempio, si prende quale riferimento il reato di rapina, è evidente come si tratti di una disposizione che punisce un reato, anch'esso a forma libera, ma che potrebbe definirsi a "struttura rigida", o ad alto tasso di tipicità, essendo la condotta dell'agente ben definita:

Art. 628 c.p.

Mediante violenza o
minaccia alla
persona

S'impossessa della
cosa mobile altrui,
sottraendola a chi la
detiene

Il reato di associazione di tipo mafioso, invece, presenta una struttura meno definita:

Art. 416 bis c.p.

Chiunque fa parte di un'associazione di
tipo mafioso

L'associazione è di tipo mafioso quando
coloro che ne fanno parte si avvalgono
della forza di intimidazione del vincolo
associativo e della condizione di
assoggettamento e di omertà che ne deriva

Per:

- Commettere delitti;
- Acquisire la gestione/il controllo di attività economiche, concessioni, autorizzazioni, ecc.

Ovvero:

al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o altri in occasione di consultazioni elettorali

La condotta del [] in diverse forme a seconda che si tratti ad esempio di commettere delitti, ovvero di acquisire il controllo di attività economiche, o ancora di influenzare l'agire della P.A. per ottenere concessioni, autorizzazioni.

Del resto la Cassazione, come visto in precedenza, ha chiarito che “*la forma libera che caratterizza la fisionomia del reato di associazione per delinquere di stampo mafioso, e dunque **la mancanza di tipizzazione della relativa condotta**, consentono al giudice di merito di cogliere, nel processo di metamorfosi della mafia nel tessuto sociale ed economico, i contenuti dell'appartenenza anche in nuove e più evolute forme comportamentali di adattamento o di mimetizzazione, rispetto alla classica iconografia del mafioso*”⁸².

82 Riferimenti già citati nella nota n. 18.

Può quindi concludersi che il reato di associazione mafiosa, così come a fortiori il concorso esterno, è un delitto a basso tasso di tipicità. All'interprete è richiesto un impegno ricostruttivo rilevante al fine di sussumere una condotta all'interno della fattispecie astratta.

Sull'argomento può richiamarsi quanto affermato da autorevole autore⁸³ secondo cui la scarsa capacità descrittiva della condotta indicata all'art. 416 bis c.p. ha condotto la giurisprudenza ad assumere un *ruolo forte* nella specificazione dei contenuti della nozione di partecipazione punibile all'associazione.

In questa prospettiva deve essere letta la requisitoria del P.G. Iacoviello che ha recentemente riaperto il dibattito sul concorso esterno, anche per la forte affermazione secondo cui al concorso esterno ormai “non ci si crede più”.

Si procederà in seguito ad illustrare sinteticamente gli sviluppi del processo Dell'Utri, così come proseguito dopo la requisitoria del Procuratore Generale, al fine di approfondire un caso di applicazione di concorso esterno piuttosto travagliato nel suo iter processuale. Esso chiarisce più di altri la complessità in cui si trovano ad operare gli attori del processo – accusa, difesa e giudice – ogni volta in cui sia contestato il concorso esterno in associazione mafiosa.

83 Visconti, op. cit. Foro it. 1994.

3.2. Un caso pratico. Il processo dell'Utri⁸⁴.

3.2.1. Il primo e il secondo grado (sintesi).

Il processo a carico di Marcello Dell'Utri prende avvio nel novembre del 1997 e si conclude in primo grado, nel dicembre 2004, con la sentenza di condanna dell'imputato a nove anni di reclusione per i delitti di concorso esterno in associazione semplice (sino al 1982) e di concorso esterno in associazione mafiosa (dal 1982 ad oggi).

Il Tribunale ritiene che sia emersa la prova che l'imputato abbia mantenuto rapporti diretti e personali con importanti esponenti di Cosa Nostra e abbia altresì svolto un'intensa attività di mediazione tra questi e

⁸⁴ Si veda sul punto Alexander Bell "Il caso Dell'Utri nei giudizi di primo e secondo grado (aspettando la Cassazione), in *Diritto Penale Contemporaneo*.

Silvio Berlusconi, fornendo così un concreto e consapevole contributo al consolidamento e rafforzamento del sodalizio criminale.

La condanna per le diverse fattispecie – concorso esterno in associazione semplice e concorso esterno in associazione mafiosa – si spiega ovviamente con l'introduzione nel 1982 del reato di cui all'art. 416 bis del codice penale.

Il 30 giugno del 2006 prende avvio il processo di appello che si conclude il 29 giugno 2010 con la lettura del dispositivo.⁸⁵ La Corte di appello ha confermato solo parzialmente la pronuncia di primo grado, ritenendo provata l'accusa di concorso esterno soltanto per la parte riferita *“alla mediazione che dell’Utri aveva assicurato in favore sia dell’amico Berlusconi che, essenzialmente, del consorzio mafioso, attraverso la creazione e la gestione in prima persona di un canale privilegiato volto ad assicurare all’imprenditore protezione, informazioni e pronti collegamenti con il fronte mafioso in cambio essenzialmente di cospicui pagamenti di somme danaro e a Cosa nostra concreti arricchimenti ingiusti e la prospettiva di continui rilanci in settori anche di interesse economico per l’imprenditore: il tutto fino al 1992”*.

⁸⁵ Nel corso del giudizio di appello si procede ad una parziale rinnovazione della istruttoria dibattimentale, mediante l'acquisizione di provvedimenti giurisdizionali e l'escussione di testi. Si acquisisce altresì la sentenza della Cassazione di annullamento con rinvio nel processo celebrato a Milano a carico di Dell'Utri per tentata estorsione.

Il contributo dell'imputato alla associazione mafiosa viene individuato dalla Corte di appello nell'aver consentito alla consorte mafiosa di "agganciare" Berlusconi che sarebbe divenuto per anni fonte cospicua di incassi per il sodalizio.⁸⁶ Continua la Corte che *"il rapporto parassitario garantito a cosa nostra costituiva un elemento di sicuro rafforzamento e sopravvivenza dell'organizzazione criminale per due decenni"*.

In relazione alla prova dei pagamenti⁸⁷ a favore della consorte mafiosa la Corte di appello ritiene emersa la prova dalle plurime e concordanti dichiarazioni di collaboratori di giustizia.

Quanto al dolo dell'imputato la Corte afferma che egli *"era consapevole ed aveva accettato in pieno che, grazie al proprio comportamento, la mafia traesse i propri vantaggi dal rapporto con Berlusconi"*.

La sentenza della Corte di appello di Palermo, in parziale riforma della pronuncia di primo grado, condanna l'imputato alla pena di anni sette di reclusione per il solo reato di concorso esterno in associazione mafiosa. Ritiene infatti la Corte che il concorso nel reato associativo ha natura di reato progressivo permanente e che, qualora i contributi dell'imputato siano

⁸⁶ E' stata ritenuta infondata la tesi difensiva secondo cui l'imputato avrebbe agito per garantire la sicurezza di Berlusconi e della sua famiglia.

⁸⁷ *"Si era trattato di pagamenti iniziati negli anni '70 per la protezione dei familiari di Berlusconi ed erano continuati negli anni '80 con una causale, aggiuntiva, che era quella della "messa a posto" per la installazione delle antenne televisive di interesse per Fininvest in Sicilia"* (cfr. p. 26 sent. Corte di Cassazione, V sezione, n. 597/2012).

stati posti in essere prima dell'introduzione dell'art. 416 bis c.p., e siano proseguito successivamente, integrano tutti un unico fatto di reato, soggetto alla disciplina della norma posteriore. Queste le ragioni a fondamento del ridimensionamento del trattamento sanzionatorio, non dovendosi applicare l'aumento per la continuazione tra due diverse fattispecie.

3.2.2. Requisitoria P.G. Iacoviello⁸⁸: “l'imputazione è la proiezione processuale del principio di tipicità penale”.

La requisitoria del Sostituto Procuratore Generale, all'udienza del 9 marzo 2012, nel processo Dell'Utri ha acceso nuovamente l'attenzione degli operatori del diritto e dell'opinione pubblica sul tema del concorso esterno, in particolare per alcune espressioni decise utilizzate al suo interno, in particolare: “*al concorso esterno ormai non ci si crede più*”.

⁸⁸ Requisitoria St. Proc. Gen. F. Iacoviello, udienza 9 marzo 2012 Cass. Pen. Sez. V, in <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1331539353Requisitoria%20Iacoviello.pdf>. Tra i numerosi commenti alla requisitoria possono segnalarsi: “*Sulla requisitoria del P.G. nel processo Dell'Utri: un vero e proprio atto di fede nel concorso esterno*” Visconti, in *Diritto penale contemporaneo*; “*il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica. Considerazioni sollecitate dalla requisitoria del P.G. Francesco Iacoviello nel processo dell'Utri*” Fiandaca, in *Diritto penale contemporaneo*; “*La requisitoria di Iacoviello, problemi da prendere sul serio. Ancora a proposito della requisitoria del p.g. nel processo dell'Utri*” Pulitanò, in *Diritto penale contemporaneo*; “*Il concorso esterno oltre le aule di giustizia. Considerazioni a margine della requisitoria del p.g. Iacoviello nel processo Dell'Utri*”, Morosini, in *Diritto penale contemporaneo*; ha parlato di posizione di “apparente nichilismo” espressa dal Procuratore Iacoviello in “*Luci e ombre nella cultura giudiziaria del concorso esterno. Ancora sulla requisitoria del p.g. Iacoviello nel processo dell'Utri*” Maiello, in *Diritto penale contemporaneo*.

Si tratta in realtà di un intervento molto articolato che affronta diverse problematiche, sia di natura sostanziale che processuale, che si pongono spesso nei processi per concorso esterno in associazione mafiosa.

Il Sostituto Procuratore chiede l'annullamento con rinvio della sentenza di appello, ponendo le seguenti questioni:

1. L'indeterminatezza dell'imputazione penale, ritenendo che nel processo vi sia un'oggettiva difficoltà nella ricerca dell'imputazione⁸⁹ che, invece, deve essere l'architrave del processo. Non è ammissibile la costruzione di un'imputazione vaga, che rinvii a comportamenti dell'imputato, magari descritti da testimoni, che non siano ricondotti dall'accusa alla fattispecie penale che si assume violata. Occorre secondo il P.G. che l'ufficio di procura descriva rigorosamente nel capo di imputazione il comportamento che ha apportato in concreto un contributo causale alla fattispecie associativa. Non è possibile rinviare al compendio probatorio in fieri la enucleazione dell'imputazione⁹⁰. Il soggetto sottoposto al processo penale deve poter comprendere dalla lettura del capo di imputazione quale sia la condotta che gli viene contestata, e in che modo avrebbe rafforzato causalmente la compagine associativa. La condotta dell'imputato non è descritta con puntualità, a pagina 317 viene utilizzata questa espressione:

89 Nella requisitoria si fa riferimento ad *un'imputazione diffusa*.

90 Né è possibile, secondo il P.G. Iacoviello, parlare di *contestazione in fatto* in relazione ai processi di concorso esterno. L'ammissione di una contestazione in fatto determinerebbe l'aggiramento del principio di tipicità penale; ed è per questo che la giurisprudenza in materia di contestazioni in fatto si riferisce sempre a fattispecie ad alto tasso di tipicità, cioè a fattispecie tradizionali.

“adoperandosi affinché il gruppo imprenditoriale [...] pagasse cospicue somme di denaro alla mafia”. Che cosa deve intendersi per “adoperandosi”

quale è la condotta contestata?

2. Manca la contestazione all'imputato del concorso nell'estorsione che lo stesso, secondo l'imputazione, avrebbe portato a compimento. Ci si chiede:

“come è possibile un contributo concreto, effettivo e rilevante ad una estorsione, che però sia qualcosa in meno del concorso in estorsione?”.

3. Occorre investire le sezioni unite dei seguenti quesiti: *“a) se ai fini della validità della c.d. contestazione in fatto è sufficiente la contestazione all'imputato delle fonti di prova o se di richieda comunque la formulazione dell'accusa in un atto comunicato all'imputato; b) se, alla luce dei principi costituzionali e della giurisprudenza convenzionale, possa ritenersi valida la contestazione in fatto dell'accusa di concorso esterno in associazione mafiosa, trattandosi di fattispecie già intrinsecamente caratterizzata da un deficit di tipicità”.*

4. Non è chiaro quale sia il contributo dell'imputato all'associazione mafiosa.

Secondo l'impostazione accusatoria il rafforzamento della mafia sarebbe derivato dai pagamenti che la vittima faceva a causa dell'estorsione. Eppure

il denaro veniva corrisposto dalla vittima e non dall'imputato.

5. La sentenza è contraddittoria logicamente laddove dapprima addebita all'imputato di aver *“indotto”* l'amico imprenditore a soddisfare le pretese estorsive di cosa nostra e, successivamente, dice: *“l'imprenditore Berlusconi, disposto a pagare pur di stare tranquillo...”*. Come può l'imputato avere indotto la vittima, quando questa era già disposta a pagare?

6. Il ruolo di mediatore nell'estorsione che viene contestato all'imputato trova fondamento nella realtà criminologica, giacché non ci si trova di fronte a parti che si collocano su un piano di parità negoziale. Al massimo l'imputato ha agito per conto della vittima.
7. Le amicizie mafiose dell'imputato non possono, come chiarito dalla Mannino, costituire di per sé elementi sufficienti per una condanna per concorso esterno in associazione mafiosa.
8. Manca nella sentenza la motivazione sulla sussistenza del dolo in capo all'imputato.

Il Procuratore Generale chiede quindi l'annullamento con rinvio della sentenza di appello al fine di consentire al giudice del rinvio di: *a) parametrare l'imputazione (precisando la condotta, il contributo materiale e il dolo; b) chiarire se la condotta del concorrente esterno debba presentare o meno i requisiti del concorso in estorsione; c) stabilire se l si sia in presenza di un reato unico o di un reato continuato (anche ai fini di una eventuale prescrizione); d) adeguare la motivazione all'imputazione così determinata, seguendo un ordine logico, senza sovrapposizione di piani tra condotta, effetto causale e dolo e –soprattutto – senza slittamenti semantici, espressioni vaghe volte a coprire un vuoto argomentativo.*

Nel prossimo paragrafo si vedrà come la Corte di Cassazione risponde alle richieste del Procuratore Generale. Si tratta di questioni di natura prettamente processuale che apparentemente esulano dall'oggetto della presente trattazione, ma che, invece, appaiono significative proprio in

quanto evidenziano gli “effetti” possibili di una contestazione di concorso esterno in associazione mafiosa.

3.2.3. La sentenza della Cassazione (annullamento con rinvio)

La Corte di Cassazione⁹¹ ritiene fondato il ricorso avanzato nell’interesse dell’imputato e annulla con rinvio la sentenza impugnata.

In relazione alla censura del Procuratore Generale in udienza, “secondo cui nel processo mancherebbe l’imputazione”, ritiene la Corte che è una richiesta impossibile da apprezzare.

In particolare, rileva la Cassazione che: *“basterebbe osservare al riguardo che – ammesso e non concesso, per le ragioni che si vedranno di seguito, che fosse accoglibile il rilievo sulla genericità della imputazione o quello sulla violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza – la conseguenza sul piano processuale sarebbe, nel primo caso la regressione quantomeno alla fase dell’udienza preliminare per la precisazione della contestazione ad opera dell’unico titolare di tale potere, il PM (v. in tal senso Sez U., Sentenza n. 5307 del 20/12/2007 cc (dep. 1/2/2008), ovvero, nel secondo caso, l’annullamento della sentenza di secondo e di primo grado (arg. ex art. 521,522, 604 c.p.p.) con sviluppi alternativi a seconda che si ravveda o meno un fatto diverso di rilevanza penale da giudicare senza essere stato contestato (art. 521 comma 2 c.p.p.), mentre non potrebbe certo essere quella sollecitata dal Procuratore Generale di udienza di investire il giudice del rinvio (quindi, sembrerebbe, la Corte di appello), con mandato alla stessa di un potere (“precisazione della condotta”: così testualmente dalla note di udienza del PG) che non è previsto dall’ordinamento.*

91 Corte di Cassazione, Sez. V, udienza 9.3.2012 n. 597.

Peraltro, secondo la Cassazione, la denuncia della genericità dell'imputazione ha investito un punto nuovo e diverso rispetto alla questione, sollevata dalla difesa, del difetto di correlazione tra accusa e sentenza. La difesa non si è lamentata dinanzi alla Corte della generica enunciazione del fatto ai sensi dell'art. 429 c.p.p. e della correlata nullità.⁹² Non poteva quindi il Procuratore Generale riproporre una censura che la difesa non ha coltivato nel corso del processo, derivandone, in caso contrario, un inammissibile ampliamento del devoluto.

La Corte precisa che nessun dubbio dogmatico è stato introdotto dalla difesa sulla astratta configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa, né in ogni caso potrebbe essere accolto, condividendo la sezione gli arresti giurisprudenziali a sezioni unite che hanno delineato e precisato negli anni l'istituto de quo.

La netta statuizione della Corte sembra voler rispondere al dibattito ingenerato dalla requisitoria del Procuratore Generale, in particolare alle forti critiche di ordine anche dogmatico in relazione all'istituto del concorso esterno⁹³.

92 Si tratta, precisa la Corte, di “*evenienza che assume rilevanza ai sensi dell'art. 429 c.p.p. che la prevede ed attiene, perciò, alla fase introduttiva del processo, essendo peraltro destinata a non produrre conseguenze se la parte stessa non la rileva nella fase della deduzione della questioni preliminari del giudizio di primo grado (è esclusa la rilevabilità di ufficio) oppure se, avendola rilevata, la parte non coltiva la denuncia di nullità correlata (meramente relativa, come ricorda la costante giurisprudenza (n. 16817 del 2008 Rv.239757, n. 712 del 2010 Rv. 245734) nei motivi di impugnazione*” (cfr. Sentenza citata pag. 90).

93 Ad esempio Fiandaca: “*la lettura della motivazione della sentenza di annullamento con rinvio chiarirà quale peso ha avuto la rigorosa impostazione critica del procuratore generale. Al quale va in ogni caso il merito di avere seriamente argomentato <<a favore del diritto>>; ancorché, proprio in tema di concorso esterno, cosa veramente sia <<diritto>> continua purtroppo ad apparire controvertibile*”. Op. cit. in Diritto Penale Contemporaneo.

Prosegue la Corte che *“la proiezione della decisione più recente delle Sezioni unite [Mannino n.d.r.] è stata, sì, nel senso di pretendere una rigorosa dimostrazione del nesso di causalità e dell’elemento psicologico dell’agente, ma anche nella direzione di sostenere che la dimostrazione del rafforzamento della associazione, superando la fase patologica della sua “fibrillazione”, è una (e forse la più evidente ed efficace) ma non l’unica possibilità probatoria data alla accusa, come del resto già sostenuto dalla giurisprudenza a sezioni semplici (v. Rv.229242). E quindi, nella direzione di non restringere a tutto campo l’ambito di operatività della fattispecie”*.

La non chiarissima statuizione della Cassazione sembra inserire il concetto di rafforzamento dell’associazione tra le variabili non essenziali della condotta del concorrente esterno, la quale potrebbe quindi anche non rafforzare la consorte mafiosa. In realtà la sentenza Mannino ha chiaramente affermato la necessità che il contributo del concorrente abbia causalmente rafforzato la associazione (ovvero contribuito al suo mantenimento in forze).

Ritiene invece la Corte fondata la censura della difesa sul vizio di motivazione della sentenza in relazione alla condotta dell’imputato a proposito della c.d. messa a posto delle antenne televisive in Sicilia; essa infatti è relativa ad un periodo temporale successivo al 1980, anni in cui l’imputato aveva interrotto i rapporti lavorativi con il gruppo imprenditoriale facente capo a Berlusconi. In merito a tale fase manca nella sentenza di appello una compiuta motivazione circa la condotta che Dell’Utri avrebbe svolto a vantaggio dell’organizzazione criminale e, in particolare, *“quale sarebbe stata, nel concreto, l’attività posta in essere*

dall'imputato, nella direzione della agevolazione e del rafforzamento del consorzio criminoso, una volta preso atto della genericità della principale fonte dichiarativa della accusa"⁹⁴.

La Corte spiega quindi che il limite di logicità della motivazione **non riguarda la sussistenza, nel caso concreto, della fattispecie di concorso esterno in associazione mafiosa**, *“reato da reputarsi emergente in tutti gli elementi costitutivi nei fatti sopra ripercorsi fino al 1978; quanto il momento della cessazione [...]”*. In particolare con riferimento al periodo temporale dalla fine del 1977 al 1982 vi è un “totale vuoto argomentativo” sulla possibile incidenza di tale allontanamento sulla permanenza del reato già commesso. E' invece *“indubbio e costituisce espressione del concorso esterno da parte dell'imputato nella associazione cosa nostra, facente capo nella metà degli anni '70, anche a Bontade e Teresi, il comportamento consistito nell'aver favorito e determinato [...] la realizzazione di un incontro materiale e del correlato accordo di reciproco interesse, tra i boss mafiosi – nella loro posizione rappresentativa e l'imprenditore amico (Berlusconi)”*.

Sull'obiezione avanzata dal Procuratore Generale in udienza, secondo cui si sarebbe dovuta esplorare fino in fondo la natura estorsiva o meno degli esborsi di Berlusconi in favore della mafia⁹⁵, la Cassazione precisa che:

- Il concorso esterno può realizzarsi sia mediante la commissione di una o più azioni in sé penalmente rilevanti o anche con azioni in sé lecite;

94 V. sentenza cit. pag. 110.

- I pagamenti effettuati dall'imprenditore a favore di cosa nostra, pur avendo natura necessitata perché ingiustamente provocati, all'origine, da spregevoli azioni intimidatorie poste in essere in danno della sua famiglia, non avevano più avuto questa natura [necessitata] quando era cominciata la trattativa tra l'imputato, Bontade e Teresi;
- Vi era quindi stata una trattativa "alla pari" per il conseguimento di un risultato da parte dell'imprenditore Berlusconi: avere la garanzia di un servizio di sicurezza di tipo privato e *particolarmente efficace ed affidabile*.

Ciò premesso, secondo i giudici di legittimità, la dimostrazione della sussistenza del reato di concorso esterno *"non passa attraverso la necessaria dimostrazione della sussistenza anche del reato di estorsione da parte di Dell'Utri e della associazione all'epoca evocata, e tantomeno potrebbe affermarsi che la negazione della commissione di fatti di estorsione da parte dei medesimi soggetti faccia venir meno la configurabilità del primo reato in capo all'imputato o la posizione di vittima in capo all'imprenditore Berlusconi"*.⁹⁶

95 Il Procuratore Generale ha posto in udienza il seguente quesito giuridico: *"se il contributo del concorrente esterno consiste (come in questo caso) nel portare a buon fine una estorsione, la sua condotta deve avere i caratteri del concorso all'estorsione o deve avere un quid pluris o un quid minus? [...] Se la Mannino (metodicamente ignorata dalla sentenza) ci dice che il contributo del concorrente esterno deve essere concreto, effettivo e rilevante, il quesito giuridico è: << come è possibile un contributo concreto, effettivo e rilevante ad una estorsione, che però sia qualcosa di meno del concorso in estorsione?"*. Dalla citata requisitoria, pag. 3, in Diritto Penale Contemporaneo.

96 Così la sentenza citata pag. 114.

La Cassazione, rigettando anche questa obiezione del Procuratore Generale, chiarisce che il concorso esterno in associazione mafiosa prescinde dalla commissione da parte del concorrente di un reato fine dell'associazione e, addirittura, prescinde anche dalla stessa commissione del reato fine da parte dell'associazione, che potrebbe infatti non essere stato compiuto. Detto in altri termini: anche se, nel concreto estrinsecarsi della fattispecie l'imprenditore Berlusconi non abbia in realtà subito un'estorsione, perché ad esempio la forza "contrattuale" delle parti si equivale, ciò non impedisce che l'associazione mafiosa sia sussistente e che l'imputato, favorendo il raggiungimento dell'accordo, abbia rafforzato l'associazione mafiosa.

Prosegue infatti la Corte che l'aver richiesto e quindi determinato l'incontro finalizzato al raggiungimento dell'accordo "di protezione", "laddove con i termini "richiedere" e "sollecitare" si intende qui esplicitare ulteriormente il senso dell'opera di <<mediazione>> svolta da Dell'Utri e di apertura del "canale di collegamento" fra i due poli, rappresenta la condotta penalmente rilevante dell'imputato.

In questo punto la Cassazione risponde ancora criticamente al Procuratore Generale di udienza affermando del tutto "ingiustificata" la valutazione di insufficienza compiuta dallo stesso riguardo all'opera di mediazione svolta dall'imputato.

Ed invero, sul piano causale, il comportamento dell'imputato costituisce l'antecedente logico della catena di eventi descritti, la quale ***"non si sarebbe verificata in modo analogo, nel senso cioè che l'accordo transattivo per la protezione "privata" voluto da Berlusconi e da cosa***

nostra con l'arrivo peraltro alla villa dell'imprenditore di un esponente del sodalizio e con il pagamento, attraverso gli accertati canali, dei pagamenti sinallagmatici, non avrebbe fatto la sua comparsa nel mondo fenomenico e tanto meno sulla ribalta penale".⁹⁷

La causalità necessaria, prosegue la Cassazione, entra in gioco con riferimento al modo specifico di realizzazione di un dato reato – così come realizzatosi hic e nunc – “quando cioè l'agente determini un evento che, senza il suo apporto, non si sarebbe verificato o si sarebbe attuato in maniera diversa ed è difficile, in tale prospettiva, negare rilevanza ad una condotta dell'agente descritta come “adoperarsi” e concretizzatasi nei termini sopra descritti: una condotta che, dunque, non è una categoria astratta e inconcludente, come sembra sostenere il Procuratore Generale⁹⁸, ma, come nozione giuridica, è comunemente evocata dalla giurisprudenza proprio per delineare l'apporto del concorrente che non ponga in essere direttamente l'azione tipica del reato cui concorre ma che apporta quel

97 Vedi sentenza citata pag. 115. Interessante il passaggio in cui la Corte afferma: “A nulla vale in contrario osservare che Dell'Utri è stato probabilmente un catalizzatore di eventi che erano pronti a maturare autonomamente come quello della estorsione di tangenti da parte di consorterie criminali, e in particolare di cosa nostra, a danno di Berlusconi. Certamente la causalità di un furto realizzato grazie all'opera di un basista non viene meno solo perché sarebbe stato reperibile altro basista o perché del basista si sarebbe potuto fare a meno”.

98 Deve al riguardo ricordarsi che il Procuratore Generale nella requisitoria ha criticato duramente la c.d. “teoria del mediatore”: “si è mai visto che in un'estorsione (per di più mafiosa) c'è una mediazione tra autore e vittima? Che estorsione è?” Requisitoria Procuratore Iacoviello, citata.

genere di contributo, proprio di chi si pone come intermediario, alla sua realizzazione”.

Pertanto, conclude la Corte sul punto, che certamente la condotta dell'imputato ha rafforzato – o quantomeno contribuito al mantenimento – dell'associazione mafiosa. Ed infatti l'acquisizione di proventi economici da parte dell'organizzazione inerisce al suo “*core business*”, giacché gli stessi sono essenziali per il mantenimento della sua “forza lavoro”, nonché per sua penetrazione in attività economiche lecite. E' evidente che la corresponsione di rilevanti somme di denaro (£ 50.000.000 o 100.000.000 l'anno) ha contribuito a rafforzare l'associazione mafiosa, inserendosi nel rapporto di causalità.

Il ruolo di mediatore dell'imputato, che con le sue conoscenze mafiose ha determinato l'incontro tra la mafia e l'imprenditore Berlusconi a cui è seguito, per diversi anni, la corresponsione di somme di denaro a favore di cosa nostra è quindi inquadrabile negli articoli 110-416 bis del codice penale, essendo l'attività di mediazione una condotta atipica rispetto a quella di partecipazione.

Sulla natura di reato permanente del concorso esterno.

La Corte di Cassazione, anche qui discostandosi dalla tesi sostenuta dal Procuratore Generale⁹⁹, afferma che: “*il concorso esterno in associazione*

99 Così il Procuratore Generale: “*Ritenere che la condotta del concorrente esterno è permanente perché permanente è il reato associativo è affermazione che stride con la logica prima ancora che con il diritto. Perché porterebbe all'ennesimo paradosso: il partecipe può mettere fine alla permanenza recedendo dall'associazione, il concorrente esterno non potrebbe farlo*”. In una parte successiva della requisitoria il Procuratore precisa che alla questione sulla natura di reato permanente o meno del concorso esterno dovrebbe risponderci che: “*dipende dal tipo di contributo (può essere un contributo permanente, istantaneo, frazionato)*”. Sul punto Fiandaca, nel commento alla requisitoria del Procuratore Generale citata in Diritto Penale Contemporaneo, riguardo al problema se il concorso esterno abbia natura permanente “*E' senz'altro corretto escluderlo (almeno nel senso di fare riferimento a una permanenza “necessaria”), anche perché, se così fosse, non riuscirebbe possibile differenziare in concreto un concorso “permanente” da una vera e propria partecipazione (interna) all'associazione*”; V. “*Sul preteso carattere permanente del concorso esterno*”, Maiello in Diritto Penale Contemporaneo.

per delinquere oppure in quella specificamente mafiosa si atteggia, al pari della partecipazione, di regola, come reato permanente”.

Il reato permanente è quello nel quale l’agente ha il potere di determinare la situazione anti-giuridica ed anche di mantenerla volontariamente, nonché di rimuoverla, così dando luogo egli stesso alla riespansione del bene giuridico compresso. “Nel caso di concorso esterno in associazione per delinquere o mafiosa le suddette caratteristiche si ravvisano nella condotta di chi favorisca un accordo – come nella specie – di cui sa e vuole che produca effetti di conservazione e\o di rafforzamento per il sodalizio criminoso, accordo che assurge esso stesso a momento consumativo del reato se dotato di tutti i requisiti per risultare capace di ingenerare negli appartenenti al sodalizio gli effetti di cui si è detto, valutabili anche obiettivamente ed ex post”.¹⁰⁰

In realtà sul punto vi sono soluzioni diverse in giurisprudenza. In un caso la Corte di Cassazione (imp. Contrada)¹⁰¹ sembra ritenere pacifica la natura permanente del concorso esterno in associazione mafiosa, laddove ad esempio afferma: *“Omettendo innanzitutto - a tacer d'altro - di considerare che l'episodio Ziino non è oggetto di autonoma contestazione di reato ma s'inserisce nell'ascritto reato permanente di concorso associativo mafioso esterno come segmento della complessiva condotta*

100 Sentenza citata pag. 117. Prosegue poi la Corte affermando: *“Il reato in esame può, cioè, dirsi iniziato con la realizzazione dell’accordo mafia-imprenditore ed era destinato a cessare quando e se fossero cessati i comportamenti che l’imputato teneva in esecuzione dell’accordo stesso (essendo irrilevante, per quello che si è detto, che il danno patrimoniale non fosse a suo carico)”*.

101 Cass., Sez. VI, udienza 9/10.5.2007 n. 542/2007 in C.E.D.

antigiuridica (che non può essere frazionata nelle sue connesse e continuative manifestazioni) ”.

In un'altra pronuncia della Corte di legittimità (imp. Lo Sicco)¹⁰², invece, si sancisce che *“il reato di concorso esterno in associazione mafiosa è configurabile anche in relazione ad un unico intervento, a carattere occasionale, che abbia una effettiva rilevanza causale ai fini della conservazione e del rafforzamento dell'associazione, non richiedendosi la continuità o stabilità di tali interventi che per contro connotano la figura del soggetto intraneo all'associazione”.*

Le sentenze testé citate, dunque, evidenziano l'esistenza di diversi orientamenti in giurisprudenza sulla natura del reato di concorso esterno, incrinando la perentoria affermazione della Corte nel processo Dell'Utri secondo cui il concorso esterno si atteggia, al pari della partecipazione, di regola, come reato permanente.

Riguardo al dolo del concorrente esterno, la Cassazione rammenta che, ai fini della configurabilità del concorso esterno, occorre che il dolo investa sia il fatto tipico oggetto della previsioni incriminatrici, sia il contributo causale recato dalla condotta dell'agente alla conservazione o al rafforzamento dell'associazione. Il soggetto agisce quindi nella consapevolezza e volontà di recare un contributo alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso del sodalizio; deve pertanto essere esclusa la compatibilità del dolo eventuale con l'istituto del concorso esterno.¹⁰³

102 Cass., Sez. II, udienza 11.6.2008 n. 785/2008 in C.E.D.

103 Ovviamente non rileva, come precisano le sezioni unite 2005 (Mannino) sent. Cit., accertare se l'agente abbia condiviso oppure avversato o sia risultato disinteressato ai metodi dell'organizzazione. E' sufficiente accertare *“il doppio coefficiente psicologico, ossia quello che deve investire il comportamento dell'agente e la natura di esso come contributo causale al rafforzamento dell'associazione; in terzo luogo è richiesta la prova della coscienza e volontà*

La Cassazione aderisce alla tesi secondo cui nel concorso esterno deve esservi il **dolo diretto** del concorrente *“nel senso della coscienza e volontà, che l’agente deve avere, di dare il proprio contributo al conseguimento degli scopi dell’associazione, tramite il rapporto col soggetto qualificato”*. Anche in questo passaggio il Collegio non condivide l’assunto del Procuratore Generale di udienza che ha parlato di “dolo diviso” per il concorrente esterno: *diretto* rispetto all’evento-rafforzamento dell’associazione mafiosa, *specifico* rispetto all’evento ulteriore dato dalla realizzazione almeno in parte del programma criminoso.

Il concorrente esterno, quindi, deve avere la coscienza e volontà che il proprio apporto rafforzi l’organizzazione criminale. Nel caso di specie la Corte rileva che la sentenza di appello ha usato, per descrivere l’atteggiamento psicologico dell’imputato, il termine “accettato”. Tale espressione, però, precisano i giudici di legittimità, non è di per sé indicativa del riconoscimento del dolo eventuale. Come già affermato in giurisprudenza¹⁰⁴, occorre distinguere l’oggetto dell’accettazione da parte dell’agente: *“se è il rischio, ossia la possibilità del verificarsi di un evento criminoso oltre a quello perseguito, si ha il dolo eventuale; se è un evento ulteriore ritenuto probabile, si configura il dolo diretto perché con la accettazione dell’evento rimane integrata anche la prova che quello sia stato voluto”*¹⁰⁵.

che l’apporto risulti diretto alla realizzazione del programma criminoso del sodalizio”.

104 Cfr. Cass., sez. I, n. 12954/2008; Cass. Sez. I, n.13544/1998, in C.E.D.

105 Cfr. Sentenza citata pag. 125.

L'uso del verbo accettare, dunque, non qualifica di per sé il dolo come eventuale; occorre verificare l'oggetto dell'accettazione, cosa in concreto l'imputato abbia accettato: una semplice possibilità di verifica dell'evento (dolo eventuale) ovvero una probabilità di verifica (dolo diretto).

Nel caso di specie la Corte di merito ha diffusamente argomentato sulla sussistenza di un dolo diretto in capo all'imputato, che si è certamente rappresentato l'elevata probabilità di realizzazione dell'evento criminoso.¹⁰⁶In questa prospettiva vengono letti gli incontri tra l'imputato e i vertici dell'associazione mafiosa in relazione ai quali Dell'Utri non poteva non avere la consapevolezza che l'accordo per la protezione di Berlusconi, e i pagamenti relativi, avrebbero rafforzato l'organizzazione criminale. La Cassazione si preoccupa di precisare che la valorizzazione degli incontri – e nel complesso dei rapporti – dell'imputato con la mafia non si pone in contrasto con l'affermazione fatta dalle sezioni unite (Mannino), secondo cui *“le frequentazioni e le vicinanze con soggetti mafiosi non costituiscono esse stesse prova e non integrano da sole il concorso esterno”*. Esse però possono essere valorizzate per dare significatività ad altre prove acquisite in ordine al thema probandum. L'analisi complessivo delle prove emerse durante l'istruttoria dibattimentale portano ad escludere la possibilità, su cui

106 Interessante la precisazione della Corte quando afferma che *“un dolo che non verrebbe escluso dal fatto che l'imputato abbia agito, nella prima fase della attuazione della condotta che gli si ascrive, e cioè fino al 1978, mosso contemporaneamente dalla volontà di risolvere il problema di sicurezza personale che affliggeva Berlusconi”*. Sentenza citata pag. 125.

la difesa ha insistito, che l'imputato possa essere considerato una vittima, al pari dell'imprenditore Berlusconi.

Ciò detto, la Corte ritiene invece non adeguato l'apparato argomentativo della corte territoriale riguardo l'elemento soggettivo dell'imputato nel periodo dell'allontanamento lavorativo da Berlusconi. E' inoltre mancata una rigorosa analisi degli elementi problematici emersi nel processo:

- a) I comportamenti riluttanti di Dell'Utri verso cosa nostra;
- b) Gli attentati realizzati a danno dell'attività imprenditoriale di Berlusconi.

In effetti sul punto la Cassazione impone ai giudici di merito un obbligo di rigoroso accertamento della sussistenza, per tutto il periodo considerato nell'imputazione, degli elementi costitutivi del reato. Ed invero, a fronte dell'emersione di un atteggiamento riottoso e conflittuale dell'imputato con l'organizzazione criminale nel periodo degli anni '80, la Corte di merito avrebbe dovuto spiegare in base a quali altri elementi di prova può affermarsi che Dell'Utri abbia continuato a concorrere al rafforzamento di cosa nostra.

La Corte afferma con decisione che la prova della finalizzazione del comportamento dell'imputato al rafforzamento dell'associazione deve essere rigorosa e non *“può essere acquisita negando o misconoscendo [...] la valenza di emergenze che si connotano, all'apparenza, come segni del*

contrario e cioè di una possibile caduta della precedente unitarietà di intenti”¹⁰⁷

Per le superiori considerazioni la Cassazione richiede una nuova giustificazione probatoria al giudice di merito, precisando però che le mancanze motivazionali inerenti il periodo degli anni '80 non sono idonee a svilire l'argomentazione relativa ai periodi precedenti. E' evidente infatti che l'imputato, in un rilevante lasso di tempo, può mutare il proprio atteggiamento psicologico nei confronti di una determinata azione che, pur continuando nel tempo (con la consegna del denaro), potrebbe non essere sorretta dal dolo.

I giudice di legittimità concludono: *“In conclusione in giudice del rinvio dovrà nuovamente esaminare e motivare, con percorso argomentativo diverso da quello contenuto nella parte di motivazione censurata, se il concorso esterno contestato sia oggettivamente e soggettivamente configurabile, a carico del ricorrente, anche nel periodo di assenza dell'imputato dall'area imprenditoriale Fininvest e società collegate (periodo intercorso, secondo la sentenza impugnata, tra il 1978 e il 1982); se il reato contestato sia configurabile, sotto il profilo soggettivo, anche nel periodo successivo a quello appena indicato”*.¹⁰⁸

3.2.4. Il giudizio di appello in seguito all'annullamento.

107 Così la sentenza citata a pag. 128.

108 Sentenza citata pag. 129.

La Corte di appello di Palermo, a seguito del rinvio della Cassazione, con giudizio conclusosi il 25 marzo 2013, in parziale riforma della sentenza del Tribunale di Palermo dell'11 dicembre 2004, ridetermina la pena in anni 7 di reclusione.¹⁰⁹

La Corte ha affrontato distintamente le fasi temporali individuate dalla Cassazione in cui è stata individuata una carenza argomentativa nella sentenza cassata.

a) Periodo compreso tra il 1978 e il 1982.

La Corte territoriale interpreta il rinvio fatto dalla Cassazione per il periodo indicato come necessità di accertare esclusivamente l'elemento soggettivo del reato, dovendosi, secondo i giudici di appello, ritenere provato il dato oggettivo della dazione del denaro a cosa nostra per tutto il periodo dal '74 al '92'. In particolare secondo la Corte di merito la sua verifica deve avere ad oggetto l'accertamento sulla sussistenza di una volontà dell'imputato di allontanarsi, nel periodo considerato, anche dal contesto mafioso criminale con cui era sceso a patti negli anni precedenti.

In realtà la lettura della relativa parte della sentenza della Corte di Cassazione mette in dubbio l'interpretazione dei giudici di appello. La Cassazione ha, infatti, richiesto *“se il concorso esterno contestato sia oggettivamente e soggettivamente configurabile, a carico del ricorrente, anche nel periodo di assenza dell'imputato dall'area imprenditoriale Fininvest e società collegate”*. La richiesta contenuta nella

¹⁰⁹ Corte di Appello di Palermo, sentenza del 25 marzo 2013 (depositate le motivazioni il 4.9.2013).

pronuncia di annullamento è pertanto globale e non riferita all'accertamento del solo elemento soggettivo.

Prosegue la Corte che, nel periodo in cui l'imputato si è allontanato dall'area imprenditoriale di Berlusconi, egli ha tuttavia continuato ad avere rapporti con i vertici dell'associazione "cosa nostra". *“Egli ha tenuto nei confronti degli stessi soggetti mafiosi la medesima cordialità autentica senza dare alcun segnale concreto e serio di un voluto e deciso distacco”*¹¹⁰

Secondo la Corte di appello, premessa la natura di reato permanente del concorso esterno¹¹¹, in cui il contributo causale del concorrente non si esaurisce in una prestazione precisa ed occasionale, ma si svolge in un arco di tempo più lungo, non è ravvisabile nel caso di specie una condotta dell'imputato che faccia ritenere la volontà dello stesso di rimuovere la situazione anti-giuridica avviata nel 1974.

La Corte territoriale, dunque, attribuisce rilievo centrale alla natura di reato permanente del concorso esterno.¹¹² Essa diviene la ragione per cui il comportamento dell'imputato non può, in mancanza di elementi certi di una volontà contraria a quella manifestata nel 1974 con la compressione del bene giuridico tutelato, essere frazionato in due distinte condotte, interrotte nel periodo '78-'82.

110 Così la sentenza citata a pag. 324.

111 Sul punto, e in particolare sulle diverse impostazioni sulla natura (permanente o istantaneo) del reato permanente si rinvia a quanto affermato nel paragrafo dedicato all'analisi della sentenza della Corte di Cassazione e alla relativa nota.

I giudici di appello affermano che, dagli atti del processo, emerge che l'imputato non ha mai interrotto i rapporti con i soggetti mafiosi con cui aveva stipulato il patto nel 1974 né sono emersi comportamenti tali da far ritenere una volontà di rimozione degli effetti dell'accordo.

La Corte di appello non dubita che i pagamenti da parte dell'imprenditore Berlusconi siano proseguiti anche nel periodo ('78-'82) in cui l'imputato sia stato alle dipendenze di altro imprenditore. Non erano infatti venute meno le ragioni a fondamento del patto di "protezione" stipulato con cosa nostra.¹¹³E' inoltre evidente che la continuità dei rapporti con cosa nostra e la "qualità" di tali rapporti conferma la sussistenza dell'elemento psicologico del reato.

b) Periodo compreso tra il 1983 e il 1992. Il dolo.

112 In senso contrario Maiello, op. cit., Diritto Penale Contemporaneo. L'autore infatti afferma che il concorso esterno non è un'ordinaria vicenda di concorso criminoso. Ed infatti solo se *"fosse inquadrabile in questo ambito di fisiologico dispiegamento del congegno estorsivo della figura di parte speciale, la tesi della natura permanente del concorso esterno risulterebbe ineccepibile: di quest'ultimo, infatti, essa finirebbe per sottolineare il carattere di mera propaggine del reato associativo, ribadendo che la manifestazione concorsuale viene, d'ordinario, 'contaminata' dai caratteri costitutivi della fattispecie cui accede"*. Ed invece, il concorso esterno, così come precisato dalle pronunce delle sezioni unite, ha acquisito un *"proprio statuto di tipicità, fondato su elementi di antagonismo rispetto alla fattispecie della partecipazione"*. Prosegue l'autore affermando che la sentenza Mannino, richiedendo una verifica causale della condotta del concorrente che deve avere inciso immediatamente ed effettivamente sulle capacità operative dell'organizzazione criminale, ha in realtà descritto un **reato causale di evento di tipo istantaneo**. La critica dell'autore – che è rivolta alla sentenza di annullamento della Cassazione – prosegue affermando che la sequenza argomentativa della sentenza Dell'Utri è avulsa dalla cornice di tipicità disegnata da Mannino, giacché avrebbe dovuto distinguere tra accordi "causali e accordi "non causali".

113 La Corte fa riferimento all'intervento di cosa nostra a favore di Berlusconi, tra il '77 e il '79, in cui il boss mafioso Bontade aveva impedito un progetto di sequestro di persona a danno della famiglia Berlusconi progettato dalla 'ndrangheta. Sent. Cit. pag. 355.

Alla Corte di appello è demandato l'esame dei comportamenti dell'imputato nel periodo considerato, al fine di verificare la sussistenza dell'elemento soggettivo del reato e, a tale scopo, il significato *“di emergenze che si connotano come segni di una possibile caduta della precedente unitarietà degli intenti”*. La Cassazione, nel formulare il perimetro del giudizio di rinvio, fa riferimento agli attentati subiti da Berlusconi e dagli atteggiamenti dell'imputato, definito da alcune testimonianze come *“riluttante”* verso cosa nostra.

Secondo la Corte di merito gli elementi di *“torsione o avvimento”* (attentati ai beni dell'imprenditore Berlusconi, atteggiamento scostante dell'imputato nei confronti degli esponenti di cosa nostra, il mutamento del vertice di cosa nostra con l'avvento dei corleonesi¹¹⁴) non hanno in alcun modo inciso sull'elemento psicologico sotteso alla condotta di mediazione che l'imputato ha avviato nel 1974, senza soluzione di continuità fino al 1992.

L'imputato infatti ha sempre avuto come referenti i membri dell'associazione e nei momenti di fibrillazione è sempre ricorso al loro ausilio, proprio in esecuzione del patto del 1974 che rappresenta il contributo dato da Dell'Utri al rafforzamento dell'associazione mafiosa.

Pertanto, conclude la Corte di appello, anche con riferimento al periodo

¹¹⁴ Interessante è il passaggio della motivazione relativa al mutamento del vertice di cosa nostra. La Corte afferma che l'indubbia differenza caratteriale e sociale tra Bontade e Teresi (vertici di cosa nostra prima della guerra di mafia del 1981) e Riina, sostanzialmente analfabeta, ha prodotto la trasformazione dei rapporti tra l'imputato e l'associazione: si è infatti passati da un rapporto diretto ad uno indiretto, che richiedeva il passaggio attraverso Cinà. Ma non vi è stato *“un mutamento sostanziale degli equilibri esistenti rispetto a quelli che avevano garantito l'accordo del 1974 tra Berlusconi con l'intermediazione di Dell'Utri”*. (cfr. sent. Cit. pag. 414).

compreso tra il 1983 e il 1992 sono emersi gli elementi costitutivi del reato di concorso esterno. Ed è sicuramente individuabile nell'imputato il dolo del concorrente esterno che ha *“investito sia tutti gli elementi essenziali della figura criminosa tipica, che dopo quasi un ventennio Dell'Utri ben conosceva, sia il contributo causale recato con il proprio comportamento alla conservazione ed al rafforzamento dell'associazione mafiosa con la quale consapevolmente e volontariamente l'imputato interagiva dal 1974”*¹¹⁵.

La Corte conclude affermando che i vantaggi derivati dall'opera di mediazione svolta da Dell'Utri sono stati *“di enorme rilievo anche per il tempo in cui si sono protratti e per l'importanza del soggetto che era costretto a pagare per ricevere un'ampia protezione”*¹¹⁶

I giudici di appello precisano che i rapporti che l'imputato ha intrattenuto con cosa nostra hanno dimostrato la volontà di interagire con l'associazione con la piena consapevolezza di avvantaggiarla e rafforzarla. Il processo ha quindi superato il limite, sancito dalla Mannino, delle “relazioni e contiguità riprovevoli” ma non penalmente rilevanti fornendo piena dimostrazione della consapevolezza e volontà dell'imputato del rilievo causale del proprio contributo.

3.2.5. Ultimo atto: il nuovo giudizio di cassazione.

115 V. sentenza citata pag. 419.

116 Così la sentenza citata a pag. 457.

La Corte di Cassazione, investita un'ultima volta dal ricorso dell'imputato, decide il 9.5.2014 definitivamente sul caso Dell'Utri.¹¹⁷ I giudici di legittimità respingono il ricorso ritenendo di confermare la sentenza di rinvio della Corte di appello di Palermo.¹¹⁸ Corretta appare la ricostruzione compiuta dalla corte territoriale, in particolare in relazione alla sussistenza, nel caso di specie, del concorso esterno in associazione mafiosa, la cui astratta configurabilità viene ribadita dalla Cassazione, con alcune precisazioni – e innovazioni – in tema di elemento soggettivo del reato. Sul punto la Corte afferma che il dolo del concorrente esterno investe, nei momenti della rappresentazione e della volizione, *“sia tutti gli elementi essenziali della figura criminosa tipica sia il contributo causale recato dal proprio comportamento alla realizzazione del fatto concreto, con la consapevolezza e la volontà di interagire, sinergicamente, con le condotte altrui nella produzione dell'evento lesivo del medesimo reato. Pertanto il concorrente esterno, pur sprovvisto dell'affectio societatis e, cioè, della volontà di far parte dell'associazione, deve essere consapevole dei metodi e dei fini della stessa (a prescindere dalla condivisione, avversione, disinteresse o indifferenza per siffatti*

117 Cass., Sez. I, 9.5.2014 n. 28225/2014, in Diritto Penale Contemporaneo. Per un approfondimento v. Alexander Bell, “La Corte di Cassazione scrive la parola fine sul processo Dell'Utri”, 13.7.2014, in Diritto Penale Contemporaneo.

118 Precisa la Corte che, a seguito di annullamento per vizio di motivazione, *“il giudice di rinvio può liberamente procedere ad una nuova e completa valutazione delle acquisizioni probatorie e resta libero di pervenire, sulla scorta di argomentazioni diverse da quelle censurate in sede di legittimità ovvero integrando e completando quelle già svolte, allo stesso risultato decisivo della pronuncia annullata, essendo vincolato soltanto da divieto di fondare la nuova decisione sugli stessi argomenti ritenuti illogici o carenti dalla Corte di Cassazione”* (Cfr. sent. Cit. pag. 46).

*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".*¹¹⁹

La Corte, nelle parti evidenziate, esprime un diverso modo di intendere l'elemento soggettivo del reato rispetto alle pronunce precedenti. Al concorrente esterno, infatti, non solo non è richiesta la volontà di realizzazione delle finalità e dei metodi dell'organizzazione, ma addirittura egli può anche avversare internamente l'associazione criminale, e ciononostante concorrervi. Ciò che è richiesto al concorrente è “rendersi conto” che la sua azione si salda con quella dell'associazione di cui conosce le finalità e i metodi, prescindendo dalla sua effettiva volontà di realizzazione degli obiettivi criminosi.

Quanto affermato dalla Corte risponde alle critiche difensive secondo cui l'emersione di una situazione di disagio dell'imputato – espressa specialmente con la riluttanza all'incontro degli emissari di cosa nostra – nei confronti dell'associazione sarebbe stata indicativa della mancanza in capo allo stesso dell'elemento soggettivo del concorso esterno. Ed invece, secondo i giudici di legittimità, non conta il “foro interno” dell'imputato, dovendosi avere riguardo alla consapevolezza dello stesso di interagire e contribuire con gli associati alla realizzazione di quei fini che egli può anche avversare internamente.

3.2.6. Conclusioni brevi sul processo Dell'Utri.

Il processo Dell'Utri, avviato nel 1997 e conclusosi nel 2014, rappresenta un caso emblematico della estrema complessità dei processi aventi ad oggetto un'imputazione di concorso esterno in associazione mafiosa. Il

119 Cfr. Sent. Cit. pag. 60.

giudice penale deve infatti spesso confrontarsi e scogliere una serie di nodi problematici:

1. ***Il capo di imputazione:*** spesso generico e che rimanda a comportamenti dell'imputato a favore dell'organizzazione criminale. Il giudice deve ricondurre l'imputazione ad un preciso paradigma ermeneutico ormai cristallizzato negli anni dalle sentenze a sezioni unite;
2. ***L'apporto del concorrente esterno e la sua rilevanza causale:*** non è semplice delimitare con precisione il contributo atipico fornito dal concorrente a vantaggio dell'associazione mafiosa, dovendosi trarre, in particolare da testimonianze, la prova dell'apporto recato al rafforzamento dell'organizzazione e, successivamente, la dimostrazione del rilievo causale della condotta a favore dell'organizzazione criminale;
3. ***L'elemento soggettivo:*** Rilevante è lo sforzo del giudicante che deve trarre dall'istruttoria svolta la prova di un elemento soggettivo assai peculiare poiché vicino a quello del partecipe, ma nello stesso tempo distinto, poiché il concorrente deve essere ovviamente privo dell'*affectio societatis*.
4. ***Il controllo permanente della convergenza tra la condotta del concorrente e l'associazione:*** il giudice penale deve controllare per tutto il periodo in contestazione che vi sia un identico atteggiamento psicologico del concorrente esterno nei confronti dell'associazione. Devono quindi essere valorizzati indizi di un mutamento di rapporti tra le parti al fine di una assoluzione del reato per quel periodo particolare.

CONCLUSIONI:

Il presente lavoro ha chiarito (o dovrebbe averlo fatto) che il concorso esterno nei reati associativi non può essere considerato un istituto di “creazione giurisprudenziale”, costituendo una semplice applicazione delle

norme previste per il concorso di reati e, quindi, applicabili ad ogni fattispecie incriminatrice.

La rilevante problematicità dell'istituto (con le continue oscillazioni giurisprudenziali che lo caratterizzano) si spiega con il basso tasso di tipicità che contraddistingue già la fattispecie base dell'art. 416 bis del codice penale. Se, infatti, come si è detto, *“la forma libera che caratterizza la fisionomia del reato di associazione per delinquere di stampo mafioso, e dunque la mancanza di tipizzazione della relativa condotta, consentono al giudice di merito di cogliere, nel processo di metamorfosi della mafia nel tessuto sociale ed economico, i contenuti dell'appartenenza anche in nuove e più evolute forme comportamentali di adattamento o di mimetizzazione, rispetto alla classica iconografia del mafioso”*, appare evidente che a fortiori è complesso individuare e punire colui che concorre dall'esterno nella fattispecie associativa.

Il concorso di persone di reato, infatti, opera un'estensione della sfera del penalmente rilevante alle condotte atipiche che, nella fattispecie di concorso esterno in associazione mafiosa sono “ancora più atipiche”... Basta fare riferimento al processo Dell'Utri, in cui l'attività stigmatizzata e sanzionata penalmente è stata di aver *mediato* con *cosa nostra* per raggiungere un patto di protezione dell'imprenditore Berlusconi a condizioni piuttosto onerose e la cui esecuzione ha rafforzato l'esistenza dell'associazione criminale.

Nell'ipotesi testé considerata è palese il grande spazio interpretativo lasciato al pubblico ministero prima e al giudice penale poi nell'individuare la condotta del concorrente esterno.

I rischi di un'eccessiva discrezionalità interpretativa, che, si ribadisce, è il risultato dell'obbligata applicazione del combinato disposto degli artt. 110 e 416 bis c.p., hanno provocato l'intervento delle sezioni unite della Corte di cassazione.

La pronuncia Mannino ha certamente fissato i contorni della figura del concorrente esterno.

Il necessario accertamento (ex post) sulla rilevanza causale dell'apporto del concorrente ai fini del rafforzamento dell'organizzazione fornisce rilevanti garanzie di difesa. La pubblica accusa deve riuscire ad assolvere il rilevante onere probatorio di dimostrare l'avvenuto rafforzamento (o mantenimento in vita) dell'associazione per effetto dell'attività svolta dal concorrente esterno.

A tal fine le espressioni “*generalizzazioni del senso comune o di massime di esperienza dotate di empirica plausibilità*” (attraverso il cui uso il giudice deve valutare l'esistenza del nesso causale tra la condotta del concorrente esterno e il rafforzamento dell'associazione) devono essere intese con estremo rigore. Il giudice deve convincersi dell'avvenuto

rafforzamento sulla base di elementi precisi a cui ancorare il fluido concetto di contributo causalmente rilevante.

Il Tribunale, in un processo in cui si contesta ad esempio un legame tra mondo economico-imprenditoriale e associazioni criminali, dovrà attentamente studiare e comprendere, nel contesto di riferimento, quali siano le corrette proporzioni dei fenomeni: in particolare con riferimento alle dimensioni delle strutture mafiose e del livello economico dell'imprenditore coinvolto.

La medesima condotta di mediazione tenuta dall'imputato nel processo Dell'Utri, dando come provato l'elemento soggettivo della figura del concorrente esterno, potrebbe infatti condurre ad esiti differenti.

Esempio n. 1 (proporzione: $\frac{\text{impresa}}{\text{MAFIA}}$): l'imprenditore che paga la "protezione" è a capo di un'impresa di modeste dimensioni che versa alla mafia € 2.500,00 annui. In questo caso è verosimile ritenere che la condotta dell'imputato-mediatore non riuscirebbe a superare la soglia di punibilità individuata dalle sezioni unite, poiché la somma versata per il tramite dell'imputato alla mafia non sarebbe in grado (in base alla particolare dimensione di una delle parti del patto, in questo caso *cosa nostra*) di rafforzare la struttura dell'associazione criminosa.

Esempio n. 2 (proporzione: $\frac{\text{impresa}}{\text{mafia}}$): la stessa e modesta somma di denaro versata nell'esempio precedente a seguito dell'intervento del

mediatore da parte della stessa piccola impresa (2500 euro annui) potrebbe determinare invece la punibilità del mediatore per concorso esterno quando la somma abbia determinato un rafforzamento di una piccola *start-up mafiosa* che, proprio a causa di quel limitato intervento abbia ad esempio dato avvio al percorso criminale.

A fronte del quadro appena delineato, deve però essere rilevato che in giurisprudenza si susseguono le pronunce a-sistematiche che creano il dubbio, per non dire il panico, tra gli operatori del diritto e l'opinione pubblica.

Ad esempio in una recente sentenza la Cassazione ha affermato che *“ai fini della configurabilità del reato di **partecipazione** ad associazione per delinquere (comune o di tipo mafioso), non è sempre necessario che il vincolo si instauri nella prospettiva di una permanenza a tempo indeterminato, e per fini di esclusivo vantaggio dell'organizzazione stessa, ben potendo, al contrario, assumere rilievo forme di partecipazione destinate, “ab origine”, ad una durata limitata nel tempo e caratterizzate da una finalità che, oltre a comprendere l'oggettivo vantaggio del sodalizio criminoso, in relazione agli scopi propri di quest'ultimo, comprenda anche il perseguimento, da parte del singolo, di vantaggi ulteriori, suoi personali, di qualsiasi natura, rispetto ai quali il vincolo*

*associativo può assumere **anche, nell'ottica del soggetto una funzione meramente strumentale**, senza per questo perdere nulla della rilevanza penale”¹²⁰.*

La lettura della superiore massima dimostra l'estrema fragilità del sistema normativo e giurisprudenziale sul concorso esterno in associazione mafiosa. Essa, infatti, almeno *prima facie*, sembra limitare l'ambito di operatività del concorrente esterno ritenendo partecipe il soggetto che utilizza *anche strumentalmente* l'associazione criminosa per realizzare obiettivi propri.

L'utilizzo strumentale dell'associazione per fini personali non appare compatibile con il requisito minimo che deve avere il partecipe, e cioè *l'affectio societatis*, quindi la volontà di far parte stabilmente dell'associazione mafiosa.

Altre incertezze produce la lettura della sentenza n. 21648/2007 (Tursi Prato), già indicata in precedenza, la quale afferma come sufficiente, per integrare la fattispecie di concorso esterno, il fatto certo della conclusione di uno specifico patto, stretto tra il boss locale ed il politico imputato, in virtù del quale il primo aveva promesso voti ed il secondo - ove fosse stato eletto - benevolenza e favori. Vi è un passaggio,

¹²⁰ Così la massima della sentenza Cass., sez. II, n. 16606/2011, in C.E.D.

particolarmente significativo, in cui la Corte afferma che *“è appena ovvio l'aumento di prestigio che l'associazione malavitosa acquisiva per il solo fatto di poter vantare un referente politico "vicino", costituendo ragionevolmente tale circostanza agli occhi dei consociati in qualche misura una sorta di (obliqua) legittimazione, a prescindere da vantaggi economici più concreti e contingenti, che tuttavia era ragionevole pensare che avrebbero fatto seguito alla acquisita maggiore contiguità con il potere politico [...] lo stesso accedere ad un rapporto sinallagmatico che contempla la promessa di voti in cambio della disponibilità a futuri favori, integra per il politico che ne sia parte la fattispecie di concorso esterno in associazione mafioso, ove si consideri la volontarietà e consapevolezza dell'accordo e dei suoi effetti”*.

In quale passaggio della sentenza il collegio si occupa della necessità di giustificare il – probabilmente anche esistente – nesso di causalità tra comportamento del concorrente e rafforzamento dell'associazione mafiosa?¹²¹ Condivisibile, quindi, in tale contesto appare l'affermazione secondo cui dopo le pronunce a sezioni unite non si tratta più di *“dibattere in modo stucchevole il tema del credere o meno in questa figura criminosa (che la Cassazione ha ritenuto giuridicamente fondata già nel 1875...) ma di non sovraccaricarla di aspettative spropositate”*¹²².

121 Di anarchia interpretativa, con riferimento alla sentenza citata, ha parlato Maiello *“luci ed ombre nella cultura giudiziaria del concorso esterno”* in *Dirittopenalecontemporaneo.it*

Di fronte a pronunce così disarmoniche si comprende perché spesso si riacutizzi il dibattito sul concorso esterno e sulla necessità di un intervento normativo che delinei con precisione la figura del concorrente esterno.

EPILOGO

Sarebbe stato punibile l'onorevole Frangipane?

Per poter rispondere alla superiore domanda devono compiersi due falsificazioni (solo letterarie). Occorre introdurre nei pressi del tavolino basso, quello classico in noce, posto a sinistra dell'onorevole Frangipane e dinanzi sulla destra rispetto al capomafia Scimeni, una microspia. Di quelle contemporanee. Una potente

122 Visconti, *“Osservazioni “a caldo” sulla requisitoria del P.G. Francesco Iacoviello all’udienza avanti a Cassazione penale, sez. V, 9 marzo 2012, imp. Dell’Utri”*, in Dirittopenalecontemporaneo.it

ricetrasmittente come quelle in dotazione alle nostre procure.

E, seconda falsificazione, occorre, solo per un momento, considerare come abolita l'immunità parlamentare. E' possibile quindi intercettare un parlamentare ed utilizzare la conversazione in un procedimento penale.

Il dialogo è stato captato, e, con la tecnica della *remotizzazione*, è prima rimbalzato e registrato sul server della Procura della Repubblica di Palermo (il luogo è infatti "*un grosso paese, quasi una città, della Sicilia occidentale*" ci dice Sciascia) e poi, con un altro atletico rimbalzo è finito nella sala registrazioni di un commissariato del grosso paese della Sicilia occidentale. Luogo prossimo ai fatti di reato, per ciò la scelta della remotizzazione, per poter intervenire tempestivamente.

In quella saletta la legge del 16 gennaio 2003 (legge antifumo *Sirchia*) non è entrata ancora in vigore e forse mai entrerà.

La saletta è piena di fumo. L'agente addetto alla stesura dei brogliacci riesce a fare più cose con le sole due mani che gli ha donato la mamma. Fuma, prende appunti sul portatile, con la penna scrive dei post it. E' concentratissimo. Si è infatti reso conto che quella discussione che sta ascoltando è importante. Forse è quella che in Procura stanno aspettando da tempo. Non è riuscito ad avvertire il suo superiore. Il loro codice è chiaro: quando c'è qualcosa da ascoltare basta uno squillo sul cellulare. Ma nell'eccitazione, nel frullare delle tante mani dell'agente, il cellulare gli è scivolato a terra. E adesso vede la batteria con l'occhio sinistro e sente gli altri resti del telefono sotto la propria postazione. Li avverte con il piede. Ma non può muoversi. Ma veramente quei due si stanno spartendo il Comune?

Ecco. I due dentro la cuffia stanno per finire la loro conversazione. "*E che, mi vuole impedire di fare un regalo alla bambina di Fofò?*" L'agente si toglie la cuffia. Soddisfatto. La conversazione è chiarissima.

Il brogliaccio della conversazione ora è sul tavolo del Pubblico Ministero. E' una donna. I tratti molto decisi, di una che nasce inquirente. Non ha avuto dubbi al momento della scelta, di diversi anni prima. Si sta tormentando su quella conversazione. Sa bene che deve stare attenta. Qualunque sarà l'uso che farà di quella telefonata sarà attaccata. L'onorevole è una persona molto in vista.

L'intercettazione è un riscontro a quanto le aveva raccontato un collaboratore di giustizia. Il dialogo è chiaro. Deve qualificarlo giuridicamente.

Bussano alla porta. Che rottura, pensa. Sono i colleghi in tirocinio. Questa volta gliene hanno piazzati tre. Come se non bastassero le migliaia di fascicoli che deve gestire. Non ha neanche le sedie sufficienti per farli sedere.

Quando li vede tutti e tre seduti di fronte a lei, due ragazzi ed una ragazza, gli sorride. Spinge il dattiloscritto del brogliacci verso di loro, le sale al naso un forte odore di fumo. Chissà perché.

- Ragazzi, leggete questa conversazione. Provate a formulare un capo di imputazione per l'onorevole.

- Io esco. Vado a fumare una sigaretta in cortile.

I tre uditori si applicano. Si sentono un po' impacciati a leggere contemporaneamente sullo stesso foglio.

- Hai finito? No, un attimo.. Si, puoi girare pagina..- E così, fino alla fine.

Appena in tempo. Eccola che rientra.

- Allora?

- secondo me è un mafioso. Deve essere contestato l'art. 416 bis del codice penale. Dal dialogo emerge una relazione forte con il capomafia, un rapporto strutturato, duraturo. E' chiaramente un partecipe con un ruolo ben definito all'interno della struttura organizzativa.

- E tu che ne pensi? (al secondo)

- è un concorrente esterno. Evidentemente. E non vi sono dubbi che la particolare qualità di uomo pubblico che riveste è idonea a rafforzare causalmente l'associazione mafiosa.

- Ritieni che abbiamo la prova del rafforzamento?

-...

E tu, che ne pensi? - Era l'unica ragazza del piccolo gruppo di uditori.

- Non so, ma mi pare di ricordare che la riforma dell'art. 416 ter del codice penale abbia attirato a sé la punibilità delle condotte del cosiddetto voto di scambio. Ed in questo caso non serve ricercare la prova del nesso di causalità. Mi sbaglio?

- Non so - disse la Procuratrice alzandosi.

BIBLIOGRAFIA

- Aleo, “Concorso esterno in associazione di tipo mafioso”, Convegno in memoria di Gilda Loforti, in Quaderni del Centro Siciliano di Studi sulla Giustizia, Giuffrè.
- Alexander Bell, “Il caso Dell’Utri nei giudizi di primo e secondo grado (aspettando la Cassazione)”, 15.12.2010, in Diritto Penale Contemporaneo.

- Alexander Bell, “Qualche breve nota critica sulla sentenza Dell’Utri, 15.6.2012, in Diritto Penale Contemporaneo.
- Alexander Bell, “La sentenza della Cassazione sul caso Dell’Utri: una prima guida alla lettura”, 7.5.2012, in Diritto Penale Contemporaneo.
- Alexander Bell, “La Corte di Cassazione scrive la parola fine sul processo Dell’Utri”, 13.7.2014, in Diritto Penale Contemporaneo.
- Alexander Bell, “La Corte d’appello di Palermo, in sede di rinvio, conferma la condanna di Dell’Utri per concorso esterno in associazione mafiosa”, 7.10.2013, in Diritto Penale Contemporaneo.
- Amarelli, “La riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso. Una più chiara graduazione del disvalore delle condotte di contiguità mafiosa?”, in Diritto Penale Contemporaneo.
- Bolzoni Attilio, *Faq Mafia*, di, Bompiani editore.
- Cadoppi – Veneziani, *Elementi di Diritto Penale*, Cedam 2010.
- Cavaliere, “Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso, Napoli, 2003.
- Corbo, “Relazione n. III/06/2014 “modifica dell’art. 416 ter del codice penale, in materia di scambio elettorale politico-mafioso”.
- Cordero, “Procedura penale”, nona edizione, Giuffrè.
- De Francesco, “Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi”, Milano, 1995.
- De Liguori, “Concorso eventuale e reati associativi”, in *Cass. Pen.*, 1989, 36.
- De Maglie, “Teoria e prassi nei rapporti tra reati associativi e concorso di persone nei reati fine”, in *Riv. It.* 1987, 924.
- Dickie John “Cosa nostra, storia della mafia siciliana”, Editori La Terza 2005.
- G. Falcone, *Cose di Cosa Nostra*, Rizzoli, Milano 1991.
- Fiandaca, “il concorso esterno agli onori della cronaca”, in *Foro it*, 1997, V.
- Fiandaca/Visconti, “Scenari criminologici”.

- Fiandaca, “Concorso esterno in associazione di tipo mafioso”, Convegno in memoria di Gilda Loforti, in Quaderni del Centro Siciliano di Studi sulla Giustizia, Giuffrè.
- Fiandaca- Musco, Diritto Penale, parte generale, quinta edizione, Zanichelli 2007.
- Fiandaca, “il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica”, in DPC 1/2012.
- Fiandaca, “La contiguità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale”, in Foro it., 1991, II, 472.
- Grosso, “Le contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione e irrilevanza penale” in Riv. It., 1993, 1185.
- Iacoviello “Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è più previsto dalla *giurisprudenza* come reato”, Cass. Pen. 2001, fasc. 7-8, p.2064.
- Iacoviello/Insolera, “Opinioni a confronto, il concorso esterno in associazione mafiosa”, in Criminalia 2008.
- Insolera, “Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di Stato”, in Foro it. 1995, II, 423.
- Insolera “Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica”. in Foro It., 1995, II, 122.
- Insolera, “L’associazione per delinquere”, Padova 1985.
- Lattanzi, “Partecipazione all’associazione mafiosa e concorso esterno”, in Cass pen. 1998, 3137.
- Lattanzi – Lupo, Codice Penale, Rassegna di Giurisprudenza e di Dottrina, Giuffrè 2010.
- Lupo Salvatore “Storia della Mafia”, Donzelli editore 1993.
- Maiello, “Luci ed ombre nella cultura giudiziaria del concorso esterno” in DPC 1/2012.

- Maiello “Sul preteso carattere permanente del concorso esterno”, in *Diritto Penale Contemporaneo*.
- Maiello, “Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti” Giappichelli, 2014.
- Mantovani, *Diritto Penale*, CEDAM 2009.
- Militello, “agevolazione e concorso di persone nel progetto 1992”, in *Indice pen.*, 1993, 581.
- Morosini, “Il concorso esterno oltre le aule di giustizia” in *DPC* 1/2012.
- Pulitanò, *Diritto penale*, IV edizione, p. 448.
- Pulitanò, “La requisitoria di Iacoviello: problemi da prendere sul serio”, in *DPC* 1/2012.
- Romano – Grasso, *Commentario sistematico del Codice Penale*, Giuffrè.
- Sciascia Leonardo, “L’onorevole”, 1965 Einaudi editore.
- Siracusano F. “Il concorso esterno e le fattispecie associative”, in *Cass. Pen.*, 1993, 1870.
- Visconti, “Contiguità alla mafia e responsabilità penale” 2003, Giappichelli.
- Visconti, “il tormentato cammino del concorso esterno”, in *Foro it.* 1994, II, 561.
- Visconti, “Sulla requisitoria del P.G. nel processo dell’Utri: un vero e proprio atto di fede nel concorso esterno”, in *DPC* 1/2012.
- Visconti, “Verso la riforma del reato di scambio elettorale politico- mafioso: andiamo avanti, ma con giudizio” in *Diritto Penale Contemporaneo*.

INDICE

Prologo	1
Introduzione	4
Legenda	8
Capitolo I	
1.1. Il concorso di persone nel reato. Il problema della punibilità delle condotte atipiche.	9
1.2. La teoria causale.	12

1.3.	La teoria dell'accessorietà	13
1.4.	La teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale	14
1.5.	I reati a concorso necessario e il concorso eventuale	16
1.6.	Segue: l'art. 416 bis del codice penale	18
1.7.	Segue: l'art. 416 ter del codice penale. La modifica legislativa introdotta con legge n. 62/2014	24

Capitolo II

2.1.	Il concorso esterno in associazione mafiosa	27
2.2.	La posizione della dottrina	28
2.3.	Orientamenti della giurisprudenza	
2.3.1.	L'orientamento contrario	35
2.3.2.	L'orientamento favorevole	38
2.4.	Le sezioni unite del 1994 (Demitry)	40
2.5.	Le sezioni unite del 2003 (Carnevale)	46
2.5.1.	Conclusione del processo	53
2.6.	Le sezioni unite del 2005 (Mannino)	56

Capitolo III

3.1.	L'art. 416 bis c.p. e la tipicità "debole"	70
------	--	----

3.2. Un caso pratico. Il processo dell’Utri	
3.2.1. Il primo e il secondo grado (sintesi)	74
3.2.2. Requisitoria P.G. Iacoviello : “l’imputazione è la proiezione processuale del principio di tipicità penale”	77
3.2.3. La sentenza della Cassazione (annullamento con rinvio)	81
3.2.4. Il giudizio di appello in seguito all’annullamento	95
3.2.5. Ultimo atto: il nuovo giudizio di cassazione	100
3.2.6. Conclusioni brevi sul processo Dell’Utri	102
Conclusioni	104
Epilogo	111
Bibliografia	114
Indice	119