

IL CONCORSO EVENTUALE NEI REATI ASSOCIATIVI TRA VECCHI DUBBI E NUOVE CONFERME GIURISPRUDENZIALI

di Alessandro Centonze

SOMMARIO: 1. L'elaborazione giurisprudenziale della figura del concorso eventuale nei reati plurisoggettivi: il dibattito precedente gli interventi delle Sezioni unite. – 2. Le difficoltà di inquadramento delle condotte di contiguità criminale e l'affermazione del modello fibrillazionista nel primo intervento organico delle Sezioni unite. – 3. Il superamento del modello fibrillazionista e l'ulteriore approdo ermeneutico delle Sezioni unite: la sentenza n. 22327 del 30 ottobre 2002. – 4. L'approdo ermeneutico definitivo delle Sezioni unite: la sentenza n. 33748 del 12 luglio 2005. – 5. Il riproporsi di dubbi ermeneutici sulla configurabilità del concorso eventuale nei reati associativi: la sentenza n. 44193 dell'11 ottobre 2016. – 6. L'ultimo intervento chiarificatore: l'ordinanza del Primo Presidente della Corte di cassazione del 13 ottobre 2016 nel ricorso iscritto al n. 20609/16 R.G.

1. L'elaborazione giurisprudenziale della figura del concorso eventuale nei reati plurisoggettivi: il dibattito precedente gli interventi delle Sezioni unite.

L'esperienza giudiziaria dell'ultimo trentennio ha permesso di acquisire significativi elementi di conoscenza delle modalità di controllo del territorio da parte delle organizzazioni criminali operanti sul territorio italiano.

L'estrinsecazione di tali modalità operative rende evidente che i sodalizi criminali nostrani hanno progressivamente ampliato i loro spazi di intervento, incidendo direttamente sul tessuto sociale in cui sono presenti, in un rapporto di simbiosi ambientale nel quale non sempre è possibile distinguere tra elementi perturbatori ed elementi perturbati.

Questa simbiosi è la conseguenza della complessità delle fenomenologie associative che si sono diffuse sul territorio nazionale. Si è passati, in questo modo, da una fase in cui i sodalizi criminali si limitavano a realizzare sul territorio forme di sfruttamento parassitario delle risorse produttive a una fase in cui tali consorterie tendono a interloquire direttamente con gli esponenti delle istituzioni e del mondo produttivo, acquisendo una peculiare funzione di mediazione illecita che, fino a tutti gli anni Ottanta, era stata svolta, solo marginalmente, dalle frange più inquinate delle pubbliche amministrazioni¹.

¹ Non è possibile dare conto in termini esaustivi del dibattito trentennale che si è sviluppato in dottrina sull'istituto del concorso eventuale nei reati associativi; con questa indispensabile precisazione, ci si permette di richiamare gli studi di: S. ALEO, *Sistema penale e criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano, 2009; G. FIANDACA, *La contiguità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale*, in *Foro it.*, 1991, c.

In questo ambito, le organizzazioni criminali tendono ad assumere il controllo delle risorse territoriali, interagendo con alcuni esponenti del tessuto socio-economico, creando quella rete di contiguità prefigurata dall'art. 416-bis cod. pen. Tale evoluzione strategica determinava, già sul finire degli anni Settanta, il maturare di un atteggiamento giurisprudenziale finalizzato ad ampliare la sfera applicativa delle fattispecie associative, attraverso la clausola generale dell'art. 110 cod. pen. e l'elaborazione della figura del concorso eventuale nei reati associativi, la cui elaborazione precedeva l'introduzione dell'art. 416-bis cod. pen.²

In realtà, la compiuta elaborazione della figura del concorso eventuale nei reati associativi risale addirittura alla fine degli anni Sessanta, quando la Corte di cassazione – con una decisione emessa il 27 novembre 1968 – affrontava organicamente i profili dogmatici del nostro istituto, ritenendo legittima l'applicazione della clausola generale dell'art. 110 cod. pen. al reato di cospirazione politica mediante associazione previsto dall'art. 305 cod. pen., che prevede le figure tipiche del partecipe, del promotore e dell'organizzatore. Sul punto, si ritiene di particolare utilità il principio di diritto affermato in questa pronuncia, secondo cui: «L'appartenente alla associazione prevista dall'art. 305 cod. pen. 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'interna organizzazione, dei particolari e concreti progetti, del numero dei consoci, delle azioni effettivamente attuate o da attuarsi, sottoponendosi alla disciplina delle Gerarchie ed al succedersi dei ruoli. La figura del concorrente, invece, è individuabile nell'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 mercè un apprezzabile e fattivo apporto personale, agevolandone l'affermarsi e facilitandone l'operare, conoscendone la esistenza e le finalità, ed avendo coscienza del nesso causale del suo contributo»³.

Questa risalente impostazione, in ogni caso, si affermava definitivamente all'inizio degli anni Novanta, in alcune pronunce di legittimità nelle quali il problema della differenziazione tra partecipazione associativa e concorso eventuale era risolto in senso positivo. Tale giudizio di ammissibilità si fondava sull'assunto che il concorso eventuale è configurabile sia nelle ipotesi di concorso morale, nelle forme della determinazione e dell'istigazione, rilevante nel momento in cui l'associazione viene costituita sia nelle ipotesi in cui il terzo non vuole entrare a far parte dell'associazione, pur prestando un contributo autonomo, a condizione che lo stesso, valutato in

473 ss.; F.M. IACOVIELLO, *Il concorso eventuale in associazione mafiosa*, in *Criminalia*, 2008, 4. pp. 263 ss.; V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminazione legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2014; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2003.

² Si vedano Cass., Sez. 1, n. 5847 del 16/01/1978 (dep. 19/05/1978), Ammaturo, Rv. 138974; Cass., Sez. 1, n. 3397 del 16/12/1971 (dep. 19/05/1972), Di Maio, Rv. 121070; Cass., Sez. 1, n. 1458 del 29/10/1969 (dep. 31/01/1970), Tempra, Rv. 113791.

³ Il principio di diritto richiamato nel testo è estratto dalla massima elaborata dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione con riferimento alla seguente sentenza: Cass., Sez. 1, n. 1569 del 27/11/1968 (dep. 27/05/1969), Muther, Rv. 111439.

relazione alla dimensione lesiva del fatto e alla complessità della fattispecie, sia idoneo rispetto al consolidamento e al mantenimento dell'organizzazione.

Questa posizione si consolidava ulteriormente con l'introduzione dell'art. 416-*bis* cod. pen., atteso che è la stessa struttura di tale reato a necessitare un'analisi in chiave eminentemente economica della sfera di operatività delle associazioni prefigurate da tale disposizione. Né potrebbe essere diversamente, se si considera che l'individuazione di un'area di interesse illecito di un'organizzazione mafiosa conduce all'affermazione di un potere su quell'area, con la conseguenza che tutti i suoi ambiti di espansione non possono che ricadere sotto la sua sfera tendenzialmente egemonica.

Questa linea di demarcazione, fondata sul tenore letterale della fattispecie dell'art. 416-*bis* cod. pen. e sulla formulazione del suo terzo comma, anche se può apparire ambigua, è imprescindibile per la comprensione dei fenomeni di contiguità mafiosa, in considerazione del fatto che i soggetti che contribuiscono alla gestione di questo complesso modello criminale non operano come strumento di realizzazione di attività illecite, rappresentando al contrario lo strumento apparentemente legittimo con cui il sodalizio persegue i suoi interessi. Questa presa di coscienza, se ci consente di comprendere la ragione della fortuna giurisprudenziale della figura del concorso eventuale nei reati associativi, rende più difficile l'individuazione delle dinamiche attraverso cui il consesso criminale, di volta in volta, si relaziona al modello illecito di riferimento, in considerazione del fatto che, in astratto, appare difficile distinguere un soggetto impegnato in attività legali da un esponente mafioso o impegnato in attività illegali⁴.

In questo ambito, infine, ci sembra opportuno sottolineare che la fortuna giurisprudenziale della figura del concorso eventuale corrisponde all'espansione dei sodalizi criminali nostrani – e in particolare di quelli mafiosi – che non può contrastarsi con il ricorso alle sole fattispecie associative. Tale ampliamento degli spazi applicativi del concorso eventuale, al contempo, rappresenta la ragione dell'emergere di posizioni interne alla stessa giurisprudenza di legittimità, maturate nella prima metà degli anni Novanta, tendenti a negarne l'ammissibilità sul presupposto che nei reati associativi il concorso eventuale non può ritenersi compatibile con la sua struttura⁵.

⁴ Su questi temi, si rinvia al fondamentale studio di C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., p. 272, a tutt'oggi insuperato per completezza e organicità, secondo il quale la fortuna dello strumento concorsuale nell'azione di contrasto alla criminalità organizzata risiede proprio nella capacità, conseguente alla sua atipicità, di decifrare "i delicatissimi risvolti politico-sociali" sottesi alla sfera di operatività delle organizzazioni mafiose richiamati nel testo. Emblematico di questo punto di vista è il passaggio in cui l'Autore osserva: «Il concorso esterno è assunto ad emblema di un magistero penale che a cominciare dai primi anni '90, magari superando alcuna ritrosie e "timidezze" nell'interpretazione applicativa delle norme, ha alzato il tiro dell'attività repressiva per arrivare a colpire la contiguità mafiosa di alto bordo, cioè una particolare forma di "criminalità del potere" (o dei potenti) fino ad allora lasciata più o meno intenzionalmente indenne da conseguenze punitive [...]».

⁵ Si vedano Cass., Sez. 1, n. 6992 del 30/01/1992 (dep. 16/06/1992), Altadonna, Rv. 190659; Cass., Sez. 1, n. 2348 dell'08/05/1994 (dep. 27/06/1994), Clementi, Rv. 198329. Su questi temi, in un più ampio contesto sistematico, si veda la posizione critica di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Laterza, Roma-Bari, 1990, p. 859, che, da una prospettiva esegetica che lo porta a sostenere la sostanziale incompatibilità con i valori costituzionali della figura delittuosa associativa dell'art. 416-*bis* cod., osserva: «Il fatto, in queste figure

In questa cornice, la prepotente affermazione delle organizzazioni mafiose nel tessuto sociale ed economico nazionale non è altro che una rappresentazione del modello criminale tipizzato dalla fattispecie dell'art. 416-*bis* cod. pen., attraverso il quale vengono individuati, tra gli ambiti privilegiati di tali sodalizi, quello imprenditoriale⁶.

In questa prospettiva, risiede la scelta di politica giudiziaria di allargare gli spazi applicativi delle fattispecie associative, utilizzando la figura del concorso eventuale e tentando di sanzionare le condotte di contiguità criminale nelle ipotesi di mancata adesione alla struttura associativa del sodalizio da parte del soggetto che pure contribuisce al suo consolidamento, non potendosi escludere la punizione di un soggetto, la cui condotta non sia intrinsecamente connaturata con la struttura del sodalizio criminoso, ma ne costituisca solo supporto eventuale non direttamente incidente sull'esistenza dell'associazione⁷.

2. Le difficoltà di inquadramento delle condotte di contiguità criminale e l'affermazione del modello fibrillazionista nel primo intervento organico delle Sezioni unite.

L'utilizzazione del concorso eventuale nelle fattispecie associative, dunque, deve essere inserita in un ambito tendente a rivisitare i modelli di analisi del comportamento criminale che, dopo l'introduzione dell'art. 416-*bis* cod. pen., si sono

normative, sfuma nel percorso di vita o nella collocazione politica o ambientale dell'imputato, ed è come tale tanto poco verificabile dall'accusa quanto poco confutabile dalla difesa. E si configura tendenzialmente come un reato di *status*, più che come un reato di azione e di evento, identificabile, anziché con prove, con valutazioni riferite alla soggettività eversiva o sostanzialmente anti-giuridica del suo autore. Ne è risultato un modello di anti-giuridicità sostanziale anziché formale o convenzionale, che sollecita indagini sui rei anziché sui reati, e che corrisponde a una vecchia e mai spenta tentazione totalitaria [...].»

⁶ Sui rapporti di collusione tra imprenditori e criminalità organizzata si vedano Cass., Sez. 6, n. 30346 del 18/04/2013 (dep. 15/07/2013), Orobello, Rv. 256740; Cass., Sez. 1, n. 30534 del 30/06/2010 (dep. 30/07/2010), Tallura, Rv. 248321; Cass., Sez. 5, n. 39042 dell'01/10/2008 (dep. 16/10/2008), Samà, Rv. 242318.

Su questi temi, si rinvia alla datata ma insuperata riflessione di G. TURONE, *Problematiche giuridiche attinenti alla dimensione economica delle associazioni mafiose*, in *Quaderni del C.S.M.*, vol. I, 1998, n. 99, p. 475, che ha introdotto la distinzione tra imprenditori *collusi* e imprenditori *subordinati* che tanta fortuna ha avuto nel dibattito sulle interferenze mafiose nel sistema economico, osservando: «Gli imprenditori *collusi* sono legati ai mafiosi mediante incentivi non solo materiali ma anche simbolici, che alimentano interazioni reciprocamente vantaggiose cementate da legami personali di fedeltà, e che consentono agli imprenditori di poter negoziare i termini della protezione. Inoltre, mentre gli imprenditori *subordinati* sono costretti a orientare il proprio agire all'esterno in maniera statica, in quanto fortemente vincolati dalla presenza mafiosa, quelli *collusi* sviluppano all'esterno un tipo di azione più dinamica, sono più intraprendenti e rispondono con prontezza alle sollecitazioni provenienti dall'ambiente [...].»

⁷ Su questi temi, si vedano le riflessioni critiche sulla cultura giudiziaria incentrata sulla figura concorsuale di G. FIANDACA, [Il concorso tra guerre di religione e laicità critica](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2012, p. 251; V. MAIELLO, [Luci e ombre nella cultura giudiziaria del concorso esterno](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2012, p. 265; P. MOROSINI, [Il concorso 'esterno' oltre le aule di giustizia](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2012, p. 261.

rivelati insufficienti a inquadrare le condotte associative e che rivelano criticità ancora maggiori in relazione alla figura concorsuale⁸.

Si è già detto, del resto, che le organizzazioni criminali operanti secondo il modello prefigurato dall'art. 416-*bis* cod. pen. hanno subito nel corso degli anni una trasformazione, tendendo a coinvolgere soggetti già presenti nel sistema socio-economico in ruoli chiave, allo scopo di sfruttare le loro cointeressenze professionali. In conseguenza di ciò, ad esempio, alcuni esponenti delle consorterie mafiose nostrane sono diventati soci di fatto di soggetti produttivi, assumendo ruoli imprenditoriali, attraverso strumenti giuridici quali l'interposizione fittizia, determinando la costituzione di una vera e propria "catena di montaggio" degli illeciti penali⁹.

Tuttavia, individuare un'area di delimitazione delle condotte di contiguità penalmente rilevanti non è un'operazione ermeneutica semplice, seppure appare indispensabile sotto il profilo delle scelte di politica criminale che vi si riconnettono. Al contempo, nonostante tali difficoltà, solo l'individuazione di un'area di demarcazione dell'illecito penale – differenziando le condotte associative dalle condotte concorsuali – consente un efficace contrasto alle interferenze criminali nel tessuto socio-economico.

Questa demarcazione, anche se può apparire ambigua, è indispensabile per comprendere i fenomeni di contiguità che si stanno esaminando, atteso che tutti i soggetti presenti in un determinato settore nell'interesse di un'organizzazione criminale non operano come strumento per realizzare attività illecite, ma costituiscono lo strumento, apparentemente legittimo, attraverso cui i sodalizi perseguono i loro scopi strategici, dando vita a quella "catena di montaggio" dell'illecito penale di cui si è detto.

Una scelta di questo genere, naturalmente, comporta la consapevolezza che le relazioni che si possono instaurare tra il concorrente eventuale e un'associazione criminale non possono essere tipizzate, estrinsecandosi in un numero non predeterminabile di comportamenti illeciti.

⁸ Per una ricognizione sulle principali questioni interpretative che hanno animato il dibattito scientifico nell'immediatezza dell'entrata in vigore della legge 13 settembre 1982, n. 646 e dell'art. 416-*bis* cod. pen., tra gli innumerevoli studi presenti sull'argomento, ci si permette di rinviare a F. BRICOLA, *Commento all'art. 1 l. 13 settembre 1982 n. 646*, in *Leg. pen.*, 1983, II, pp. 237 ss.; G. FALCONE-G. TURONE, *Tecniche di indagine in materia di mafia*, in *Cass. pen.*, 1983, pp. 1038 ss.; G. FIANDACA, *L'associazione di tipo mafioso nelle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 1985, V, pp. 301 ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, ESI, Napoli, 1995; G. NEPPI MODONA, *Il reato di associazione mafiosa*, in *Dem. e dir.*, 1983, pp. 49 ss.

⁹ Si tratta di un'espressione particolarmente felice riconducibile a COMMISSIONE PARLAMENTARE DI INCHIESTA SUL FENOMENO DELLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA MAFIOSA O SIMILARE, *Relazione conclusiva approvata nella seduta del 19 febbraio 2008*, p. 19, nell'ambito della quale, a proposito della strutture economiche complesse di cui sempre più frequentemente si avvalgono le organizzazioni mafiose presenti nel territorio del nostro Paese e della "catena di montaggio" dell'illecito penale richiamata nel testo, si afferma: «Le strutture economiche complesse di cui necessitano le organizzazioni mafiose sono, talvolta, parte integrante delle stesse associazioni criminali e costituiscono settori dedicati alla specifica esigenza, come in una immaginaria "catena di montaggio" dell'illecito che parte dal concepimento dell'attività delittuosa e si conclude con il godimento *alla luce del sole* dei beni frutto di tale attività; talvolta, invece, imprenditori e criminali si trovano stretti in un connubio scellerato in cui ciascuno gode dei vantaggi offerti dall'altro [...]».

Infatti, i soggetti coinvolti in questo ambito concorsuale sono collegati al sodalizio criminale mediante incentivi sia materiali sia simbolici, che prescindono dalla stabilità e dalla frequenza dei rapporti, alimentando interazioni reciprocamente vantaggiose e legami che arrivano al punto di consentirgli di svolgere un ruolo attivo o addirittura preminente nel progetto criminale. Si comprende, allora, come non è agevole affrontare in termini di mera tassatività il problema della responsabilità penale dei soggetti coinvolti, senza essere associati, nel modello attuato dal sodalizio criminale, assumendo il loro contributo rilevanza solo nella relazione interpersonale con gli altri soggetti che sono presenti in quel contesto associativo.

Tutto questo consegue al fatto che le forme di contiguità criminale si alimentano attraverso azioni dinamiche difficilmente inquadrabili secondo le fattispecie associative, assumendo posizioni di sempre maggiore intraprendenza allo scopo di rispondere con prontezza alle sollecitazioni provenienti dall'ambiente socio-economico circostante. Il concorrente eventuale, infatti, si inserisce in un ambiente criminale modellato sulle strategie di controllo di una determinata consorterìa – particolarmente evidente nelle ipotesi di rapporti tra esponenti politici e criminalità organizzata – rispetto al quale, secondo la Suprema Corte, occorre la consapevolezza dell'esistenza e delle caratteristiche del suddetto sodalizio nonché dalla volontà di contribuire al conseguimento dei suoi scopi in un determinato momento della sua evoluzione¹⁰.

In questa prospettiva interpretativa, il concorrente eventuale in un reato associativo partecipa di questo complesso modello criminale stabilendo con la consorterìa un rapporto di cointeressenza basato sulla cooperazione e sulla stabilità delle relazioni che la alimenta. In tale ambito, deve essere esaminata la multiforme gamma di prestazioni che il concorrente eventuale può fornire a un'organizzazione criminale, stabilendo relazioni funzionali che dipendono dalla sua attività professionale, dal suo prestigio sociale e dalle opportunità offerte in relazione alle strategie di controllo dell'ambiente socio-economico di riferimento, che potranno essere valutate solo in una prospettiva processuale che tenga conto della dimensione organizzativa del sodalizio.

Tuttavia, un apporto di questo tenore è indiscutibilmente atipico e non è sovrapponibile alla condotta tipica del partecipe, con la conseguenza che, per concludere che in queste ipotesi non è punibile il contributo concorsuale, si dovrebbe dimostrare che non si può contribuire con una condotta atipica alla realizzazione della condotta tipica prevista dall'art. 416-*bis* cod. pen.

Tale opzione favorevole al concorso eventuale nell'associazione di tipo mafioso, fondata sul riconoscimento della sanzionabilità dell'atipicità dell'apporto concorsuale, già recepita dalla giurisprudenza di legittimità affermatasi nella seconda metà degli anni Ottanta, trovava la sua definitiva consacrazione nell'orientamento ermeneutico affermatosi in seno alle Sezioni unite della Suprema Corte con la sentenza n. 16 del 5

¹⁰ Si vedano Cass., Sez. 1, n. 32820 del 02/03/2012 (dep. 21/08/2012), Battaglia, Rv. 253740; Cass., Sez. 5, n. 4893 del 16/03/2000 (dep. 20/04/2000), Frasca, Rv. 215963.

ottobre 1994, con la quale veniva chiusa una prima stagione dell'evoluzione esegetica di questa figura concorsuale¹¹.

Questo passaggio è fondamentale per il consolidamento dell'opzione ermeneutica favorevole alla configurabilità del concorso eventuale, fondata sull'assunto che non si può pretendere che chi vuole fornire un contributo senza fare parte dell'associazione, offrendo una condotta atipica e mettendo a disposizione «il suo apporto staccato, avulso, indipendente dalla stabilità della organizzazione»¹² sia esentato da censura penale per il solo fatto di non essere affiliato alla consorceria mafiosa. Tutto questo comporta, sul piano dell'elemento soggettivo, che il concorrente eventuale non vuole fare parte dell'associazione mafiosa eppure contribuisce alla sua esistenza sul territorio, non potendosi dubitare del fatto che «se la sua è una condotta atipica, vorrà la sua condotta e non la condotta di far parte dell'associazione che è la condotta tipica del partecipe»¹³.

In questa cornice, non si può richiedere che il concorrente eventuale voglia fare parte dell'associazione e intenda realizzare il suo programma, essendo sufficiente che abbia la consapevolezza che altri ne facciano parte agendo con la volontà di perseguirne le finalità e contribuendo in questo modo al rafforzamento degli obiettivi di tale sodalizio, ponendo in essere un comportamento che comunque deve possedere una connotazione valutabile in termini di "straordinarietà" o, utilizzando le stesse parole delle Sezioni unite, in termini di "fibrillazione"¹⁴.

Sotto questo profilo, si ritiene utile richiamare il passaggio della sentenza nella quale le Sezioni unite si soffermano a considerare il significato della condotta di fibrillazione, che ha finito per riassumere, nel corso degli anni, il senso di tale posizione ermeneutica. Nella pronuncia di legittimità in esame, in particolare, si affermava che «il concorrente eventuale è [...] colui che non vuole far parte della associazione e che l'associazione non chiama a "far parte", ma, al quale si rivolge sia, ad esempio, per colmare temporanei vuoti in un determinato ruolo, sia, soprattutto [...] nel momento in cui la "fisiologia" dell'associazione entra in fibrillazione, attraversa una fase patologica, che, per essere superata, esige il contributo temporaneo, limitato, di un esterno»¹⁵.

¹¹ Si veda Cass., Sez. un., n. 16 del 05/10/1994 (dep. 28/12/1994), Demitry, Rv. 199386; su questa pronuncia si vedano anche i commenti di G. INSOLERA, *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di stato e gli inganni della dogmatica*, in *Foro it.*, 1995, 7, pp. 422 ss.; F.M. IACOVIELLO, *Il concorso eventuale nel delitto di partecipazione ad associazione per delinquere*, in *Cass. pen.*, 1995, pp. 842 ss.

¹² Si veda Cass., Sez. un., n. 16 del 05/10/1994 (dep. 28/12/1994), Demitry, cit., § 5.

¹³ Si veda Cass., Sez. un., n. 16 del 05/10/1994 (dep. 28/12/1994), Demitry, cit., § 5.

¹⁴ In questo senso, si veda F.M. IACOVIELLO, *Il concorso eventuale in associazione mafiosa*, cit., p. 264, che, a proposito del modello fibrillazionista, osserva criticamente: «Di qui nasce quella strana *teoria della fibrillazione*: la condotta del concorrente eventuale è qualcosa di veramente straordinario, che salva l'associazione mafiosa da un momento di crisi acuta. La condotta del concorrente eventuale acquista in intensità ciò che perde in durata: consisterà pure in un solo contributo episodico, ma si tratterà di un contributo di straordinaria efficacia salvifica. Per tale contributo la mafia sarà sempre grata al concorrente eventuale e [...] lo rende *partecipe honoris causa*».

¹⁵ Si veda Cass., Sez. un., n. 16 del 05/10/1994 (dep. 28/12/1994), Demitry, cit., § 6.

Tutto questo, naturalmente, non vuol dire che il concorrente eventuale di un reato associativo non voglia il suo contributo e non si renda conto che questo gli viene richiesto per agevolare la consorceria, ma, più semplicemente, che «il concorrente eventuale, pur consapevole di ciò, pur consapevole di agevolare, con quel suo contributo, l'associazione, può disinteressarsi della strategia complessiva di quest'ultima, degli scopi che la stessa si propone di conseguire»¹⁶.

Il concorrente eventuale, dunque, non vuole fare parte del sodalizio, che gli si rivolge sia per fare fronte a temporanee difficoltà in un determinato ambito organizzativo, sia nel momento in cui l'andamento fisiologico della vita consortile entra in fibrillazione, attraversando una fase critica che, per essere superata, impone l'apporto «temporaneo, limitato, di un esterno»¹⁷.

Ne discende che, attraverso la figura del concorrente eventuale, le organizzazioni criminali – non necessariamente mafiose – puntano ad aumentare la loro sfera di influenza sull'area territoriale dove sono radicate, acquisendo in tale ambito posizioni dominanti, che del resto costituiscono una finalità espressamente riconosciuta dalla stessa fattispecie dell'art. 416-*bis* cod. pen. In questo modo, si alimenta un circuito criminale perverso, in conseguenza del quale si determina il consolidamento delle strategie criminali di controllo di strati sempre più ampi del tessuto socio-economico, al contempo indebolendo i soggetti imprenditoriali di quell'area geografica, rendendoli preda degli appetiti illeciti delle consorterie mafiose presenti su quel territorio e predisponendo tutti gli strumenti per l'affermazione del proprio monopolio illecito su quell'area geografica.

Ne deriva che il comportamento dei concorrenti eventuali con i quali un'organizzazione criminale stabilisce relazioni di contiguità costituisce un'attività di supporto alla realizzazione delle sue strategie consortili che deve essere sanzionata con pene adeguate alla gravità di tali comportamenti, a condizione che di tali condotte sia colta la relazione funzionale esistente tra il contributo del singolo affiliato e la sfera di operatività della consorceria.

In altri termini, i concorrenti eventuali rappresentano il terminale operativo di complesse strategie criminali che dissimulano presentandosi non come prestanome o come soggetti che fiancheggiano il sodalizio criminale, quanto piuttosto come individui in apparenza svincolati dagli interessi della consorceria e che sono presenti nel tessuto socio-economico in modo apparentemente lecito. Attraverso questo reticolo operativo, si affermano le logiche perverse delle organizzazioni criminali nostrane – non ricomprendendo in questo ambito le sole consorterie mafiose – che soffocano la concorrenza di mercato e inquinano la pubblica amministrazione, imponendo tali strategie monopolistiche in tutti gli spazi imprenditoriali oggetto delle loro attenzioni¹⁸.

¹⁶ Si veda Cass., Sez. un., n. 16 del 05/10/1994 (dep. 28/12/1994), Demitry, cit., § 5.

¹⁷ Si veda Cass., Sez. un., n. 16 del 05/10/1994 (dep. 28/12/1994), Demitry, cit., § 6.

¹⁸ In questo senso, ci sembra opportuno il riferimento alle conclusioni raggiunte da CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Criminalità organizzata ed economia illegale*, cit., p. 54, dove, a proposito della necessità di rinnovare profondamente i modelli di analisi dei fenomeni criminali mafiosi, si afferma: «Dunque, il problema fondamentale che si pone a chi voglia favorire lo sviluppo di imprese, in una situazione come

Da questo punto di vista, se l'obiettivo di una tale strategia di infiltrazione criminale è quello rendersi meno visibile alle istituzioni di contrasto, i tentativi di ridurre a unità le complesse dinamiche operative dell'attuale assetto operativo delle organizzazioni criminali nostrane rappresenta un'operazione per nulla agevole e probabilmente irrisolvibile ricorrendo al solo modello partecipativo riconducibile alle fattispecie associative.

3. Il superamento del modello fibrillazionista e l'ulteriore approdo ermeneutico delle Sezioni unite: la sentenza n. 22327 del 30 ottobre 2002.

Nella prospettiva ermeneutica che si è ricostruita nel paragrafo precedente, il rapporto di cooperazione che si instaura tra la consorceria criminale e il concorrente eventuale si concretizza in una pluralità di prestazioni coordinate, finalizzate a rafforzare o a salvaguardare il programma associativo del sodalizio.

Questo rapporto di cooperazione si instaura in assenza di un'affiliazione formale del concorrente eventuale e si estrinseca attraverso una pluralità di condotte che non possono essere esentate da sanzione, rappresentando un pericolo elevato per l'ordine pubblico, a meno di non lasciare per questi comportamenti un'area di impunità o ricondurli artificialmente nell'ambito partecipativo disciplinato dalle fattispecie associative. Sotto questo profilo, occorre ribadire che l'assenza di affiliazione del concorrente eventuale impedisce di applicare nei suoi confronti il reato associativo, imponendo di individuare modelli sanzionatori di tali condotte – cooperative senza essere associative – che diversamente non risultano punibili.

Partendo da queste posizioni ermeneutiche, le Sezioni unite, con la sentenza n. 22327 del 30 ottobre 2002, giungevano a considerare il concorrente eventuale di un'associazione di tipo mafioso come il soggetto che fornisce un apporto funzionale, stabile o saltuario ma sempre consapevole, attraverso il quale il sodalizio punta al raggiungimento dei suoi scopi illeciti e al perseguimento del suo programma associativo, senza che sia necessario un intervento decisivo per la vita della consorceria. Questa impostazione ha aperto la strada a una vasta gamma di possibili condotte concorsuali, non inquadrabili secondo il modello fibrillazionista, che vanno da quelle di coloro ai quali sono stati affidati compiti di maggiore responsabilità strategica o che

quella meridionale, consiste proprio nell'abbattere queste barriere iniziali ed improprie». E ancora: «L'esistenza di meccanismi regolatori di tipo mafioso, come la delimitazione di territori, l'imposizione di clientele o di turni nell'aggiudicazione di appalti pubblici, si riflette in definitiva sui consumatori e sulla collettività, in quanto i primi finiscono per acquistare prodotti di più bassa qualità ad un prezzo maggiorato e la collettività finisce con il pagare a costi più alti le opere pubbliche finanziate dallo Stato». E infine: «Un ulteriore danno subiscono, infine, gli imprenditori concorrenti, poiché il "cartello" creato dalle imprese mafiose [...] è un ostacolo formidabile per gli esterni che volessero entrare in quel determinato settore economico-imprenditoriale».

contribuiscono al consolidamento sul territorio del sodalizio a quelle di coloro che hanno responsabilità minori o comunque modeste rispetto al programma associativo¹⁹.

Resta, in ogni caso, il dato insormontabile rappresentato dal fatto che, se il concorrente eventuale non aderisce all'associazione, non fa parte della sua struttura associativa e non può essere ritenuto responsabile della permanenza del vincolo di affiliazione, limitandosi a mettere a disposizione degli affiliati il suo apporto concorsuale che, non essendo stabile, deve consentire ai consociati di continuare a dare vita alla loro condotta illecita tipica.

Si tratta, allora, di individuare il livello di intensità o di qualità idoneo a considerare l'apporto concorsuale come concorso nel reato associativo, precisandosi che non ogni contributo fornito all'associazione può rientrare in quanto tale nell'ambito applicativo del concorso eventuale. Ne deriva che il concorrente eventuale, attesa la sua estraneità all'organizzazione criminale strutturata secondo il modello normativo dell'art. 416-bis c.p. – ma il discorso può essere esteso a tutti i sodalizi organizzati in forma strutturata sulla base dei rilievi che si sono esposti – deve adottare un comportamento delittuoso, tale per cui il contributo richiesto «deve poter essere apprezzato come idoneo, in termini di concretezza, specificità e rilevanza»²⁰.

Ne discende che non può assumere un peso probatorio decisivo la circostanza che sia stata posta in essere un'attività continuativa o comunque ripetuta ovvero un intervento occasionale e non istituzionalizzato. Infatti, sia che si tratti di un'attività continuativa o ripetuta nel tempo sia che si tratti di una singola prestazione, dovrà verificarsi, attraverso le regole e gli strumenti dell'argomentare processuale, quale grado di interazione funzionale possieda «la pluralità o l'unica attività posta in essere, per il grado di concretezza e specificità che la distingue»²¹.

Delineati i connotati del contributo richiesto al concorrente eventuale è evidente che non si possono ricondurre in questo ambito applicativo le condotte di contiguità compiacente, di vicinanza o di disponibilità nei riguardi del sodalizio o di suoi esponenti, se a questi atteggiamenti non si accompagnino attività concrete che abbiano fornito uno o più contributi suscettibili di produrre un apporto materiale di rafforzamento o di consolidamento al programma dell'organizzazione criminale.

In questa prospettiva, il contributo del concorrente eventuale rappresenta l'espressione di un comportamento strumentale alla realizzazione del fatto costitutivo del reato, con la piena consapevolezza nel caso dell'agente di fornire «un contributo che “sa” e “vuole” sia diretto alla realizzazione, magari anche parziale, del programma criminoso del sodalizio»²², che naturalmente deve essere valutato indipendentemente

¹⁹ Si veda Cass., Sez. un., n. 22327 del 30/10/2002 (dep. 21/05/2003), Carnevale, Rv. 224181, § 4.7; su questa pronuncia si vedano anche i commenti di V. CONTE, *Concorso esterno nel reato d'associazione mafiosa ex art. 416 bis. C.P.*, in *Il nuovo dir.*, 2004, pp. 179 ss.; G. DENORA, *Sulla qualità di concorrente “Esterno” nel reato di associazione di tipo mafioso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pp. 479 ss.

²⁰ Si veda Cass., Sez. un., n. 22327 del 30/10/2002 (dep. 21/05/2003), Carnevale, cit., § 4.7.

²¹ Si veda Cass., Sez. un., n. 22327 del 30/10/2002 (dep. 21/05/2003), Carnevale, cit., § 4.7.

²² Si veda Cass., Sez. un., n. 22327 del 30/10/2002 (dep. 21/05/2003), Carnevale, cit., § 4.7.

dai singoli reati e dagli affiliati del sodalizio, con i quali non deve necessariamente entrare stabilmente in contatto²³.

Ne discende che la responsabilità penale per il contributo fornito dal concorrente eventuale in un reato associativo si concretizza in un apporto che deve essere causale rispetto all'attività delittuosa della consorterìa criminale e al suo programma, alla cui esistenza può dunque contribuire in termini di stabilità e di affiliazione ovvero di eventualità e di estraneità.

In questi termini, la responsabilità penale per il contributo fornito dal concorrente eventuale a un'associazione di tipo mafioso, nella prospettiva esegetica delineata dalle Sezioni unite, è rappresentata dalla piena consapevolezza di contribuire con il proprio apporto a un'attività illecita svolta in forma associata di cui il soggetto attivo del reato conosce gli obiettivi generali e la struttura associativa, pur senza volervi aderire formalmente. Ne consegue che, attraverso la clausola generale prevista dell'art. 110 cod. pen., si attribuisce alle fattispecie associative una responsabilità di carattere generale per l'apporto concorsuale che il soggetto fornisce al gruppo criminale, senza esserne affiliato e nella consapevolezza di tale estraneità²⁴.

Sul punto, si ritiene indispensabile richiamare nella sua interezza il passaggio della decisione in esame in cui si afferma: «L'art. 110 c.p. consente di assegnare rilevanza penale appunto a condotte diverse da quella tipica e ciò nondimeno necessarie o almeno utili, strumentali alla consumazione del reato. D'altra parte le norme sul concorso di persone nel reato sono di carattere generale e come tali possono essere applicate a qualsiasi ipotesi di reato, e questo rilievo è valido anche per le ipotesi di reato "associativo", dove il modello legale già prevede la partecipazione di più soggetti»²⁵.

Appare, dunque, evidente la funzione di estensione della punibilità del concorso eventuale nel reato associativo – che fondandosi sull'applicazione della clausola generale dell'art. 110 cod. pen. non può essere evidentemente limitato alla sola fattispecie dell'art. 416-*bis* cod. pen. – che rappresenta uno strumento indispensabile per reprimere condotte illecite che, in astratto, non possono essere ricondotte a una fattispecie associativa e che pure appaiono meritevoli della censura penale, in ragione

²³ Si veda Cass., Sez. un., n. 22327 del 30/10/2002 (dep. 21/05/2003), Carnevale, cit.

²⁴ Si veda Cass., Sez. un., n. 22327 del 30/10/2002 (dep. 21/05/2003), Carnevale, cit.; su questi profili ermeneutici, si vedano, in senso conforme, le più recenti Cass., Sez. 2, n. 34147 del 30/04/2015 (dep. 04/08/2015), Agostino, Rv. 264624; Cass., Sez. 5, n. 2653 del 13/10/2015 (dep. 21/01/2016), Paron, Rv. 265926. Su questi temi, si veda la ricostruzione sistematica di S. ALEO, *Sistema penale e criminalità organizzata*, cit., p. 262, cit., che, a proposito della funzione di estensione della punibilità svolta dalla clausola generale dell'art. 110 cod. pen., osserva: «Questa disciplina ha la funzione essenziale di "assimilazione" alla responsabilità del reato dei comportamenti che ne costituiscono un contributo alla realizzazione e sono tuttavia diversi dalla rappresentazione del modello normativo, non sono "tipici". La disciplina è parimenti configurabile in relazione ai reati a concorso necessario, per i comportamenti appunto diversi da quelli che costituiscono il modello normativo di parte speciale».

²⁵ Si veda Cass., Sez. un., n. 22327 del 30/10/2002 (dep. 21/05/2003), Carnevale, cit., § 4.3.

del fatto che in queste ipotesi l'agente non fa parte del consesso, non intende farvi parte e non può essere considerato in alcun modo un affiliato del sodalizio²⁶.

Occorre, dunque, ribadire che la figura del concorso eventuale nei reati associativi assolve a un'insostituibile funzione di qualificazione giuridica, rappresentata dalla necessità di attribuire rilevanza penale – grazie all'applicazione della clausola generale dell'art. 110 cod. pen. – a quelle condotte che si caratterizzano per l'assenza di una relazione con l'associazione e per l'eventualità del loro apporto contributivo. Né potrebbe essere diversamente, se si considera che la struttura di un'organizzazione criminale si sostanzia in una pluralità di relazioni, interne ed esterne, al sodalizio in base alle quali si stabilizzano e si alimentano i rapporti tra i vari componenti della stessa consorterìa.

In questa cornice, il definitivo superamento del modello fibrillazionista in tema di concorso eventuale è sintetizzato dal seguente passaggio della sentenza in esame: «Devesi, a giudizio della Corte, confermare il principio secondo il quale in tema di associazione di tipo mafioso è configurabile il concorso "esterno", con la precisazione 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»²⁷.

4. L'approdo ermeneutico definitivo delle Sezioni unite: la sentenza n. 33748 del 12 luglio 2005.

Come si è detto, i problemi di delimitazione dell'area dell'illecito penale in tema di reati associativi assumono una rilevanza centrale rispetto al tema della responsabilità nelle organizzazioni mafiose con un forte radicamento territoriale, per le quali occorre osservare come maggiore è il radicamento tanto più ampi si rivelano gli spazi di contiguità punibili con il ricorso alla clausola generale prevista dall'art. 110 cod. pen.²⁸

Tutto questo è la conseguenza del fatto che le organizzazioni criminali nostrane sono diventate sempre più complesse, trovando nuovo alimento anche in ambienti non delinquenziali, con cui hanno finito per intrattenere multiformi rapporti. Rispetto a consorterie di questo genere, non si può immaginare un'azione di contrasto efficace che non si proponga di recidere i legami con gli ambienti sociali che le sostengono e con la rete di connivenze che le supporta dall'esterno.

²⁶ Si veda Cass., Sez. un., n. 22327 del 30/10/2002 (dep. 21/05/2003), Carnevale, cit.

²⁷ Si veda Cass., Sez. un., n. 22327 del 30/10/2002 (dep. 21/05/2003), Carnevale, cit., § 4.

²⁸ Questa posizione ermeneutica è stata da ultimo richiamata nell'Ordinanza di restituzione degli atti del Primo Presidente della Corte di cassazione del 13/10/2016, relativa al ricorso iscritto al n. 20609/16 R.G.; vedi *infra* § 6.

Trova, in questo modo, conferma l'assunto secondo cui non è possibile inquadrare le dinamiche di un'organizzazione criminale se non si è compreso che nelle fattispecie associative il disvalore della condotta illecita non si sostanzia tanto nel collocarsi all'interno o all'esterno del sodalizio, quanto piuttosto nel contributo che si fornisce alle consorterie e al rafforzamento funzionale della rete di connivenze che li sostiene. Tali considerazioni appaiono sintetizzate nella sentenza n. 33748 del 12 luglio 2005 che costituisce il punto di approdo più aggiornato della giurisprudenza di legittimità, oltre che, allo stato, definitivo²⁹.

Con quest'ultimo arresto la Suprema Corte si è attestata su posizioni vicine a quelle esigenze di flessibilità repressiva emerse nel corso degli anni Ottanta, ammettendo la figura del concorso eventuale, ma vincolandola allo statuto della causalità, pur rendendosi conto delle difficoltà di accertare il «nesso condizionalistico tra la condotta stessa e la realizzazione del fatto di reato, come storicamente verificatosi, *hic et nunc*, con tutte le sue caratteristiche essenziali, soprattutto laddove questo rivesta dimensione plurisoggettiva e natura associativa»³⁰. Naturalmente, trattandosi di un accertamento processuale che svolge una funzione selettiva delle condotte penalmente rilevanti, è necessario che il contributo atipico sia effettivamente idoneo ad aumentare la probabilità o il rischio di realizzazione del reato, escludendone la rilevanza laddove si riveli «con giudizio *ex post*, ininfluente o addirittura controproducente per la verifica dell'evento lesivo»³¹.

Volendo tirare le fila del discorso, si consideri che, fin dagli anni Ottanta, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto ammissibile il concorso eventuale nel reato associativo, arrivando ad ammetterlo, già a partire dal 1994, a condizione che sussista una situazione per cui il perseguimento degli scopi consortili debba apparire gravemente compromesso o per converso possa uscire significativamente rafforzata dall'apporto fornito dal concorrente eventuale, che doveva comunque possedere i connotati della straordinarietà³².

Con il passare degli anni, questo orientamento giurisprudenziale si è consolidato, rivelandosi il concorso eventuale uno strumento indispensabile nel contrasto alla criminalità organizzata presente sul territorio nazionale. E sono proprio i successi nel contrasto al crimine organizzato – soprattutto riscontrabili con riferimento a *Cosa Nostra* – a consentire che questa figura di elaborazione giurisprudenziale,

²⁹ Si veda Cass., Sez. un., n. 33748 del 12/07/2005 (dep. 20/09/2005), Mannino, Rv. 231672.

³⁰ Si veda Cass., Sez. un., n. 33748 del 12/07/2005 (dep. 20/09/2005), Mannino, cit., § 4.

³¹ Si veda Cass., Sez. un., n. 33748 del 12/07/2005 (dep. 20/09/2005), Mannino, cit., § 4.

In dottrina, sulla necessità di un siffatto accertamento giurisdizionale, in precedenza, si era espresso C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., p. 325, che sottolinea la necessità che la relazione di contiguità mafiosa tra un soggetto e una consorte criminale strutturata nelle forme previste dall'art. 416-bis cod. pen. fosse oggetto di una verifica *ex post*, affermando che «l'accertamento *ex post* dell'effetto di rafforzamento connesso alla prestazione del concorrente esterno potrà tendenzialmente fare a meno della verifica del risultato "finale" oggetto di aspettativa da parte dell'associazione, in tutti i casi nei quali già l'esecuzione della prestazione promessa sia in grado di produrre effetti positivi per il sodalizio mafioso [...]».

³² Si veda Cass., Sez. un., n. 16 del 05/10/1994 (dep. 28/12/1994), Demitry, cit.

nonostante le pressioni di una parte autorevolissima del mondo scientifico volte a una sua soppressione o a una sua tipizzazione³³, restasse immutata nella configurazione datane dalla giurisprudenza di legittimità definitivamente affermata nel corso degli anni Novanta, con alcuni correttivi riconducibili al secondo intervento regolativo delle Sezioni unite³⁴, che determinavano il superamento del modello fibrillazionista.

A questo proposito, è opportuno sottolineare che la Corte di cassazione, nel ribadire l'ammissibilità della figura del concorso eventuale, muove dalla premessa che, in questo caso, l'apporto concorsuale è il frutto di una condotta atipica, che non è tipizzabile così come non è tipizzabile ogni altra condotta concorsuale. Né potrebbe essere diversamente, atteso che la clausola generale dell'art. 110 cod. pen. non consente di ipotizzare soluzioni alternative, come sostenuto da Francesco Mauro Iacoviello, che afferma: «Ci piaccia o no, il concorso esterno dobbiamo tenercelo. Finché ci sarà l'art. 110 c.p., ci sarà il concorso esterno. Anzi, sarà anche il caso di abbandonare l'aggettivo "esterno", immaginifico certo ma giuridicamente improprio: dunque, *concorso eventuale in associazione mafiosa*»³⁵.

Questa figura, dunque, si collega all'esistenza dell'associazione criminale al cui consolidamento contribuiscono i suoi affiliati, senza che ciò si ponga in termini di incompatibilità con l'eventuale apporto non preventivato di un soggetto estraneo alla struttura associativa, che può intervenire con effetti positivi o addirittura decisivi per la vita della stessa consorteria. Ne consegue che non contrasta con la natura permanente del reato associativo la circostanza che la manifestazione della volontà del concorrente eventuale possa esaurirsi nel momento stesso della sua espressione, dovendosi valutare la medesima in termini causali rispetto alla dimensione della consorteria considerata³⁶.

Per comprendere questo aspetto dell'orientamento ermeneutico in esame occorre passare in rassegna il passaggio della sentenza nella quale le Sezioni unite si soffermano a valutare l'atteggiamento soggettivo del concorrente eventuale che dovrà essere riscontrato attraverso una verifica probatoria eseguita *ex post*, attraverso le regole tipiche dell'argomentare processuale. In questo passaggio, in particolare, si

³³ La posizione esegetica richiamata nel testo è espressa da C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., pp. 489-490, nel cui studio monografico si propugna una costruzione teorica che rappresenta la punta più avanzata dell'opzione di tipizzazione del concorso eventuale nei reati associativi del panorama nostrano. Esempio, da questo punto di vista, è il passaggio in cui l'Autore, a proposito delle difficoltà di tipizzazione delle figure di contiguità mafiosa, osserva: «Lo stesso fatto che la medesima dottrina non si cimenti in proposte più dettagliate, volte ad esemplificare un modello articolato di disciplina differenziata delle diverse forme di contiguità penalmente rilevanti, lascia supporre che verosimilmente a tutt'oggi sussiste una oggettiva difficoltà a individuare nuclei omogenei di condotte di contiguità talmente differenziati l'uno dall'altro, sotto il profilo socio-criminologico, delle modalità di azione o della meritevolezza della pena, da giustificare la rispettiva trasfusione in fattispecie *ad hoc* [...]».

³⁴ Si veda Cass., Sez. un., n. 22327 del 30/10/2002 (dep. 21/05/2003), Carnevale, cit.

³⁵ La frase citata nel testo è estratta nel testo è estratta da F.M. IACOVELLO, *Il concorso eventuale in associazione mafiosa*, cit., p. 262, nel quale, tra l'altro, si afferma: «Certo è però che mentre gli altri concorsi eventuali vengono accettati senza molti problemi, il c.d. concorso esterno fa spesso storcere il naso ai buongustai del diritto penale [...]».

³⁶ Si veda Cass., Sez. un., n. 33748 del 12/07/2005 (dep. 20/09/2005), Mannino, cit., § 6.

afferma: «Quanto al momento rappresentativo ed a quello volitivo dell'elemento soggettivo del reato, si è già detto che il dolo deve investire sia il fatto tipico oggetto della previsione incriminatrice sia il contributo causale recato dalla propria condotta alla conservazione o al rafforzamento dell'associazione mafiosa, ben sapendo e volendo il concorrente esterno che il suo apporto è diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso del sodalizio [...]»³⁷.

In questa prospettiva, in linea con il precedente regolativo delle Sezioni unite³⁸, si è ribadito che non è necessario che la crisi dell'organizzazione sia o sembri irreversibile, al contrario di quanto in precedenza affermato³⁹, perché è ritenuto un contributo concorsuale eventuale rilevante anche quello del soggetto che agevola il superamento di una difficoltà occasionale del sodalizio ovvero che ne determini semplicemente il consolidamento, senza dovere ipotizzare che, in assenza di un siffatto intervento, la consorterìa debba cadere in uno stato di crisi strutturale⁴⁰.

Ne discende che l'ambito di applicazione del concorso eventuale nei reati associativi, nell'approdo giurisprudenziale delle Sezioni unite, è stato ridefinito in una prospettiva garantista, atteso che la fattispecie concorsuale può sussistere anche a prescindere dal verificarsi di una situazione di anormalità della vita associativa, ma deve sicuramente escludersi nelle ipotesi in cui si appalesi ininfluenta o controproducente per la verifica dell'evento lesivo. Quello che occorre, dunque, è che il contributo concorsuale si ponga in termini di utilità rispetto alla conservazione del vincolo associativo, valutabile in una prospettiva di efficienza causale dell'attività di sostegno per la conservazione o il rafforzamento della struttura organizzativa⁴¹.

Naturalmente, non può essere attribuita rilevanza decisiva alla circostanza che sia posta in essere un'attività continuativa ovvero occasionale, perché quello che assume rilievo è la verifica probatoria *ex post* del grado di concretezza e di specificità dell'apporto concorsuale, in termini di idoneità ad assicurare la permanenza o il rafforzamento del vincolo associativo.

Per comprendere questo aspetto dell'orientamento ermeneutico in esame occorre richiamare il passaggio nel quale le Sezioni unite si soffermavano sull'efficienza causale della condotta dell'esponente politico siciliano, di cui si assumeva il contributo concorsuale rispetto a *Cosa Nostra*, affermando: «Ed invero, la promessa e l'impegno del politico [...] in tanto assumono veste di apporto dall'esterno alla conservazione o al rafforzamento dell'associazione mafiosa, rilevanti come concorso eventuale nel reato, in quanto, all'esito della verifica probatoria *ex post* della loro efficacia causale e non già

³⁷ Si veda Cass., Sez. un., n. 33748 del 12/07/2005 (dep. 20/09/2005), Mannino, cit.; su questi profili ermeneutici, si veda, in senso conforme, la più recente Cass., Sez. 5, n. 15727 del 09/03/2012 (dep. 24/04/2012), Dell'Utri, Rv. 252330.

³⁸ Si veda Cass., Sez. un., n. 22327 del 30/10/2002 (dep. 21/05/2003), Carnevale, cit.

³⁹ Si veda Cass., Sez. un., n. 16 del 05/10/1994 (dep. 28/12/1994), Demitry, cit.

⁴⁰ Si veda Cass., Sez. un., n. 33748 del 12/07/2005 (dep. 20/09/2005), Mannino, cit.

⁴¹ Si veda Cass., Sez. un., n. 33748 del 12/07/2005 (dep. 20/09/2005), Mannino, cit.; su questi profili ermeneutici, si veda anche, in senso conforme, la più recente Cass., Sez. 5, n. 18132 del 13/04/2016 (dep. 02/05/2016), Trematerra, Rv. 266907.

mediante una mera valutazione prognostica di idoneità *ex ante* [...], si possa sostenere che, di per sé, abbiano inciso immediatamente ed effettivamente sulle capacità operative dell'organizzazione criminale, essendone derivati concreti vantaggi o utilità per la stessa o per le sue articolazioni settoriali coinvolte dall'impegno assunto»⁴².

In buona sostanza, per configurare un concorso eventuale nel reato di cui all'art. 416-*bis* cod. pen., è necessario che ci si trovi di fronte a specifici contributi che siano adeguati a determinare una situazione di consolidamento o di rafforzamento del vincolo associativo, che dovranno essere valutati attraverso una verifica probatoria eseguita *ex post*. Ne consegue che non ogni apporto può essere valutato nella dimensione concorsuale, ma solo quei contributi valutabili in relazione alle finalità e al programma associativo concretamente perseguiti dal sodalizio criminale, rispetto ai quali risultano causalmente efficienti.

In ipotesi di questo genere, quello che conterà effettivamente non è tanto la disponibilità del concorrente eventuale a supportare con le sue condotte l'attività e la sfera di operatività dell'organizzazione mafiosa strutturata secondo il modello prefigurato dall'art. 416-*bis* cod. pen., quanto piuttosto la causalità di tale contributo, che dovrà corrispondere ai parametri applicativi evidenziati a proposito dell'idoneità di tali condotte ad apportare un beneficio alla consorceria criminale e a fare maturare nei singoli affiliati la consapevolezza di contare su un apporto fornito da un soggetto estraneo al sodalizio.

D'altra parte, l'applicabilità della figura del concorso eventuale nel reato associativo dovrà ipotizzarsi tanto nel caso in cui l'apporto concorsuale sia esternato nei confronti dell'organizzazione criminale intesa nel suo complesso quanto nel caso in cui lo stesso si rivolga specificamente nei confronti di uno o più affiliati in considerazione del fatto che, in entrambi i casi, si tratterà di valutare la rilevanza del contributo rispetto alla struttura associativa del sodalizio, che potrà essere ritenuto penalmente rilevante anche in relazione a una sola condotta, se causalmente efficiente.

In questa prospettiva, l'accertamento della responsabilità del concorrente eventuale non comporta difficoltà superiori a quelle che può comportare l'individuazione degli estremi della responsabilità penale nelle ipotesi di condotte poste in essere da un affiliato o la ricostruzione dei presupposti delle singole responsabilità individuali nel quadro dell'esercizio di attività complesse⁴³.

Naturalmente, questa tipologia di comportamenti illeciti deve ritenersi meglio valutabile quando si sostanzia in una pluralità di condotte reiterate nel tempo

⁴² Si veda Cass., Sez. un., n. 33748 del 12/07/2005 (dep. 20/09/2005), Mannino, cit., § 5.

⁴³ In questo senso, è utile richiamare le considerazioni di stringente attualità di C.F. GROSSO, *Le fattispecie associative: problemi dogmatici e di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, pp. 420-421, che, a proposito della compatibilità della figura del concorso eventuale con il sistema penale, afferma: «Oggi individuare un concorrente eventuale nel reato associativo in chi apporta dall'esterno un contributo causale al mantenimento o al rafforzamento della associazione non comporta di per sé una discrezionalità maggiore di quanto può comportarla, ad esempio, l'esigenza di accertare il rapporto casuale agli effetti della individuazione di una posizione di concorrente interno nel reato associativo, o una realizzazione di condotta idonea ed univoca agli effetti del tentativo, o ricostruire i presupposti delle singole responsabilità colpose individuali nel quadro dell'esercizio di attività complesse [...]».

finalizzate a favorire l'associazione nel perseguimento dei suoi scopi di affermazione strategica, in ragione del fatto che, in questo caso, l'attività posta in essere dal concorrente eventuale rafforzerà il vincolo associativo dell'organizzazione criminale, che potrà contare sull'apporto stabilizzato di un soggetto estraneo, ma in grado, con le sue azioni, di determinare un indiscutibile rafforzamento dello stesso sodalizio. In ipotesi di questo genere, l'apporto indiscutibilmente causale – e al contempo strumentale al perseguimento degli obiettivi consortili – del singolo contributo associativo che si considera consente di ricondurre tale condotta alla sfera di operatività della consorterìa criminale di riferimento, sulla base di quei parametri canonizzati dalla giurisprudenza di legittimità, che si sono posti a fondamento della nostra disamina processuale⁴⁴.

Soltanto recependo questa visione, infine, sarà possibile verificare l'effettiva rilevanza del contributo del concorrente eventuale in relazione agli scopi illeciti e agli obiettivi programmatici della consorterìa valutando se la sua condotta possa essere inquadrata nell'ambito della partecipazione associativa ovvero nell'ambito del concorso eventuale canonizzato dalla giurisprudenza di legittimità⁴⁵.

In altri termini, il partecipe di un'organizzazione criminale può essere definito, in senso dinamico e funzionale, come «colui che, risultando inserito stabilmente e organicamente nella struttura organizzativa dell'associazione mafiosa, non solo “è” ma “fa parte” della [...] stessa: locuzione questa da intendersi non in senso statico, come mera acquisizione di uno status, bensì in senso dinamico e funzionalistico, con riferimento all'effettivo ruolo in cui si è immessi e ai compiti che si è vincolati a svolgere perché l'associazione raggiunga i suoi scopi, restando a disposizione per le attività organizzate della medesima»⁴⁶.

Nella stessa prospettiva, deve essere inquadrato il comportamento del concorrente eventuale di un'organizzazione criminale, che può essere definito, secondo le Sezioni unite, come «il soggetto che, non inserito stabilmente nella struttura organizzativa dell'associazione mafiosa e privo dell'*affectio societatis* [...], fornisce tuttavia un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo, sempre che questo abbia un'effettiva rilevanza causale ai fini della conservazione o del rafforzamento delle capacità operative dell'associazione [...] e sia comunque diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso della medesima»⁴⁷.

⁴⁴ Si veda Cass., Sez. un., n. 33748 del 12/07/2005 (dep. 20/09/2005), Mannino, cit.

⁴⁵ Si veda Cass., Sez. un., n. 33748 del 12/07/2005 (dep. 20/09/2005), Mannino, cit.

⁴⁶ Si veda Cass., Sez. un., n. 33748 del 12/07/2005 (dep. 20/09/2005), Mannino, cit., § 4.

Su questi temi, si veda la ricostruzione di S. ALEO, *Sistema penale e criminalità organizzata*, cit., p. 262, che pone in evidenza la gamma multiforme di prestazioni che il concorrente eventuale può fornire a un'organizzazione mafiosa operante secondo il modello normativo prefigurato dall'art. 416-bis c.p., stabilendo relazioni funzionali che dipendono dalla sua attività professionale, dal suo prestigio sociale e dalle contingenze concrete, osservando che «il contributo personale alla dimensione organizzativa può anche essere diverso, che abbia, tuttavia, la connotazione della funzionalità, cioè della stabilità ovvero della permanenza *degli effetti* sulla dimensione organizzativa della medesima, considerata in generale, e realizzata attraverso il complesso dei comportamenti dei componenti la struttura organizzativa».

⁴⁷ Si veda Cass., Sez. un., n. 33748 del 12/07/2005 (dep. 20/09/2005), M., cit., § 4.

5. La riproposizione di dubbi ermeneutici sulla configurabilità del concorso eventuale nei reati associativi: la sentenza n. 44193 dell'11 ottobre 2016.

Il quadro ermeneutico consolidato da un decennio che si è descritto nei paragrafi precedenti ha subito un recente riassetto, confermativo della posizione ermeneutica delle Sezioni unite, con la sentenza n. 44193 dell'11 ottobre 2016, sulla quale, per la mirabile ricostruzione sistematica dei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario che è svolta in tale decisione, occorre soffermarsi⁴⁸.

Questa decisione trae origine da un incidente di esecuzione proposto nell'interesse del condannato che prendeva spunto dalla sentenza "Contrada"⁴⁹, emessa dalla Corte EDU che, com'è noto, aveva affermato una carenza di prevedibilità delle conseguenze penali delle condotte poste in essere dal Contrada tra il 1979 e il 1988 – rilevante ai sensi dell'art. 7 Conv. Eur. – per scarsa chiarezza delle norme applicate, posto che solo con la sentenza n. 16 del 5 ottobre 1994⁵⁰ le Sezioni unite avevano elaborato in senso compiuto la tesi della applicabilità delle norme sul concorso eventuale al reato associativo di stampo mafioso, risolvendo in tal senso il conflitto interpretativo sorto in precedenza.

Questi principi, secondo la difesa del ricorrente, dovevano essere applicati anche al suo assistito, atteso che la condanna definitiva emessa nei suoi confronti concerneva fatti di concorso esterno in associazione mafiosa avvenuti sino al 1992 – collocati nel tempo a far data dal 1974 – pacificamente antecedenti all'ottobre del 1994, nella quale intervenivano le Sezioni unite⁵¹.

Il caso, pertanto, era identico a quello già esaminato dalla Corte EDU in una decisione cui andava attribuita portata generale, posto che veniva evidenziato un problema dell'ordinamento interno di natura strutturale con effetti generali. In questa prospettiva, l'estensione degli effetti favorevoli della decisione "Contrada" al ricorrente risultava un atto dovuto, in virtù di quanto previsto dall'art. 46 Conv. Eur., come

⁴⁸ Si veda Cass., Sez. 1, n. 44193 dell'11/10/2016 (dep. 18/10/2016), Dell'Utri, Rv. 267861; questa decisione – che ci si permette di definire mirabile per la sua esaustività rispetto alla complessità dei temi affrontati – è stata preceduta dalla decisione Cass., Sez. 5, n. 2687 del 16/09/2015 (dep. 13/01/2016), Ciancio Sanfilippo, non mass.; tale pronuncia di legittimità, analogamente a quella che esamineremo in questo paragrafo, si colloca su una linea di continuità con la posizione ermeneutica delle Sezioni unite nell'ultimo decennio.

⁴⁹ Si veda Corte EDU, sent. 14 aprile 2015, Contrada contro Italia; in dottrina, si veda S. CIVELLO CONIGLIARO, [La Corte EDU sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso: primissime osservazioni alla sentenza Contrada](#), in *questa Rivista*, 4 maggio 2015; F. VIGANÒ, [Il caso contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU](#), in *questa Rivista*, 26 aprile 2016. Con tale sentenza è stata accertata dalla Corte EDU, nel giudizio interno definito nei confronti di Bruno Contrada con sentenza emessa il 25 febbraio del 2006 dalla Corte di appello di Palermo, divenuta irrevocabile l'8 gennaio 2008, l'avvenuta violazione dell'art. 7 Conv. Eur. con il correlato obbligo per lo Stato italiano di versare al Contrada la somma di euro 10.000,00 per il danno morale.

⁵⁰ Si veda Cass., Sez. un., n. 16 del 05/10/1994 (dep. 28/12/1994), Demitry, cit.

⁵¹ Si veda Cass., Sez. un., n. 16 del 05/10/1994 (dep. 28/12/1994), Demitry, cit.

stabilito in precedenza da questa Corte a proposito dell'applicazione dei principi relativi al cosiddetto caso Scoppola contro Italia⁵².

Né poteva negarsi tale natura di principio della sentenza “Contrada”, in conseguenza della tipologia di violazione riscontrata, relativa al principio di legalità penale di cui all’art. 7 Conv. Eur., sia pure limitatamente al periodo compreso tra il 1982 e il 1994, durante il quale si era registrato un conflitto ermeneutico interno alla giurisprudenza italiana sull’applicabilità dell’art. 110 cod. pen. all’art. 416-bis cod. pen.⁵³

Ne discendeva l’obbligo di conformazione, derivante dalla previsione dell’art. 46 Conv. Eur., che non poteva dirsi limitato alla misura individuale nei confronti della parte vittoriosa, imponendo l’adozione delle misure di carattere generale necessarie a rimuovere le cause strutturali della violazione riscontrata, secondo le linee tracciate dalla stessa giurisprudenza comunitaria.

A tali questioni ermeneutiche la Corte di cassazione forniva una risposta esaustiva, rigettando il ricorso proposto, con un percorso motivazionale articolato di cui occorre dare succintamente conto⁵⁴.

La Corte di cassazione, innanzitutto, affermava che vi erano numerose diversità di condizione giuridica e processuale tra i due casi posti a confronto dalla difesa del ricorrente, che non autorizzavano a ritenere sussistente l’assoluta identità tra le due vicende processuali.

Il ricorrente, invero, a differenza del Contrada, aveva affrontato il giudizio penale con contestazione aperta, spinta sino alla fine degli Novanta, in un’epoca posteriore al primo intervento organico delle Sezioni unite⁵⁵. Il contraddittorio processuale, dunque, includeva «sia periodi antecedenti rispetto all’intervento delle Sezioni Unite che periodi successivi (per la stessa CEDU immuni da ogni dubbio di legalità convenzionale), in rapporto ai quali l’imputato è stato assolto [...]»⁵⁶.

Quanto, invece, al periodo antecedente al 1994 il ricorrente non aveva mai sollevato, a differenza del Contrada, il tema del difetto di prevedibilità dell’inquadramento giuridico o quello della retroattività dell’interpretazione giurisprudenziale relativa alla figura del concorso esterno nell’associazione mafiosa, avendo al contrario «più volte invocato proprio l’applicazione dei principi espressi

⁵² Sugli effetti della decisione della Corte nel cosiddetto caso Scoppola contro Italia si vedano Cass., Sez. un., n. 34472 del 24/10/2013 (dep. 10/09/2012), Ercolano, Rv. 252933; Cass., Sez. un., n. 34233 del 19/04/2012 (dep. 07/09/2012), Giannone, Rv. 252932.

Su questi temi, con particolare riferimento ai riflessi della sentenza della Corte EDU nel caso Scoppola contro Italia, si vedano gli interventi di F. VIGANÒ, [Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola](#), in *questa Rivista*, 31 marzo 2014; ID., [Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in marine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei “fratelli minori” di Scoppola](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2014, p. 250.

⁵³ Vedi *supra* § 1.

⁵⁴ Si veda Cass., Sez. 1, n. 44193 dell’11/10/2016 (dep. 18/10/2016), Dell’Utri, cit.

⁵⁵ Si veda Cass., Sez. un., n. 16 del 05/10/1994 (dep. 28/12/1994), Dell’Utri, cit.

⁵⁶ Si veda Cass., Sez. 1, n. 44193 dell’11/10/2016 (dep. 18/10/2016), Dell’Utri, cit., § 3.

dalle Sezioni Unite di questa Corte nella decisione del 1994, ritenuti funzionali alla propria strategia difensiva [...]»⁵⁷.

In altri termini, dal contegno processuale tenuto dall'imputato nei giudizi interni non emergeva «alcun deficit in punto di prevedibilità in concreto delle conseguenze della condotta tenuta al momento del fatto in rapporto all'esito del giudizio, non essendosi mossa alcuna contestazione (a differenza del Contrada) di tale specifico profilo innanzi alla giurisdizione interna [...]»⁵⁸.

In questa cornice, il profilo generalista della decisione emessa dalla Corte EDU, pur astrattamente rilevante, era da collegarsi in concreto all'aspettativa dell'imputato di ricevere un trattamento sanzionatorio più mite, nella misura in cui la qualificazione prevedibile era stata sollecitata; condizione, questa ricorrente per la posizione del Contrada – che difatti aveva sollecitato nei giudizi interni il possibile inquadramento nella fattispecie del favoreggiamento – ma non per quella del ricorrente. Ne conseguiva che la possibile ricaduta in casi diversi ed analoghi di tale decisione era ricollegabile a due condizioni ulteriori, fermo restando il dato temporale della condanna per concorso esterno, così sintetizzate: «a) le ricadute negative del conflitto interpretativo sulla persona dell'accusato siano ad un esame ex post percepibili attraverso l'esame della condotta processuale tenuta da costui, data l'ineliminabile componente soggettiva del giudizio di imprevedibilità; b) sia stata, in tal senso, almeno sollecitata dalla parte una diversa qualificazione giuridica del fatto, posto che il deficit di prevedibilità – nel caso Contrada – riguarda essenzialmente la sanzione»⁵⁹.

In questo ambito, si ribadiva, in linea con la giurisprudenza decennale della Corte di cassazione, che un soggetto in possesso di adeguati strumenti conoscitivi, tra la fine degli anni Ottanta e l'inizio degli anni Novanta, era perfettamente in grado di comprendere che la propria condotta volontaria di agevolazione costante e non episodica in favore di un sodalizio mafioso era condotta illecita e poteva, laddove dimostrata, essere qualificata sia come condotta partecipativa sia come condotta di concorso eventuale.

Queste conclusioni discendevano dal fatto che nessuna incertezza poteva ipotizzarsi in ordine all'illiceità della condotta in esame «essendo l'evoluzione giurisprudenziale interna [...] tesa a delimitare l'area della partecipazione (416 bis puro) al contempo inglobando le idonee condotte di ausilio costante e consapevole al raggiungimento degli scopi del sodalizio (per l'opinione minoritaria rientranti nella partecipazione medesima e non nell'agire lecito) nel concorso cd. esterno e richiedendo, con portata garantistica evolutasi nel tempo, la ricostruzione, secondo il corretto modello causale, dell'idoneità effettiva del contributo, con valutazione ex post»⁶⁰.

Tali considerazioni processuali inducevano la Corte di cassazione a escludere che l'incidente di esecuzione potesse essere ritenuto la sede idonea per la ridiscussione

⁵⁷ Si veda Cass., Sez. 1, n. 44193 dell'11/10/2016 (dep. 18/10/2016), Dell'Utri, cit., § 3.

⁵⁸ Si veda Cass., Sez. 1, n. 44193 dell'11/10/2016 (dep. 18/10/2016), Dell'Utri, cit., § 3.

⁵⁹ Si veda Cass., Sez. 1, n. 44193 dell'11/10/2016 (dep. 18/10/2016), Dell'Utri, cit., § 4.4.

⁶⁰ Si veda Cass., Sez. 1, n. 44193 dell'11/10/2016 (dep. 18/10/2016), Dell'Utri, cit., § 4.4.

della legalità convenzionale della decisione definitiva di condanna emessa a carico del ricorrente, al più potendo porsi un tema – da apprezzarsi in sede di cosiddetta revisione europea – di un difetto di colpevolezza per ignoranza scusabile del precetto rilevante ai sensi dell'art. 5 cod. pen., secondo le linee argomentative espresse dalla Corte costituzionale con la sentenza 23 marzo 1988, n. 364. Si trattava, però, di un tema che non veniva compiutamente esplorato dalla Corte di cassazione perché esorbitante dal contenuto del ricorso proposto.

Non rilevavano, per altro verso, le ulteriori questioni processuali proposte dalla difesa del ricorrente in via residuale, riguardanti il dubbio di legittimità costituzionale delle norme in tema di esecuzione e la pretesa violazione dell'art. 5 Conv. Eur., atteso che la decisione irrevocabile non presentava aspetti di illegalità convenzionale, idonei ad attivare lo strumento processuale della revisione europea.

In questo articolato contesto processuale, allo scopo di enucleare conclusivamente gli spazi applicativi dell'incidente di esecuzione, prefigurati dalla Corte di cassazione in relazione al concorso eventuale nei reati associativi, si ritiene indispensabile richiamare conclusivamente il seguente principio di diritto: «Lo strumento per adeguare l'ordinamento interno ad una decisione definitiva della Corte EDU va individuato, in via principale, nella revisione introdotta dalla sentenza additiva della Corte costituzionale n. 113 del 2011, applicabile sia nelle ipotesi di vizi procedurali rilevanti ex art. 6 della Convenzione EDU, sia in quelle di violazione dell'art. 7 della stessa Convenzione che non implicino un vizio assoluto di responsabilità (per l'assenza di una norma incriminatrice al momento del fatto), ma solo un difetto di prevedibilità della sanzione – ferma restando la responsabilità penale – o che comunque lascino aperte più soluzioni del caso; lo strumento dell'incidente di esecuzione, invece, può essere utilizzato solo quando l'intervento di rimozione o modifica del giudicato sia privo di contenuto discrezionale, risolvendosi nell'applicazione di altro e ben identificato precetto senza necessità della previa declaratoria di illegittimità costituzionale di alcuna norma, fermo restando che, qualora l'incidente di esecuzione sia promosso per estendere gli effetti favorevoli della sentenza della Corte EDU ad un soggetto diverso da quello che l'aveva adita, è necessario anche che la predetta decisione (pur non adottata nelle forme della "sentenza pilota") abbia una obiettiva ed effettiva portata generale, e che la posizione dell'istante sia identica a quella del caso deciso dalla Corte di Strasburgo»⁶¹.

⁶¹ Il principio di diritto richiamato nel testo è estratto dalla massima elaborata dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione con riferimento alla, più volte, citata sentenza: Cass., Sez. 1, n. 44193 dell'11/10/2016 (dep. 18/10/2016), Dell'Utri, cit., § 4.4.

6. L'ultimo intervento chiarificatore: l'ordinanza del Primo Presidente della Corte di cassazione del 13 ottobre 2016 nel ricorso iscritto al n. 20609/16 R.G.

L'ultimo intervento chiarificatore in ordine cronologico sul tema del concorso eventuale nei reati associativi è rappresentato dall'ordinanza emessa dal Primo Presidente della Corte di cassazione il 13 ottobre 2016, nel ricorso iscritto al n. 20609/16 R.G., conseguente al provvedimento del 13 maggio 2016, con cui la Prima Sezione penale della Corte di cassazione rimetteva alle Sezioni unite la seguente questione: «Se sia logicamente compatibile e giuridicamente ammissibile il c.d. concorso esterno nel reato di associazione per delinquere di cui all'art. 416 c.p.»⁶².

A seguito della trasmissione, il Primo Presidente della Corte di cassazione restituiva gli atti del procedimento, a norma dell'art. 172, disp. att., cod. proc. pen., richiedendo espressamente ai giudici remittenti «una nuova valutazione circa l'effettiva sussistenza di un contrasto giurisprudenziale in tema di configurabilità del c.d. "concorso esterno" nel delitto di cui all'art. 416 cod. pen.»⁶³.

Il caso in questione riguardava una vicenda processuale di sofisticazioni e truffe comunitarie, in cui il ricorrente era stato condannato nei giudizi di merito per avere attestato, quale docente universitario, la genuinità di un prodotto caseario di cui conosceva l'avvenuta sofisticazione e per avere consigliato meccanismi di sofisticazione difficilmente riscontrabili.

In questa cornice, tra i motivi del ricorso per cassazione, la difesa dell'imputato poneva la questione giuridica della configurabilità dell'istituto del concorso esterno nel delitto di cui all'art. 416 cod. pen., risolvendosi le condotte concorsuali nella stessa fattispecie tipica prevista dalla norma incriminatrice.

Alla base della questione ermeneutica posta in sede di remissione stava una considerazione di fondo, costituita dal fatto che la fattispecie associativa di cui all'art. 416 cod. pen. si distingueva per struttura normativa, evoluzione storica e ragioni politico-criminali, da quella di cui all'art. 416-bis cod. pen. Da tali distinzioni discendeva che, sul tema della configurabilità del concorso esterno, si ponevano, in relazione alle due fattispecie associative, differenti profili di configurazione⁶⁴.

La Corte di cassazione, in sede di remissione, osservava che, mentre ai sensi dell'art. 416-bis cod. pen. la partecipazione associativa è punita anche in relazione a condotte non dirette a finalità illecite, il reato di cui all'art. 416 cod. pen. si realizza esclusivamente con l'accordo associativo assistito dal dolo specifico di commettere più delitti non nettamente individuati.

Ne discendeva che aggiungere l'ipotesi del concorso eventuale alla condotta tipizzata dall'art. 416 cod. pen. potrebbe comportare un'illogica duplicazione di questa

⁶² Si veda Cass., Sez. 1, n. 670 del 12/05/2016 (dep. 05/10/2016), Addeo, non mass.

⁶³ Si veda Ordinanza di restituzione degli atti del Primo Presidente della Corte di cassazione del 13/10/2016, cit.; per un primo commento all'ordinanza di rimessione in questione ci si permette di rinviare a S. BERNARDI, [Concorso esterno e associazione per delinquere semplice: rimessa \(e subito rispedita al mittente dal Primo Presidente\) la questione alle Sezioni Unite](#), in *questa Rivista*, 2 novembre 2016.

⁶⁴ Si veda Cass., Sez. 1, n. 670 del 12/05/2016 (dep. 18/10/2016), Addeo, cit.

fattispecie, nel senso che per la tipicità del delitto associativo in esame – tipicità data dall'accordo per commettere delitti – il concorso eventuale potrebbe confondersi con tale figura. In questo modo, si ampliava «la sfera di punibilità in contrasto col principio di offensività, attesa la difficoltà di tipizzare una condotta concorsuale che non corrisponda ad una attività di partecipazione all'associazione»⁶⁵.

Senza considerare, per altro verso, che lo stesso sistema penale prevedeva, al di fuori del concorso necessario ai sensi dell'art. 416 cod. pen., la fattispecie dell'art. 418 cod. pen. che descriveva condotte atipiche di assistenza agli associati.

Non si poteva, inoltre, ignorare che, a proposito del concorso esterno nel reato associativo, la Corte EDU, nella decisione del caso Contrada contro Italia del 14 aprile 2015⁶⁶, aveva «sostenuto, senza che le parti contraddicessero l'assunto, che la figura in discussione sia di origine giurisprudenziale»⁶⁷.

Questa circostanza testimonierebbe la stringente esigenza che la questione della configurabilità del concorso eventuale sia specificamente vagliata a proposito del delitto di cui all'art. 416 cod. pen., senza alcun automatico rimando al diritto vivente formatosi in materia di associazione mafiosa⁶⁸.

In conclusione, i giudici di legittimità, evidenziavano una problematicità ermeneutica in ordine alla possibilità di applicare l'istituto del concorso esterno alla fattispecie di cui all'art. 416 cod. pen., riscontrando l'esistenza di una «ipotesi di conflitto virtuale in materia di estrema rilevanza, non solo giuridica, sulla quale si appalesa ormai necessario un intervento ermeneutico di superiore autorevolezza»⁶⁹, tale da esigere un intervento risolutivo delle Sezioni unite.

Come si è detto, il Primo Presidente della Corte di cassazione, con ordinanza emessa il 13 ottobre 2016, restituiva gli atti del procedimento alla sezione rimettente, ritenendo insussistente il contrasto giurisprudenziale sul tema di diritto oggetto della questione⁷⁰.

Contrariamente alla ricostruzione operata in sede di remissione, il Primo Presidente innanzitutto sottolineava come la giurisprudenza di legittimità era «concorde nel considerare il concorso eventuale ex art. 110 cod. pen. compatibile con ogni tipologia di fattispecie associativa», rinviando al modello ermeneutico consolidato nella giurisprudenza di legittimità da oltre un decennio⁷¹.

Si evidenziava, inoltre, che l'unica pronuncia di segno contrario citata dal rimettente, oltre a essere molto risalente, non si era neanche occupata di tale tematica

⁶⁵ Si veda Cass., Sez. 1, n. 670 del 12/05/2016 (dep. 18/10/2016), Addeo, cit., § 2.

⁶⁶ Vedi *supra* § 5.

⁶⁷ Si veda Cass., Sez. 1, n. 670 del 12/05/2016 (dep. 18/10/2016), Addeo, cit., § 2.

⁶⁸ Si veda Cass., Sez. 1, n. 670 del 12/05/2016 (dep. 18/10/2016), Addeo, cit.

⁶⁹ Si veda Cass., Sez. 1, n. 670 del 12/05/2016 (dep. 18/10/2016), Addeo, cit., § 2.

⁷⁰ Si veda Ordinanza di restituzione degli atti del Primo Presidente della Corte di cassazione del 13/10/2016, cit.

⁷¹ Si veda Cass., Sez. un., n. 33748 del 12/07/2005 (dep. 20/09/2005), Mannino, cit.; sull'applicazione della clausola generale dell'art. 110 cod. pen. si vedano, in senso conforme, Cass., Sez. 2, n. 34147 del 30/04/2015 (dep. 04/08/2015), Agostino, cit.; Cass., Sez. 5, n. 2653 del 13/10/2015 (dep. 21/01/2016), Paron, cit.

in modo specifico, dal momento che negava la configurabilità del concorso esterno in relazione a qualsiasi reato di tipo associativo⁷².

A fronte di un simile e consolidato quadro giurisprudenziale, l'ordinanza di rimessione della Prima Sezione penale della Corte di cassazione, piuttosto che evidenziare l'esistenza di un vero e proprio dissenso, si limitava a prospettare in via meramente problematica una differente soluzione interpretativa «non soddisfacendo il rigoroso presupposto (contrasto di giurisprudenza effettivo o quantomeno potenziale) considerato dall'art. 618 cod. proc. pen. ai fini dell'investitura delle Sezioni unite»⁷³.

⁷² Si veda Cass., Sez. 1, n. 2343 del 18/05/1994 (dep. 30/06/1994), *Mattina*, Rv. 198338.

⁷³ Si veda Ordinanza di restituzione degli atti del Primo Presidente della Corte di cassazione del 13/10/2016, cit.