



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE
CONTEMPORANEO

Fascicolo
10/2017

DIRETTORE RESPONSABILE Francesco Viganò
VICE DIRETTORI Gian Luigi Gatta, Guglielmo Leo, Luca Luparia

REDAZIONE Anna Liscidini (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Antonio Gullo, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

Diritto Penale Contemporaneo è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Viganò. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Peer review.

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

PAPERS

R. VALLI, <i>Il prelievo ematico coattivo per l'accertamento dei reati di lesioni e omicidio stradale colposi</i>	5
I. GIUGNI, <i>Il problema della causalità nel concorso esterno</i>	21
A. SPINELLI, <i>La Consulta torna sul rapporto tra modifica dell'imputazione e facoltà di accesso ai riti alternativi</i>	37
M. RICCARDI e M. CHILOSI, <i>La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversione dell'ente?</i>	47
L. DANIELE, <i>Negazionismo e libertà di espressione: dalla sentenza Perinçek c. Svizzera alla nuova aggravante prevista nell'ordinamento italiano</i>	79
L. COZZOLINO, <i>La posizione di garanzia del medico e l'imputazione dell'evento estraneo alla sua sfera di competenza professionale, tra particolarismi ed esigenze sistematiche</i>	105
S. RECCHIONE, <i>La pericolosità sociale esiste ed è concreta: la giurisprudenza di merito resiste alla crisi di legalità generata dalla sentenza "De Tommaso v. Italia" (e confermata dalle Sezioni Unite "Paternò")</i>	129
R. E. OMODEI, <i>L'istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.</i>	143
G. BIONDI, <i>Le Sezioni Unite Paternò e le ricadute della sentenza Corte EDU De Tommaso c. Italia sul delitto ex art. 75, comma 2, d. lgs. n. 159/2011: luci ed ombre di una sentenza attesa</i>	163
P. LOBBA, <i>Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale</i>	181

NOVITÀ LEGISLATIVE – LEGGI APPROVATE

S. FINOCCHIARO, <i>La riforma del codice antimafia (e non solo): uno sguardo d'insieme alle modifiche appena introdotte</i>	251
A. A. MARANDOLA, <i>La riforma Orlando si completa: approvato il decreto legislativo sulle impugnazioni</i>	260
C. CUPELLI, <i>L'eterointegrazione della legge Gelli-Bianco: aggiornamenti in tema di linee guida 'certificate' e responsabilità penale in ambito sanitario</i>	266

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

F. VIGANÒ, <i>Ancora sull'indeterminatezza delle prescrizioni inerenti alle misure di prevenzione: la seconda sezione della cassazione chiama in causa la corte costituzionale</i>	272
--	-----

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – SEZIONI UNITE

J. DELLA TORRE, <i>La restituzione nel termine ex art. 175, comma 2-bis, c.p.p. tra influssi convenzionali e una strumentalità "ritrovata" con le impugnazioni</i>	277
--	-----

R. BERTOLESI, <i>Accesso abusivo a un sistema informatico: è reato la condotta del pubblico ufficiale commessa con c.d. sviamento di potere</i>	283
E. ANDOLFATTO, <i>Dichiarazione di incompetenza per materia nei procedimenti per reati di competenza distrettuale: per le Sezioni Unite è legittima la diretta trasmissione degli atti al giudice competente</i>	286
G. ROMEO, <i>Sospensione feriale e termini di deposito della sentenza</i>	288
H. BELLUTA, <i>Oltre Dasgupta o contro Dasgupta? Alle Sezioni Unite decidere se la rinnovazione è obbligatoria anche in caso di overturning da condanna a proscioglimento</i>	295
 NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ	
F. VIGANÒ, <i>Sugli effetti intertemporali della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma che abroga una precedente incriminazione</i>	298
A. CHIBELLI, <i>Al vaglio della Cassazione (per la prima volta) la figura della corruzione del parlamentare</i>	302
 NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA DI MERITO	
L. SANTA MARIA e A. H. BELL, <i>Il Tribunale di Milano alle prese con i “fatali errori di prospettiva” della nuova tesi del c.d. effetto acceleratore in due maxi processi per morti da amianto</i>	309
S. ZIRULIA, <i>La sentenza d’appello sul caso di Bussi sul Tirino (avvelenamento di acque e disastro ambientale)</i>	318
G. MENTASTI, <i>Disallineamenti e allineamenti forzati: ultime novità in tema di sospensione dell’esecuzione della pena detentiva e affidamento in prova “allargato”</i>	321
 OSSERVATORIO SOVRANAZIONALE – UNIONE EUROPEA: LEGISLAZIONE	
L. SALAZAR, <i>Definitivamente approvato il regolamento istitutivo della procura europea</i>	328
 OSSERVATORIO SOVRANAZIONALE – UNIONE EUROPEA: GIURISPRUDENZA	
C. CUPELLI, <i>Le conclusioni dell’Avvocato Generale sul caso Taricco: aspettando la Corte di Giustizia...il dialogo (non) continua</i>	332

IL PROBLEMA DELLA CAUSALITÀ NEL CONCORSO ESTERNO

di Ilaria Giugni

Abstract. *Il concorso esterno, così come ‘tipizzato’ dal continuo contributo ermeneutico delle Sezioni Unite a partire dal 1994, lungi dal rappresentare il prodotto di una comune operazione d’innesto dell’art. 110 c.p. sull’art. 416 bis c.p., sembra, invece, sostanziarsi in un reato nuovo, monosoggettivo e di evento.*

L’impostazione causale dell’istituto, adottata in chiave garantista dalla Corte riunita, reca, però, con sé una serie di aporie di non facile soluzione, quali la difficile definizione dell’evento di “rafforzamento” o “conservazione” dell’associazione nel suo complesso e l’irreperibilità di leggi di copertura del fenomeno della contiguità mafiosa, delineando così un ‘tipo criminoso’ dai confini incerti e dal contenuto non tassativo.

In attesa di un sempre atteso intervento del legislatore in materia, non si può però omettere di analizzare il profilo della causalità del concorso esterno per verificare la sua coerenza con lo statuto della sentenza Franzese e per segnalare come, nelle more, per fuggire dalle paludi della prova del nesso eziologico nell’area della contiguità mafiosa il legislatore abbia (consapevolmente?) fatto ricorso in maniera sempre più frequente a reati di mera condotta.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La funzione tipizzante assegnata al paradigma causale nella giurisprudenza delle Sezioni Unite. – 2.1. La sentenza Demitry. – 2.2. La sentenza Carnevale. – 2.3. La sentenza Mannino bis. – 3. La nozione di evento. – 4. Le leggi di copertura (*recte*: le massime di esperienza) del fenomeno della contiguità mafiosa. – 5. I tentativi di flessibilizzazione del paradigma causale nelle più recenti pronunce di legittimità. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione.

Il problema della causalità, diversamente da altri aspetti del tormentatissimo concorso esterno, non ha mai goduto di particolare attenzione sia in dottrina che in giurisprudenza¹, quasi che i tentativi originari di negazione dell’ammissibilità *tout court*

¹ L’attenzione della dottrina sembra oggi, per la verità, focalizzata sulla natura giudiziaria del concorso esterno, espressamente riconosciuta nella sentenza della Corte EDU sul caso Contrada c. Italia. In tale pronuncia (Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, sent. 14 aprile 2015, Ricorso n. 66655/13, Contrada c. Italia), la Corte di Strasburgo ha accolto il ricorso proposto dall’ex capo di gabinetto dell’alto commissariato per la lotta alla mafia e vicedirettore del Sisde, ritenendo che l’Italia, condannandolo per concorso esterno in associazione mafiosa per fatti commessi prima del 1994, abbia violato l’articolo 7 della Carta EDU.

dell'istituto ed i successivi sforzi di tipizzazione in chiave garantista avessero assorbito ogni altro profilo di interesse.

La scarsa cura dedicata allo studio di tale argomento scaturisce, probabilmente, da un malinteso sulla natura stessa del concorso esterno, considerato, a torto, sulla scorta di una sua interpretazione formale, una mera manifestazione concorsuale del reato di partecipazione all'associazione mafiosa.

Limitandosi a cogliere il richiamo della giurisprudenza agli artt. 110 e 416 *bis* c.p., ci si è, in verità, contentati di una conclusione retorica e miope, che si rivela inconsistente non appena ci si cimenti in un'analisi a tutto tondo delle pronunce delle Sezioni Unite.

La Corte riunita, infatti, optando per la costruzione del concorso esterno in termini di concorso nell'associazione, piuttosto che nelle singole condotte previste dai commi 1 e 2 dell'art. 416 *bis* c.p., lungi dal compiere una comune operazione d'innesto dell'art. 110 c.p. su una fattispecie esistente, ha, di fatto, creato un nuovo reato monosoggettivo di evento².

Ecco che una corretta percezione della natura del concorso esterno – vale a dire, una piena consapevolezza non solo della sua origine giudiziaria, ma anche del ruolo tipizzante assegnato al paradigma causale – sollecita ad indagare più da vicino le questioni ancora irrisolte sul piano della causalità.

In primo luogo, pare chiaro che, se il concorso esterno è, nella sostanza, un reato monosoggettivo d'evento, non si tratti di valutare se la condotta dell'*extraneus*, intesa come meramente accessoria, abbia o meno fornito un contributo semplicemente agevolativo alla condotta del partecipe (*rectius*, dell'*intraneus*, vale a dire del partecipe, oppure dell'organizzatore/promotore/dirigente), ma, piuttosto, di stabilire se abbia o meno cagionato il verificarsi di un evento concreto tramite un giudizio esplicativo *ex post*.

Affermano, infatti, i giuridici europei che – essendo il concorso esterno una fattispecie di matrice giurisprudenziale, espressione di un'evoluzione ermeneutica assestata solamente con la prima pronuncia delle Sezioni Unite in materia – all'epoca dei fatti (1979-1988), «il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile per quest'ultimo. Il ricorrente non poteva dunque conoscere nella fattispecie la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui». Per l'analisi di tale pronuncia e delle possibili ripercussioni sull'ordinamento penale italiano si rinvia, *ex multis*, a S. BERNARDI, [Continuano i "tormenti" dei giudici italiani sul caso Contrada: la Corte d'Appello di Palermo dichiara inammissibile l'incidente d'esecuzione proposto in attuazione del "giudicato europeo"](#), in questa Rivista, 24 gennaio 2017; A. CENTONZE, [Il concorso eventuale nei reati associativi fra vecchi dubbi e nuove conferme giurisprudenziali](#), in questa Rivista, 12 dicembre 2016; M. DONINI, [Il Caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria](#), in Riv. it. dir. proc. pen., 2016; M. DONINI, [Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale](#), in questa Rivista, 13 gennaio 2017; V. MAIELLO, [Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno](#), in Dir. pen. proc., 2015; A. MANNA, [La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?](#), in questa Rivista, 4 ottobre 2016; G. MARINO, [La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?](#), in questa Rivista, 3 luglio 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.

² Così, in particolare, V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino, 2014, p. 24, 63, 121.

Chiarito tale primo punto, restano da esaminare le problematiche connesse alla nozione di evento accolta dalle Sezioni Unite e all'individuazione di leggi di copertura del fenomeno della contiguità mafiosa.

Da ultimo, non sembrano potersi trascurare i più recenti arresti giurisprudenziali in materia, che evidenziano una realtà applicativa del *dictum* delle Sezioni Unite cangiante, perché caratterizzata da continue oscillazioni ermeneutiche e da tentativi di flessibilizzazione del paradigma di tipizzazione causale.

2. La funzione tipizzante assegnata al paradigma causale nella giurisprudenza delle Sezioni Unite.

Un'indagine sul profilo della causalità del concorso esterno in associazione mafiosa necessita, quale premessa naturale, di una disamina diacronica e critica degli arresti delle Sezioni Unite in materia.

Le problematiche legate all'accertamento dell'efficienza eziologica della condotta dell'*extraneus*, infatti, non potrebbero essere debitamente affrontate prescindendo da una piena contezza della natura stessa dell'istituto, ove ci si contentasse, cioè, della retorica del concorso esterno quale manifestazione concorsuale del reato di partecipazione all'associazione mafiosa.

Un'analisi delle pronunce di legittimità in materia è, dunque, necessaria, consentendo non solo di cogliere la «tipicità prasseologica»³ dell'istituto, ma anche di apprezzarne la natura giuridica di reato monosoggettivo e di evento conferitagli dal 'diritto vivente'.

Una rinnovata consapevolezza della sostanza del concorso esterno offre, peraltro, la possibilità di verificare che l'impostazione causale dell'istituto, pur alterata e sbiadita nel tempo, ne rappresenti un tratto distintivo irrinunciabile, senza la quale sfumerebbero fino a scomparire del tutto le distinzioni con le attigue figure di scambio elettorale politico-mafioso di cui all'art. 416 *ter* c.p., di favoreggiamento aggravato prevista dal combinato disposto degli artt. 378 c.p. e 7, l. 152/1991, di assistenza agli associati di cui all'art. 418 c.p., e di depistaggio di cui al neointrodotta art. 375 c.p.

2.1. La sentenza Demitry.

La sentenza Demitry può considerarsi la prima tappa obbligata nella disamina della giurisprudenza delle Sezioni Unite in materia di concorso esterno, dal momento che, in essa, proprio facendo ricorso al modello di tipizzazione causale, fu fondato il relativo *tipo* criminoso in maniera più confacente ai principi di determinatezza/precisione *sub specie* prevedibilità astratta ed offensività.

³ Per tale espressione si rinvia a M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU*, op. cit., p. 352.

Se la Corte riunita volle, prima di tutto, prendere posizione nella *querelle* sulla configurabilità del concorso esterno nel reato associativo, affermandone l'ammissibilità, non si limitò a schierarsi contro la tesi negazionista confutandone gli argomenti. La Corte, in effetti, proseguì esercitando un potere sostanzialmente normativo, deviando dalla classica operazione di innesto dell'art. 110 c.p. sul reato di cui all'art. 416 *bis* c.p.

La scelta di questa produzione giurisprudenziale dell'istituto fu quella di tracciare la distinzione fra partecipe e concorrente esterno sul piano delle rispettive funzioni: da un lato, dunque, si riconobbe all'*intraneus*, compenetrato organicamente nel sodalizio, un ruolo dinamico e causale nella quotidianità dell'organizzazione, dall'altro, si relegò la figura del concorrente esterno in uno «*stato di fibrillazione*», vale a dire in una fase patologica della vita dell'ente, cui egli era chiamato a porre fine mediante il proprio determinante contributo.

Ecco che, chiedendo all'*extraneus* un apporto salvifico rispetto all'intera organizzazione, il concorso esterno viene indirettamente costruito come concorso nell'associazione nel suo complesso, piuttosto che in una delle due distinte fattispecie autonome di cui, rispettivamente, ai commi 1 e 2 dell'art. 416 *bis* c.p. (*i.e.*, la mera partecipazione e la più grave figura della promozione/organizzazione/direzione). Tale opzione risulta, però, espressione di un uso distorto della clausola generale prevista dall'art. 110 c.p.: l'ossequio alla lettera di tale articolo – che stabilisce che si concorre con altri «*nel medesimo reato*» – avrebbe richiesto, invece, di optare per la costruzione del concorso nelle singole condotte previste al 1 e al 2 comma dell'art. 416 *bis* c.p.⁴.

Le Sezioni Unite, dunque, lungi dall'estendere la tipicità di un illecito già esistente a condotte atipiche strumentali alla sua realizzazione, fondano una fattispecie incriminatrice del tutto nuova⁵, incentrata sull'aver fornito *ab externo* all'associazione di tipo mafioso, in una fase di fibrillazione, un contributo effettivo, dal quale sia derivato il mantenimento in vita della stessa. Il richiamo agli art. 110 e 416 *bis* c.p. ha in buona sostanza un sapore meramente formale, venendo impiegato dalla Corte riunita per costruire un reato nuovo, monosoggettivo e causale puro.

L'autonomia strutturale rispetto al reato di partecipazione, a partire da quel momento, diviene chiara: se quest'ultimo è un reato di mera condotta, integrato già dalla

⁴ A proposito di tale scelta, infatti, si è parlato di «*dissoluzione della tipicità concorsuale*»; V. MAIELLO, *Il concorso esterno*, op. cit. p. 66.

Per un'analisi critica, sotto il profilo della legalità, dell'operazione compiuta dalle S.U., si rinvia a M. DONINI, [Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale](#), cit., p. 1 ss.

L'iter argomentativo seguito dalla Corte riunita era stato criticato, a pochi anni dalla sentenza Demitry, osservando che «*il giudice di legittimità ha finito per incorrere nell'errore di porre in relazione causale la condotta atipica del concorrente extraneus con l'intera realtà associativa personificata, o con gli scopi della medesima, anziché con le singole fattispecie di partecipazione (che rappresentano singulatim la condotta del reato incriminato)*», specificando che «*se si vuole rispettare il principio di legalità, l'unico effetto giuridicamente rilevante, che quella causa (cioè la condotta dell'extraneus) può produrre, è una concreta influenza sulla condotta posta in essere dall'intraneus nel fatto di partecipare*», F. BERTOROTTA, *Concorso eventuale di persone e reati associativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1305, 1308.

⁵ In alcune recenti pronunce, successive alla sentenza della Corte EDU, si è ribadito, invece, che il concorso esterno non sia altro che un'espressione della funzione estensiva della tipicità propria dell'art. 110 c.p. (*ex multis*, Cass. pen., Sez. II, 30 aprile 2015, n. 34147; Cass. pen., Sez. V, 14 settembre 2016, n. 42996).

compenetrazione organica e dall'assunzione di un ruolo funzionale e dinamico all'interno del sodalizio, al contrario, il concorso eventuale nel delitto associativo è un reato di evento, la cui configurazione si fonda sull'efficacia eziologica dell'apporto fornito al mantenimento in vita dell'associazione. Se il reato di partecipazione ha natura permanente, il tipo criminoso creato dalle Sezioni Unite sembra profilarsi, invece, come un reato istantaneo, confermandone ulteriormente l'autonomia rispetto alla fattispecie cui accede⁶.

La creazione di una fattispecie causale pura non pare, però, priva di senso se valutata dal punto di vista politico-criminale, in particolare, sotto i profili di materialità, offensività e proporzionalità⁷. L'accoglimento dell'opzione alternativa, vale a dire la costruzione del concorso esterno nella condotta di partecipazione, seppur più rispettosa del principio di legalità, avrebbe presentato una serie di inconvenienti: polverizzazione dell'offensività della condotta del concorrente; conseguente parificazione irragionevole e sproporzionata del regime sanzionatorio rispetto all'intraneo; disparità di trattamento rispetto ad altre forme di contiguità tipizzate (quali, ad esempio, gli artt. 418 e 378 c.p.).

Viceversa, statuire che il concorrente esterno debba aver apportato un contributo tale da aver consentito all'associazione di restare in vita determina una rilettura della fattispecie criminosa più in sintonia con i principali fondamentali del diritto penale, irrobustendo significativamente l'offensività e la materialità del tipo di fatto incriminato, restringendo l'area del penalmente rilevante e rendendo proporzionata l'irrogazione delle pene previste per la partecipazione, compensando il *deficit* di disvalore altrimenti derivante dalla mancanza dell'*affectio societatis*.

Quanto a quest'ultimo punto, occorre rilevare che la costruzione del concorso esterno quale reato d'evento fu motivata certamente anche dalla necessità di colmare le

⁶ Sembra, infatti, impossibile condividere il recente indirizzo della giurisprudenza di legittimità, secondo il quale anche il concorso esterno avrebbe natura permanente.

In due recenti pronunce (Cass. pen., Sez. VI, 10 maggio 2007, Contrada; Cass. pen., Sez. V, 11 dicembre 2009, B.A. e altri), si è sostenuto che la natura permanente del concorso esterno derivi dal suo essere un'estensione del reato di partecipazione associativa, fattispecie considerata unanimemente a condotta perdurante. Com'è stato acutamente osservato (V. MAIELLO, *Sul preteso carattere permanente del 'concorso esterno'*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2014, p. 40 ss.), tale posizione risulta, però, insostenibile, poiché fondata su un fraintendimento della sostanza della sentenza Demitry: il concorso esterno, così come costruito in tale pronuncia, è tutt'altro che il risultato dell'estensione della tipicità della fattispecie a natura permanente prevista all'art. 416 bis c.p.! Il carattere permanente del concorso esterno viene sostenuto anche nella sentenza Dell'Utri (Cass. pen. Sez. V, 9 marzo 2012, Dell'Utri). Secondo V. MAIELLO (*Il concorso esterno*, op. cit., p. 45 ss.), in tale pronuncia, i giudici di legittimità si sarebbero serviti del modello del *reato a consumazione alternativa*, mutuato dalla giurisprudenza in tema di corruzione, per spostare in avanti il momento consumativo del reato di concorso esterno, facendolo coincidere con l'ultimo atto esecutivo dell'accordo posto in essere dall'*extraneus*. L'asserita natura permanente del concorso esterno non avrebbe, dunque, altra funzione che aggirare i limiti strutturali imposti dal tipo criminoso enucleato dalla sentenza Demitry, alterando l'equilibrio fra istanze individual-garantistiche e repressione criminale in essa raggiunto. Tale passaggio della sentenza Dell'Utri è stato criticato anche da G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto polemogeno*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 500-501.

⁷ In tal senso V. MAIELLO, *Il concorso esterno*, op. cit., p. 67 ss. Viceversa, vi è chi ritiene sia opportuno abbandonare l'idea di basare la rilevanza tipica del concorso esterno sull'efficacia eziologica della condotta dell'*extraneus*; T. PADOVANI, *Note sul cd. concorso esterno*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 11-12.

distanze rispetto alla fattispecie di partecipazione all'associazione di tipo mafioso, dalla quale il concorso esterno, pur differendo nella sostanza, finiva per mutuare la cornice edittale. Il richiamo operato dalla giurisprudenza agli artt. 110 e 416 *bis* c.p., infatti, comportava, quale conseguenza necessaria ed ineludibile, l'applicazione all'*extraneus* della cornice edittale prevista per il partecipe, pur in assenza di una compenetrazione organica nel sodalizio criminale, cui il concorrente esterno contribuisce, per definizione, *ab externo*. Eppure, proprio la scelta delle Sezioni Unite Demitry, quella, cioè, di legare la rilevanza penale della condotta del concorrente esterno alla produzione di un vantaggio concreto in favore dell'associazione mafiosa, consente di recuperare, sul piano del disvalore di evento, un disvalore di azione certamente più attenuato rispetto alla fattispecie di partecipazione all'associazione, e di giustificare, in tal modo, la parificazione *quoad poenam* fra i due reati⁸.

2.2. La sentenza Carnevale.

Costruendo il concorso esterno come reato di evento, le Sezioni Unite 1994 avevano certamente irrigidito gli oneri probatori gravanti sulla magistratura inquirente, tenuta a dimostrare la reale incidenza del contributo dell'*extraneus* rispetto al mantenimento in vita dell'associazione nel suo complesso o almeno di un settore della sua attività.

La preoccupazione di evitare il naufragio dei processi a carico dei collusi fu, forse, quanto spinse le Sezioni Unite, nel 2002, a mutare orientamento sulla verifica dell'efficacia eziologica dell'apporto del concorrente esterno.

Nella sentenza Carnevale, infatti, si ridimensiona, innanzitutto, il ruolo dello «*stato di fibrillazione*»: degradandolo a mera esemplificazione situazionale, la Corte precisa che «*la fattispecie concorsuale sussiste anche prescindendo dal verificarsi di una situazione di anormalità nella vita dell'associazione*»⁹.

Spezzato, dunque, il legame fra il concorso esterno e la patologia della vita dell'associazione, la condotta dell'*extraneus* viene collegata ad una gamma più ampia di eventi: non più il solo mantenimento in vita dell'associazione, ma anche la sua «*conservazione*» o il suo «*rafforzamento*».

In che termini valutare l'efficacia eziologica dell'agire del concorrente esterno rispetto al potenziamento dell'organizzazione associativa?

Il *dictum* delle Sezioni Unite sul punto appare piuttosto confuso: nonostante la fedeltà dichiarata in apertura all'impostazione della sentenza Demitry, una serie di elementi – i continui richiami al concetto di «*idoneità*», l'uso dell'aggettivo «*idoneo*» per

⁸ Così V. MAIELLO, *Il concorso esterno*, op. cit., p. 69.

⁹ Cass., SS. UU., 30 ottobre 2002 (dep. 21 maggio 2003), Carnevale, CED-224181, in *Riv. it. proc. pen.*, 2004, p. 322 ss.

descrivere il contributo concorsuale¹⁰, il parallelo tracciato con la valutazione di configurabilità del tentativo¹¹ – fanno propendere per l'accoglimento di un giudizio *ex ante*, avente ad oggetto la mera idoneità dell'apporto a produrre tali effetti, del tutto antitetico rispetto al giudizio controfattuale *ex post* richiesto dal precedente arresto del 1994¹².

La confusione dei giudici di legittimità appare, peraltro, ancor più evidente non appena si passi ad esaminare le indicazioni dettate quanto al caso di specie oggetto di scrutinio, riguardante il cd. aggiustamento dei processi.

Premesso che il concorso esterno può configurarsi tanto nell'ipotesi di un contributo isolato, tanto nell'ipotesi di un'attività reiterata e costante, la Corte precisa che, ove si versi nella seconda ipotesi, *«può risultare non essenziale, ai fini della configurabilità del reato di concorso, l'esito favorevole delle condotte, vale dire l'effettivo "aggiustamento" di ogni procedimento o di ogni singola decisione, dal momento che è proprio nella reiterata e costante attività di ingerenza (...) che va ravvisata l'idoneità del contributo apportato dall'extraneus: non potendosi dubitare che la condotta posta in essere da quest'ultimo determina negli esponenti del sodalizio la consapevolezza di poter contare sul sicuro apporto di un soggetto, qualificato, operante in istituzioni giudiziarie e un tale effetto costituisce, di per sé solo, un indiscutibile rafforzamento della struttura associativa»*.

A tal proposito, la Corte sembra, dunque, diversificare il tipo di causalità rilevante a seconda che ci si trovi di fronte ad un apporto esterno isolato oppure di tipo continuativo: il primo, infatti, *«soggiacerebbe ad un regime di accertamento informato ad una rigorosa logica causale/condizionalistica: la sua rilevanza penale sarebbe subordinata alla produzione di un evento di positiva portata per il sodalizio»*, mentre il secondo *«dispenserebbe dalla verifica del risultato richiesto dall'associazione. Essendo sufficiente ai fini della sua punibilità, che il soggetto (...) si sia effettivamente attivato; non occorrendo, per contro, che i suoi interventi abbiano generato gli esiti auspicati»*¹³.

La pronuncia del 2002 sembra, in definitiva, vanificare l'intento avuto di mira nella sentenza Demitry: la tipizzazione del concorso esterno quale reato d'evento aveva, infatti, la funzione di circoscrivere l'area del penalmente rilevante, facendovi rientrare esclusivamente le condotte più gravi, quelle, cioè, che si fossero sostanziate in un apporto salvifico al sodalizio mafioso, soddisfacendo, come si è detto, istanze di

¹⁰ Nella sentenza, infatti, si afferma che l'apporto del 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»*.

¹¹ Le Sezioni Unite, infatti, sostengono esplicitamente che *«l'accertamento del nesso causale nel concorso esterno non comporta di per sé difficoltà maggiori di quanto può comportare la individuazione di una condotta idonea ed univoca agli effetti del tentativo»*.

¹² L'ambiguità delle Sezioni Unite sul punto è stata criticata, osservando che *«far leva sulla categoria dell'idoneità significa evocare, più che una causalità in concreto accertata ex post, un'attitudine ex ante di tipo generale e quindi, in altri termini, una causabilità più che causalità in senso proprio»*, C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, p. 240. Medesima è l'obiezione di chi afferma *«la sentenza Carnevale parrebbe dunque ispirata ad una certa ambiguità irrisolta: la causalità invocata in apicibus sembra tradursi (assai modestamente) nel riscontro della idoneità attribuibile alla condotta per la conservazione o il rafforzamento del sodalizio»*; T. PADOVANI, *Note*, op. cit., p. 7.

¹³ Così V. MAIELLO, *Il concorso esterno*, op. cit., p. 138.

adeguamento ai principi di offensività e proporzionalità. Le scelte della sentenza Carnevale – il ridimensionamento del requisito della «fibrillazione» e l'accoglimento di una nozione debole di causalità – sembrano, dunque, falsare l'equilibrio fra istanze individual-garantistiche e necessità di repressione del fenomeno della contiguità mafiosa, raggiunto a fatica nel 1994.

2.3. La sentenza Mannino bis.

L'ultima pronuncia delle Sezioni Unite, datata 2005, insiste nuovamente sul versante della causalità, cercando di ripristinare l'assetto equo raggiunto nella sentenza Demitry, con degli ulteriori, opportuni, temperamenti.

Nella seconda pronuncia Mannino, infatti, la Corte si premura di affermare che, ai fini della configurazione del concorso esterno, «non è affatto sufficiente che il contributo atipico – con prognosi di mera pericolosità *ex ante* – sia considerato idoneo ad aumentare la probabilità o il rischio di realizzazione del fatto di reato, qualora poi, con giudizio *ex post*, si riveli per contro ininfluenza o addirittura controproducente per la verifica dell'evento lesivo»¹⁴.

Rifiutate, dunque, esplicitamente, le teorie dell'aumento del rischio e della causalità agevolatrice, i giudici di legittimità, attraverso l'esplicito richiamo alla sentenza Franzese di pochi anni precedente e scritta dalla penna dello stesso estensore¹⁵, optano per l'accoglimento del modello di sussunzione della teoria della *condicio sine qua non* sotto l'egida di leggi scientifiche di copertura.

Al giudice, dunque, non resta che valutare, tanto in presenza di contributi istantanei, quanto di contributi continuativi, l'efficienza causale della condotta dell'*extraneus* rispetto alla produzione degli eventi alternativi di «conservazione» o di «rafforzamento» del sodalizio, mediante un giudizio *ex post*, che abbia alla base, per espressa previsione della Corte riunita, «massime di esperienza di empirica plausibilità».

Perché possa applicarsi il combinato disposto degli art. 110 e 416 *bis* c.p., le Sezioni Unite ritengono, quindi, che, all'esito di un accertamento così strutturato, si debba poter sostenere che la condotta del concorrente abbia «*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*».

La Corte riunita, peraltro, si premura di specificare che, pur potendosi astrattamente configurare il concorso eventuale sul piano morale, non sia, invece, possibile accedere ad «un'impostazione di tipo meramente "soggettivistico"», stante il pericolo che «operando una sorta di conversione concettuale (e talora di sovvertimento dell'imputazione fattuale contestata), si 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: nel senso che la condotta atipica, se obiettivamente significativa, determinerebbe comunque nei

¹⁴ Cass., SS. UU., 12 luglio 2005, n. 33748, Mannino.

¹⁵ Cass. pen., SS. UU., 11 settembre 2002, n. 30328, Franzese. Le motivazioni delle due pronunce delle S.U., Franzese e Mannino *bis*, furono redatte, infatti, dal medesimo estensore, il consigliere Canzio.

membri dell'associazione criminosa la fiduciosa consapevolezza di poter contare sul sicuro apporto del concorrente esterno, e quindi un reale effetto vantaggioso per la struttura organizzativa della stessa».

Pare chiaro, infine, che, all'indomani di tale pronuncia, risulti ulteriormente rafforzato lo statuto della tipicità del concorso esterno in associazione mafiosa, stabilita la necessità, ai fini della configurazione del reato, di individuare, in primo luogo, una condotta *concreta* ascrivibile al concorrente esterno, e di verificarne, successivamente, l'efficacia eziologica rispetto alla produzione di un vantaggio in favore del sodalizio. Se, infatti, il concorso esterno è un reato di evento, il primo problema è rappresentato dall'individuazione di una condotta oggettiva attribuibile all'*extraneus*, operazione che non consente, peraltro, di accontentarsi di mere ricostruzioni di generici contatti fra il concorrente eventuale ed il sodalizio, ricostruiti, ad esempio, mediante chiamate *de relato*, difettando, in quest'ultimo caso, uno dei termini del legame causale di cui occorre verificare la sussistenza.

Recuperata, dunque, attraverso una descrizione causalmente orientata del concorso esterno, la funzione selettiva della tipicità penale, resta esclusa la possibilità di ritenere penalmente rilevante la mera vicinanza alla cosca, che, pur moralmente deprecabile, non si traduca in un apporto concreto e foriero di benefici per l'organizzazione criminale.

3. La nozione di evento.

Un primo nodo problematico della giurisprudenza delle Sezioni Unite Mannino *bis* si rinviene nella nozione di evento in essa accolta¹⁶.

Infatti, per stabilire se un'azione sia qualificabile come condizione necessaria dell'evento, occorre, innanzitutto, descrivere in maniera minuziosa il risultato naturalistico che da essa debba derivare. Da questo punto di vista, né la «*conservazione*», né il «*rafforzamento*» sono eventi suscettibili di descrizione, poiché, com'è stato acutamente osservato, «*oltre a costituire estrapolazioni concettuali sprovviste di supporto tipico, sono concetti metaforici privi di un contenuto determinato, evocativi di una realtà complessa a comporre la quale intervengono valutazioni, stime, apprezzamenti insuscettibili di tradursi in una descrizione storicamente definita hic et nunc*»¹⁷.

In assenza di una compiuta descrizione di tali eventi non è possibile, dunque, stabilire se la condotta dell'*extraneus* abbia o meno rappresentato una *condicio sine qua non* del loro verificarsi, salvo accontentarsi di un mero accertamento d'idoneità *ex ante* rispetto alla loro astratta causabilità.

¹⁶ Occorre sottolineare che l'ultima pronuncia delle Sezioni Unite, confermando la scelta, già operata nella sentenza Carnevale, di slegare la figura del concorrente esterno dalla patologia della vita dell'associazione, ha avallato lo sdoppiamento dell'evento della condotta di concorso esterno: non più il mantenimento in vita dell'associazione, ma la sua «*conservazione*» o il suo «*rafforzamento*».

¹⁷ T. PADOVANI, *Note*, op. cit., p. 9-10.

Individuando quale secondo termine del rapporto causale (il mantenimento in vita/rafforzamento del) l'associazione nel suo complesso, si prende poi in considerazione un elemento che non assume la medesima rilevanza in tutte le fattispecie previste al I e al II comma dell'art. 416 *bis* c.p.: l'organizzazione associativa, infatti, pur costituendo l'evento in rapporto alle condotte di promozione o di partecipazione a sodalizi in corso di formazione, è mero presupposto della condotta di partecipazione ad associazioni già operanti¹⁸.

Ove, peraltro, occorra provare l'efficacia della condotta del concorrente esterno rispetto all'evento di rafforzamento del sodalizio criminale, pare chiaro che il contributo dell'*extraneus* non possa rappresentare che una delle concause del potenziamento dell'associazione, circostanza che rende più complesso l'accertamento dell'efficienza eziologica, che resta, però, in ogni caso ineludibile.

Le Sezioni Unite, inoltre, sembrano più che altro fare riferimento all'evento in senso giuridico, facendo perno, cioè, sull'effetto offensivo della condotta rispetto al bene giuridico tutelato dalla norma, vale a dire l'ordine pubblico, che, secondo la Corte riunita, risulta «violato dall'operatività del sodalizio e dal diffuso pericolo di attuazione dei delitti scopo del programma criminoso».

L'impostazione eziologica del reato di concorso esterno risulta, però, evidentemente indebolita, ove si prescindano dall'accertamento del legame causale fra la condotta ed un evento naturalistico¹⁹. Il pericolo che sembra, dunque, paventarsi all'orizzonte si sostanzia nella possibilità, tutt'altro che remota, che la verifica dell'efficacia eziologica dell'agire dell'*extraneus* si traduca, in realtà, in una aprioristica affermazione di causalità *in re ipsa*.

4. Le leggi di copertura (*recte*: le massime di esperienza) del fenomeno della contiguità mafiosa.

Pare chiaro, inoltre, che l'ambiguità di certe forme di complicità renda difficile il reperimento di leggi di copertura stabili e collaudate, sulla cui base, ad avviso delle Sezioni Unite, dovrebbe poggiare il giudizio di rilevanza causale²⁰.

Non potendosi, dunque, rintracciare leggi scientifiche che spieghino il fenomeno della contiguità, un ruolo di primo piano finisce per spettare alle massime di esperienza, specie a quelle di matrice criminologica e sociologica.

¹⁸ Così, V. Maiello, *Il concorso esterno*, op. cit., p. 66 nota 48; Cfr. Cass. pen., sez. I, 11 ottobre 2016, n. 44193, nella quale si afferma che «l'evento (in senso giuridico e materiale) che la norma incriminatrice di cui all'art. 416 *bis* tende a reprimere [sia] definibile come l'esistenza ed operatività concreta di un 'consorzio umano organizzato' (l'associazione mafiosa) avente determinate caratteristiche».

¹⁹ Per tali valutazioni si rinvia a P.G. MOROSINI, *La difficile tipizzazione giurisprudenziale del "concorso esterno" in associazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 588 ss.

²⁰ A tal proposito, si è osservato che tale difficoltà impedisca persino di passare al secondo livello del giudizio bifasico di accertamento della causalità, indicato nella sentenza Franzese e, successivamente, nella sentenza Cozzini (Cass. pen., Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786); così G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dommatici ed applicativi*, Roma, 2017, p. 244.

Le massime esperienziali vengono definite, prevalentemente, come generalizzazioni empiriche indipendenti dal caso concreto, fondate su ripetute esperienze e tratte, con procedimento induttivo, dall'esperienza comune, rispetto alla quale resterebbero tuttavia autonome. Eppure, nonostante siano loro riconosciute le caratteristiche della generalità, dell'indipendenza ed dell'autonomia, l'uso delle massime di esperienza pone più d'un problema²¹.

Tali generalizzazioni, infatti, enucleate dall'osservazione del normale svolgimento delle vicende umane, si limitano a congiungere un fatto all'altro secondo il criterio dell'*id quod plerumque accidit*, fornendo non la certezza, ma la mera probabilità che ad una determinata condotta segua un determinato evento.

Il rischio, inoltre, è che tali massime vengano applicate in modo automatico: non solo ci si accontenterebbe, per affermare l'esistenza del nesso causale, della mera verosimiglianza, ma, in più, quest'ultima potrebbe, nel caso concreto, risultare ulteriormente inficiata, dal momento che le mafie non presentano una precisa identità sociologica e si caratterizzano per la loro rapida evoluzione.

Per tale motivo, la giurisprudenza di legittimità, pur riconoscendo la rilevanza primaria delle massime di esperienza nei processi di mafia, ha sottolineato, più d'una volta, che il loro utilizzo non possa esimere il giudice dall'osservanza del dovere di ricerca delle prove indispensabili per l'accertamento della fattispecie oggetto della singola vicenda processuale: solo la verifica dell'applicabilità della regola prescelta al caso concreto consente, in definitiva, la sostituzione dell'*id quod semper necesse* all'*id quod plerumque accidit* e permette di raggiungere l'alto grado di credibilità logico-razionale circa l'efficacia eziologica del contributo dell'*extraneus* alle sorti del sodalizio mafioso²².

5. I tentativi di flessibilizzazione del paradigma causale nelle più recenti pronunce di legittimità.

I rischi appena esposti sembrano essersi concretizzati in alcune recenti pronunce, nelle quali i giudici di legittimità, lungi dal cimentarsi in una verifica della concreta efficacia eziologica della condotta del concorrente esterno, accolgono, invece, una

²¹ Per le riflessioni che seguono si rinvia a G. BORRELLI, *Massime di esperienza e stereotipi socio-culturali nei processi di mafia: la rilevanza penale della "contiguità mafiosa"*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1074 ss.

²² Così, ad esempio, nella sentenza Cabib, si affermava che «*la valutazione del giudice non deve uniformarsi a teoremi e ad astrazioni, ma deve fondarsi sul rigoroso vaglio dell'effettivo grado di inferenza delle massime di esperienza elaborate dalle discipline socio-criminologiche e deve, soprattutto, stabilire la piena rispondenza alle specifiche e peculiari risultanze probatorie, che, sul piano giudiziario, rappresentano l'imprescindibile e determinante strumento per la ricostruzione dei fatti di criminalità organizzata dedotti nel singolo processo*»; *Cass.*, Sez. I, 5 gennaio 1999, Cabib. Oppure, più recentemente, i giudici di legittimità osservavano che «*in tema di rilevanza dei risultati di indagini storico-sociologiche, ai fini della valutazione in sede giudiziaria dei fatti di criminalità di stampo mafioso, il giudice deve tenere conto, con la dovuta cautela, anche di tali dati come utili strumenti di interpretazione dei risultati probatori, dopo averne vagliato, caso per caso, l'effettiva idoneità ad essere assunti ad attendibili massime di esperienza e, principalmente, dopo averne ricostruito, sulla base dei mezzi di prova a sua disposizione, gli specifici e concreti fatti che formano oggetto del processo*»; *Cass.*, Sez. II, 9 giugno 2006, Sessa.

nozione indebolita di causalità, contentandosi di un mero giudizio di idoneità *ex ante* od allargando a dismisura la nozione di evento²³.

Una prima deviazione dai principi della sentenza Mannino *bis* può riscontrarsi nella sentenza Prinzivalli, emessa nel 2006 dalla V Sezione della Suprema Corte. Il caso di specie riguardava il presidente di una Corte d'Assise, Giuseppe Prinzivalli, che, secondo la tesi accusatoria, aveva condotto, dietro compenso in denaro, una gestione non imparziale del dibattimento al fine di assicurarne l'esito favorevole agli imputati, capi di un'associazione mafiosa.

Pronunciata sentenza di condanna in I grado, poi riformata in appello, la Corte di Cassazione aveva annullato quest'ultima sentenza con rinvio, intimando al giudice *ad quem* di non tenere conto dell'elemento del concreto condizionamento della volontà degli altri membri del collegio.

In tale pronuncia, dunque, si riconduce al paradigma del concorso esterno la condotta del magistrato che si sia impegnato a favorire i clan a prescindere dall'effettivo condizionamento degli altri membri del collegio giudicante, ritenendo che *«rimosso, infatti, l'estremo argine contro le malefatte del sodalizio criminale, Cosa nostra si rinvigorisce della nuova linfa rappresentata dal contributo del magistrato colluso, ottenendo risultati favorevoli nell'immediato, insieme con l'aspettativa che l'orientamento della Corte faccia aggio in seguito presso la giurisprudenza»*²⁴.

Stridente appare il contrasto con la seconda sentenza Mannino, mancando del tutto la verifica dell'efficacia eziologica della condotta del concorrente esterno rispetto alla produzione di un effettivo vantaggio per l'organizzazione nel suo complesso. Tale carenza, tuttavia, è mascherata dall'affermazione che un rafforzamento dell'associazione vi sia stato per il sol fatto di poter contare sull'impegno del giudice, in definitiva accogliendo la teoria della causalità psichica, espressamente rigettata dalla pronuncia a Sezioni Unite del 2005²⁵.

Ulteriore allontanamento dall'impostazione dell'ultima pronuncia della Corte riunita si registra nella sentenza Tursi Prato.

La V Sezione della Suprema Corte, trovandosi a giudicare un caso di scambio politico-mafioso, ritiene che *«basta il mero scambio delle promesse tra esponente mafioso e politico per integrare il sinallagma significativo del concorso esterno e non sono necessarie verifiche in concreto in ordine al rispetto da parte del politico degli impegni assunti ove vi sia prova certa, come nella specie, della conclusione dell'accordo, perché è lo stesso accordo che di per sé avvicina l'associazione mafiosa alla politica facendola in qualche misura arbitro anche delle sue vicende elettorali e rendendola altresì consapevole della possibilità di influenzare perfino*

²³ Per l'analisi di tale pronunce si rinvia a V. MAIELLO, *Il concorso esterno*, op. cit., 2014, p. 143 ss.; G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, op. cit., p. 235 ss.

²⁴ Cass., Sez. V, 15 maggio 2006, Prinzivalli, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1112 ss.

²⁵ G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Il concorso esterno*, op. cit., p. 494-495. Quanto alla sentenza Prinzivalli, si è peraltro osservato che in essa si ricostruisce una diversa tipicità concorsuale in cui *«la causalità cessa di essere uno strumento selettivo delle offese penalmente rilevanti e riassume le ambigue sembianze del concetto di idoneità ex ante»*, V. MAIELLO, *Il concorso esterno*, op. cit., p. 145.

l'esercizio della sovranità popolare, e cioè del suo potere»²⁶. La promessa del politico, si prosegue, è di per sé già sufficiente ad integrare il concorso esterno, poiché costituisce «agli occhi degli consociati in qualche misura una sorta di (obliqua) legittimazione, a prescindere dai vantaggi economici più concreti e contingenti».

La virata rispetto all'impostazione causale della seconda sentenza Mannino è chiarissima, tanto più che i giudici di legittimità non si premurano nemmeno di menzionare l'autorevole precedente delle Sezioni Unite. La sentenza Tursi Prato, oltre a sviare dal *dictum* della Corte riunita, sembra peraltro sintomatica della nuova e pericolosa tendenza non solo a considerare presunta o *in re ipsa* l'efficacia causale della condotta dell'*extraneus*, ma anche a sfumare il concetto di rafforzamento dell'associazione fino a smarrirne ogni substrato empirico²⁷.

Un ulteriore cenno va fatto alla sentenza Patriarca²⁸, nella quale i giudici della VI Sezione della Corte di Cassazione travisano il *dictum* della sentenza Mannino *bis*, sostenendo che le Sezioni Unite non avrebbero affatto richiesto che il contributo del concorrente esterno vada a buon fine, accontentandosi di un giudizio di mera idoneità *ex ante*.

Frainteso, dunque, il ragionamento delle S.U., la sentenza Patriarca conferma la decisione di merito, nella quale si era riconosciuta la responsabilità penale di un parlamentare per aver sollecitato il direttore di una filiale bancaria ad eseguire un provvedimento del Tribunale di Prevenzione di dissequestro e restituzione di un conto corrente intestato ad una società ricollegabile ad un boss della camorra, rigettando il motivo di ricorso fondato sulla circostanza che, quando intervenne la pressione del parlamentare, il direttore di banca avesse già eseguito il provvedimento.

In tale sentenza si accoglie, in definitiva, una concezione indebolita della teoria della *conditio sine qua non*, considerando causalmente rilevante ogni contributo del concorrente esterno che risulti idoneo, secondo un giudizio *ex ante*, a raggiungere l'obiettivo dell'associazione mafiosa.

I tentativi di flessibilizzazione dell'impostazione causale del concorso esterno, ribadita dalle Sezioni Unite Mannino *bis*, non sono, peraltro, mancati anche nelle pronunce di legittimità ancor più recenti²⁹.

Ad esempio, nella sentenza Ferraro³⁰, emessa all'inizio del 2013, la I Sezione della Corte di Cassazione, nel rigettare i motivi proposti avverso un'ordinanza del Tribunale del Riesame di Napoli, ha affermato che il contributo richiesto dalla Corte riunita, ai fini della configurazione del reato di concorso esterno, ben possa coincidere con la stipula di «un accordo di scambio con il quale un esponente politico si impegni - verso la promessa di voti in sede di elezioni amministrative - a favorire il sodalizio nei futuri rapporti con la

²⁶ Cass., Sez. V, 1 giugno 2007, n. 21648, Tursi Prato, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 2194 ss.

²⁷ Così T. PADOVANI, *Note*, op. cit., p. 10-11; G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Il concorso esterno*, op. cit., p. 495-496.

²⁸ Cass., Sez. VI, 13 giugno 2007, Patriarca; per la sua analisi si rinvia a V. MAIELLO, *Il concorso esterno*, op. cit., p. 147-148; FIANDACA, C. VISCONTI, *Il concorso esterno*, op. cit., p. 496.

²⁹ Per l'analisi di queste ed altre pronunce nelle quali si devia dall'impostazione garantista della sentenza Mannino *bis* si rinvia a G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, op. cit., p. 241 ss.

³⁰ Cass., Sez. I, 9 gennaio 2013, n. 8531, Ferraro.

Amministrazione», precisando, peraltro, che resta del tutto «irrelevante la mancata esecuzione delle promesse in discorso». Dello stesso avviso, la II Sezione, che, un anno più tardi, ha dichiarato la piena rilevanza, ai sensi del combinato disposto degli artt. 110 e 416 *bis* c.p., del patto di scambio politico-elettorale da cui derivi l'attivazione dell'associazione criminale per il procacciamento dei voti in favore dell'*extraneus*, sul presupposto che dal solo *pactum* derivi l'alterazione del gioco democratico³¹.

Da ultimo, in altra recentissima pronuncia³², la II Sezione della Suprema Corte ha sostenuto che esista, in tema di rilevanza penale delle condotte di contiguità alle cosche, un gigantesco malinteso, poiché erroneamente si ritiene che «l' *approdo della giurisprudenza delle Sezioni Unite (la citata seconda sentenza Mannino) postuli che tali atti, per costituire un valido apporto da parte del concorrente esterno, abbiano raggiunto lo scopo per cui furono posti in essere*», mentre «ciò che è richiesto è, ovviamente, che essi siano stati idonei a preservare la conservazione della associazione di stampo mafioso o ad ottenerne il rafforzamento».

Esaminate tali pronunce di legittimità, pare chiaro che il paradigma causale, utilizzato dalle S.U. per tipizzare il concorso esterno in chiave garantista, non abbia attecchito stabilmente nella successiva giurisprudenza, che, lungi dall'omologarsi all'impostazione coerente con i principi fondamentali del diritto penale, adottata nel 1994 e ribadita nel 2005, tenta, piuttosto, di annacquare l'accertamento del nesso eziologico fra la condotta del concorrente esterno e l'evento di conservazione/rafforzamento dell'associazione nel suo complesso, od offre una rilettura delle pronunce della Corte riunita che, contraddicendone la lettera e tradendone l'intento, consente di mettere fra parentesi la necessità stessa di una tale verifica³³.

6. Conclusioni.

All'esito di questa breve riflessione, pare chiaro che il problema della causalità meriti di acquisire una posizione centrale nel dibattito, per la verità, mai sopito, sul concorso esterno. Ed infatti, nonostante un numero davvero straordinario di pronunce delle Sezioni Unite, i dubbi non sembrano definitivamente messi a tacere.

La coscienza, però, che tali questioni insolute, alimentando una giurisprudenza centrifuga e traducendosi in disparità di trattamento, abbiano, in verità, ricadute tutt'altro che ininfluenti sollecita a riservare al tema una maggiore attenzione.

³¹ Cass., Sez. II, 22 gennaio 2014, n. 8028, Crea e altri.

³² Cass., Sez. II, 17 maggio 2012, n. 34979, Di Bella e altri. Nello stesso senso anche la sentenza Costantino (Cass., Sez. II, 10 dicembre 2014, n. 53675, Costantino), nella quale si è sostenuto che, perché la contiguità ad una cosca abbia rilevanza penale, è necessario che essa sia sorretta da «*uno o più contributi*», che, lungi dal ridondare effettivamente a vantaggio del sodalizio, siano meramente «*suscettibili di produrre un oggettivo apporto di rafforzamento o di consolidamento sull'associazione o quanto meno su un suo particolare settore*».

³³ Quanto alle ragioni del mancato adeguamento al *dictum* delle Sezioni Unite in tema di concorso esterno, si è ipotizzato che un tale atteggiamento della giurisprudenza possa nascondere una sorta di precomprensione punitiva, basata su un giudizio di valore etico, tale da indurre a ritenere meritevoli di repressione forme di contiguità che, secondo le Sezioni Unite, non assurgerebbero al rango di condotte penalmente rilevanti. Così, G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Il concorso esterno*, op. cit., p. 496 ss.

Ed infatti, come si è tentato di dimostrare in queste poche pagine, nella perdurante latitanza del legislatore, quella della piena valorizzazione dell'impostazione causale del concorso esterno sembra l'unica via percorribile, consentendo di recuperare la funzione selettiva della tipicità e di scongiurare il pericolo di scadere nell'ottica del diritto penale d'autore.

La fedeltà all'impostazione garantista delle Sezioni Unite Demitry e Mannino *bis* permette, infatti, di selezionare, in ossequio ai principi di materialità ed offensività, esclusivamente le condotte concrete, che ridondino, cioè, effettivamente a vantaggio delle organizzazioni criminali di stampo mafioso, lasciando da parte quelle espressive di mera vicinanza o compiacenza, ed escludendo così in radice la possibilità di punire non fatti, ma tipi d'autore.

Eppure, una simile concezione del concorso esterno, a causa della labile nozione di evento e delle difficoltà d'individuazione di leggi di copertura del fenomeno della contiguità mafiosa, risulta tanto problematica da rendere arduo, se non impossibile, il raggiungimento della prova del nesso causale. Negli ultimi anni, proprio per fuggire dal pelago della causalità, il legislatore ha iniziato a tipizzare, sul terreno della parte speciale, nuove figure di contiguità mafiosa che ne prescindono, incentrandosi sul mero disvalore della condotta potenzialmente idonea ad agevolare le associazioni criminali.

In questa direzione, infatti, sembrano orientate tanto le recenti modifiche apportate all'art. 416 *ter* c.p.³⁴, quanto l'introduzione di fattispecie nuove, quali l'agevolazione ai detenuti ed internati sottoposti a particolari restrizioni delle regole di trattamento e degli istituti previsti dall'ordinamento penitenziario di cui all'art. 391 bis c.p.³⁵, ed il nuovissimo depistaggio previsto all'art. 375 c.p.³⁶.

In attesa, dunque, di un intervento del legislatore in materia – eventualità che sembra, per la verità, poco più che un miraggio – il concorso esterno, così come tipizzato dalla giurisprudenza in un'inedita stagione di 'garantismo creativo', pare destinato, a causa delle aporie insite nella sua peculiare impostazione causale, ad una progressiva emarginazione.

³⁴ Il riferimento è alle modifiche apportate dall'art. 1, comma 1, l. 17 aprile 2014, n. 62. Per un'analisi critica della riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso si rinvia a G. AMARELLI, *La riforma del reato di scambio elettorale politico-mafioso. Una più chiara graduazione del disvalore delle condotte di contiguità mafiosa?*, in *questa Rivista*, 2014; G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, op. cit., 227 ss.

³⁵ Fattispecie introdotta dall'art. 2, comma 26, l. 15 luglio 2009, n. 94.

³⁶ Articolo così sostituito dall'art. 1, comma 1, l. 11 luglio 2016, n. 133. Il riferimento è, in particolare, al terzo comma di tale articolo, che sembra, per la verità, attagliarsi perfettamente alla vicenda Contrada.