

III SESSIONE

***LA DISTRIBUZIONE DELLA RESPONSABILITÀ PENALE
IN CONTESTI PLURISOGGETTIVI***

presiede: VINCENZO MAIELLO

GIUSEPPE AMARELLI

“Nel giardino dei sentieri che si biforcano”.

Il concorso esterno nei reati associativi tra teoria e prassi

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Alle origini del concorso esterno. – 3. La stagione della supplenza giudiziaria e la codefinizione giurisprudenziale del tipo criminoso. – 4. I risvolti positivi. – 5. I risvolti negativi. – 6. Il ritorno alla legalità e la recente tassativizzazione di ipotesi speciali di contiguità mafiosa: lo scambio elettorale, il depistaggio aggravato e l'agevolazione delle comunicazioni dei detenuti a regime di 41 *bis* o.p. – 7. Il caso dello scambio elettorale politico-mafioso di cui all'art. 416 *ter* c.p. ed i complessi rapporti con il concorso esterno tra sussidiarietà e specialità. – 9. Quale futuro per il concorso esterno?

1. *Introduzione.* – Anche io mi unisco al coro dei ringraziamenti formulato dai relatori che mi hanno preceduto agli organizzatori del Convegno, aggiungendone uno personalissimo per il titolo ammaliante della relazione assegnatami che richiama, addirittura, le *Finzioni* di Borges, chiarendo però sin d'ora che alimenta aspettative che non sarò in grado di soddisfare.

Nel turno di tempo a disposizione, infatti, cercherò di concentrare l'attenzione sull'evoluzione diacronica dell'istituto del concorso esterno, trattando nell'ordine: la sua travagliata genesi; la faticosa co-definizione giurisprudenziale della sua tipicità; la recente incriminazione legislativa di talune sotto-categorie di condotte di collateralità mafiosa; la conseguente contrazione degli spazi di operatività del concorso esterno, tra sussidiarietà e specialità, con particolare attenzione ai problemi emersi sullo specifico terreno degli accordi elettorali politico-mafiosi con la recentissima modifica nel 2019 del delitto di cui all'art. 416 *ter* c.p.

L'obiettivo è quello di provare a dimostrare come e perché, dopo anni di grande protagonismo sul proscenio del diritto penale, il concorso esterno abbia imboccato – o si appresti ad imboccare, se saranno ben valorizzate talune recenti novelle legislative – una parabola discendente, cedendo – o più correttamente, apprestandosi a cedere – il passo a nuove fattispecie incriminatrici focalizzate su peculiari comportamenti di fiancheggiamento *ab externo* dei gruppi criminali di tipo mafioso.

2. *Alle origini del concorso esterno.* – Il primo punto da cui partire è, allora, la ricostruzione delle recenti e tormentate origini dell'istituto nel settore della criminalità di tipo mafioso, tralasciando di indagare i suoi sporadici e forzati impieghi in contesti 'altri', come quello della criminalità organizzata di matrice terroristica o della criminalità organizzata comune, contraddistinti da fattispecie associative molto diverse sul piano del substrato criminologico e, quindi, conseguentemente, della tipicità e della natura giuridica, vale a dire fattispecie associative c.d. 'pure' che puniscono la condotta di 'partecipazione', diversamente dall'art. 416 bis c.p. che, invece, ha natura associativa c.d. 'mista' e punisce il 'far parte'. Com'è noto, il concorso esterno in associazione mafiosa nasce – per dirla con una felice definizione di Engisch – per colmare una *lacuna derivata di tutela* (recte: un *deficit derivato di tutela*), originatasi *dopo* l'introduzione nel sistema penale nel 1982 del delitto di *associazione di tipo mafioso ex art. 416 bis c.p.*

Lo sforzo profuso dal legislatore nel tentativo di creare una fattispecie associativa qualificata del tutto peculiare – che cioè, a differenza di tutte le altre, incrimina una associazione 'che delinque' e non 'per delinquere' – ha generato come effetto riflesso non previsto nella prassi giurisprudenziale il *problema di come garantire una adeguata risposta sanzionatoria nei confronti delle condotte dei non affiliati* strumentali alle attività dei clan.

Allo scopo di rispondere a tale 'domanda di pena' formulata rispetto ad un fenomeno di elevato allarme sociale, la giurisprudenza ha così inizialmente forgiato una versione del concorso esterno che potremmo definire 'proteiforme', in quanto capace di sussumere al suo interno, indistintamente, *tutte le possibili forme del fenomeno della contiguità mafiosa* meritevoli di pena in assenza di norme incriminatrici *ad hoc* diverse dalle meno gravi figure del favoreggiamento personale e dell'assistenza agli associati di cui agli artt. 378 e 418 c.p. all'epoca, peraltro, non passibili degli aumenti sanzionatori garantiti solo a partire dal 1991 dalle circostanze aggravanti 'mafiose' oggi confluite, con la riforma del 2018 sulla riserva di codice, nell'art. 416 bis.1 c.p.

Nella sua dimensione archetipica il concorso esterno nasce, quindi, come un *arnese giuridico malleabile*, frutto del combinato disposto di due norme indeterminate come l'art. 110 c.p. sul concorso di persone nel reato e l'art. 416 bis c.p. relativo al delitto di associazione di tipo mafioso, idoneo ad attrarre nella sua orbita *condotte agevolatrici* delle attività mafiose tra loro *molto eterogenee* sia meramente idonee, sia effettivamente causali rispetto all'effettivo espletamento delle attività dell'associazione.

Dopo un lungo dibattito circa la ammissibilità, a livello dommatico,

della combinabilità di un reato associativo con una clausola di estensione della tipicità soggettiva come quella contenuta nell’art. 110 c.p. e, più precisamente, relativamente alla possibilità di dilatare l’area della tipicità del delitto di cui all’art. 416 *bis* c.p. includendovi condotte di concorso materiale di persone, si è dovuto attendere l’intervento chiarificatore delle *Sezioni unite 1994 Demitry* per recidere ogni dubbio sul punto ed *ammettere espressamente la configurabilità del concorso esterno* nel delitto di associazione di tipo mafioso, alimentando così i noti problemi relativi alla possibilità di reprimere i fatti pregressi a tale pronuncia affrontati e risolti solo nel 2015 dalla sentenza della Corte EDU *Contrada c. Italia*, peraltro in modo non del tutto soddisfacente. Pur non essendo possibile in questa sede approfondire tale aspetto, vale solo la pena segnalare che – a rigor di logica – il concorso esterno non avrebbe dovuto essere considerato uno di quei mutamenti giurisprudenziali oggettivamente e assolutamente imprevedibili che, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, possono essere ragionevolmente assimilati alle nuove incriminazioni di marca legislativa e possono, quindi, godere della garanzia penalistica dell’irretroattività di cui all’art. 7 CEDU, dal momento che sembra integrare, piuttosto, una ben diversa situazione, vale a dire quella di un fisiologico contrasto giurisprudenziale sincronico, indispensabile per l’affinamento in una prospettiva dialettico-ermeneutica del raggio di intervento del diritto penale.

3. *La stagione della supplenza giudiziaria e la codefinizione giurisprudenziale del tipo criminoso.* – Da quel momento storico successivo al primo pronunciamento del massimo organo nomofilattico nella sua più autorevole composizione inizia la seconda stagione del concorso esterno, quella della supplenza giudiziaria e della *codefinizione giurisprudenziale del suo tipo criminoso*, che produrrà, dopo altre due decisioni delle Sezioni unite penali nel 2002 e nel 2005, un *esito peculiare* – se non unico – nella esperienza giuridica nazionale: la *fucinatura interpretativa di un reato completamente diverso da quello indicato dai referenti normativi usati per individuarlo formalmente, i.e. il combinato disposto degli artt. 110 e 416 bis c.p.*

Si assiste, infatti, per oltre un decennio ad una complessa *attività di limatura e selezione degli elementi costitutivi del delitto di concorso esterno che, pur* stridendo con il principio di stretta legalità dei reati e delle pene, nonché con la teoria dell’accessorietà e con la concezione unitaria del concorso eventuale di persone nel reato, risulta ispirata piuttosto che da diffuse logiche di *law enforcement*, da insolite ragioni di coerenza con le funzioni della pena ed il principio di offensività.

In tutte le sentenze in questa materia il secondo polo del giudizio di relazione per verificare la sussistenza del concorso esterno è stato rappresentato *non dalle condotte espressamente tipizzate* dall'art. 416 bis c.p. nelle due distinte fattispecie incriminatrici di cui ai commi 1 e 2 (vale a dire, quelle di tipo verticistico della promozione, organizzazione ecc. e quella di tipo ordinario della partecipazione), *ma dall'associazione stessa* e dal suo rafforzamento, discutendosi, al più, se si dovesse accertare rispetto alla sua operatività la mera idoneità *ex ante* della condotta del contiguo, oppure l'effettiva incidenza condizionalistica *ex post*. Com'è stato rilevato da Maiello: "assumere la 'conservazione' e/o il 'rafforzamento' del sodalizio come 'eventi' da imputare causalmente al concorrente esterno, significa porsi al di fuori del combinato disposto degli artt. 110 e 416-bis del codice penale vigente (n.b.: l'a. 110 parla infatti di concorso nel medesimo reato), posto che quegli elementi, lungi dall'integrare espressi requisiti di tipicità di quest'ultima fattispecie, costituiscono piuttosto il risultato di un'attività ermeneutica a carattere creativo".

La combinazione delle due norme ora citate avrebbe dovuto produrre, al contrario, una estensione della tipicità della seconda, rendendo tipiche condotte altrimenti atipiche ma serventi alla realizzazione delle prime. Ciò significa che la nuova fattispecie plurisoggettiva eventuale avrebbe dovuto riguardare comportamenti tenuti da soggetti privi di *affectio societatis* ma dotati, all'esito di un giudizio *ex post* più tenue come quello che si conduce normalmente in materia di concorso eventuale di persone nel reato, di *efficacia agevolatrice rispetto alle distinte condotte descritte nei commi 1 e 2* dell'art. 416 bis c.p.: normalmente, la funzione incriminatrice dell'art. 110 c.p. rispetto a contributi atipici viene, difatti, esplicitata usando come polo del giudizio di relazione per verificare l'apporto causale in termini meramente agevolativi il fatto tipico descritto dalla norma incriminatrice a cui accede il contributo stesso, non un evento del tutto diverso e da questa non preso in considerazione in alcun modo.

Le *Sezioni unite Mannino 2005*, o *Mannino bis*, quando hanno messo la parola fine all'annoso dibattito sullo statuto di tipicità del concorso esterno, hanno invece *suggellato una situazione molto diversa* in cui il concorso esterno *trova solo formalmente una copertura legale nel combinato disposto di due norme generiche come il 110 e il 416 bis c.p.* e, dunque, solo *apparentemente integra una forma di concorso eventuale di persone nel reato*, ma nella sostanza assume le sembianze di *un reato monosoggettivo di evento a forma libera e causalmente orientato*.

Come precisato dalle S.U. 2005, infatti, coerentemente con il *dictum*

della sentenza delle S.u. 2002 Franzese a firma dello stesso relatore, il contributo dell'*extraneus* integra il *fatto tipico oggettivo* del concorso esterno solo quando si dimostri, all'esito di un giudizio esplicativo *ex post*, che sia stato (come condotta istantanea o anche prolungata) condizione necessaria – *condicio sine qua non* – *in via alternativa di uno dei due macro-eventi del rafforzamento o del mantenimento in vita dell'associazione intera, o di sue articolazioni rilevanti.*

È evidente, come questo ragionamento, segni l'esplicito commiato dal terreno della responsabilità concorsuale ai sensi dell'art. 110 c.p. e la *transizione* sul piano, ben diverso, e più selettivo *della responsabilità monosoggettiva per reati di evento*: per le S.U., infatti, per integrare un concorso esterno non è sufficiente accertare la mera efficacia agevolativa del contributo dell'estraneo rispetto alle singole condotte tipizzate di partecipazione (comma 1) o di direzione associativa (comma 2), ma è indispensabile *apprezzare l'incidenza eziologica, oltre ogni ragionevole dubbio, dello stesso rispetto ad uno dei macro-eventi alternativi* prima indicati, mantenimento in vita o rafforzamento dell'intero sodalizio criminoso. Per la precisione da quel momento si conviene che: «*Il contributo atipico del concorrente esterno, di natura materiale o morale deve avere “una reale efficienza causale”. In ossequio ai principi già enunciati nella decisione in tema di nesso di causalità nei reati omissivi (Cass. pen., Sez. Un., 10.07.2002, Franzese, in Foro it., 2002, II, 601), occorre, cioè, che sia stato condizione “necessaria” – secondo un modello ispirato allo schema della condicio sine qua non delle fattispecie a forma libera e causalmente orientate – per la concreta realizzazione del fatto criminoso collettivo e per la produzione dell'evento lesivo, non essendo consentito “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”.*

A partire da questo momento sono espunte definitivamente dall'area della contiguità mafiosa penalmente rilevante ai sensi del concorso esterno le condotte meramente idonee al raggiungimento degli obiettivi del rafforzamento o mantenimento in vita dell'associazione, ma in concreto prive di efficacia eziologica reale rispetto ad uno di tali eventi.

Una analoga operazione di curvatura ermeneutica sembra essersi registrata anche in ordine all'elemento psicologico del concorrente esterno, sebbene sul versante della tipicità soggettiva questa *transizione* dagli schemi di accertamento dalla responsabilità a titolo di concorso eventuale a quella monosoggettiva sia *meno netta*.

In particolare, sembra intravedersi in quella giurisprudenza succes-

siva che, invece di accontentarsi della prova di un ordinario dolo generico rispetto ad una condotta meramente agevolativa del reato di “direzione” o “partecipazione” associativa, ha richiesto un ben più consistente c.d. “doppio dolo” nel concorrente esterno, come ad esempio nella sentenza Dell’Utri 2012, arrivando così ad avvicinare, fin quasi facendolo sovrapporre, il dolo del partecipe con quello del concorrente esterno.

Ed infatti, per quanto concerne il piano dell’elemento psicologico del reato, non si ritiene più sufficiente dimostrare che il concorrente estraneo abbia agito a titolo di dolo generico nel reato a dolo specifico di cui all’art. 416 *bis* c.p., né che abbia agito con la piena consapevolezza di agevolare con il proprio contributo la associazione, disinteressandosi però della strategia complessiva di quest’ultima. Si deve, altresì, accertare, quale ulteriore essenziale requisito del concorso esterno, che il dolo dell’*extraneus* investa, nei momenti della rappresentazione e della volizione, sia tutti gli elementi essenziali della figura criminosa tipica, sia il contributo causale recato dal proprio comportamento alla realizzazione del fatto concreto, con la consapevolezza e la volontà di interagire, sinergicamente, con le condotte altrui nella produzione dell’evento lesivo del medesimo reato. E, sotto questo profilo, nei delitti associativi si esige che il concorrente esterno, pur sprovvisto dell’*affectio societatis* e cioè della volontà di far parte dell’associazione, sia altresì consapevole dei metodi e dei fini della stessa (a prescindere dalla condivisione, avversione, disinteresse o indifferenza per siffatti metodi e fini, che lo muovono nel foro interno) e si renda compiutamente conto dell’efficacia causale della sua attività di sostegno, vantaggiosa per la conservazione o il rafforzamento dell’associazione: egli “sa e vuole” che il suo contributo sia diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso del sodalizio.

Muovendo dalla concezione monistica del concorso di persone nel reato le Sezioni Unite approdano infatti alla condivisibile conclusione secondo cui più persone concorrono nello stesso reato di associazione per delinquere di stampo mafioso quando i loro contributi risultano essere finalisticamente orientati verso il medesimo evento descritto da detta fattispecie criminosa.

Ciò significa che per la configurabilità del concorso esterno diviene indispensabile che il concorrente non affiliato al sodalizio apporti un contributo che sa e vuole sia diretto alla realizzazione, anche solo parziale, del programma della *societas sceleris*, oltre che al suo oggettivo rafforzamento o mantenimento in vita.

Naturalmente, come tutte le soluzioni giurisprudenziali prive di una base legale precisa e determinata, anche questa è stata successivamente contraddetta o confutata da talune sentenze, che più o meno consape-

volmente, se ne sono distaccate, come le note pronunce della Cassazione Tursi Prato, Patriarca e Prinzivalli del 2006 e del 2007.

Solo nel 2012, con la sentenza Dell’Utri, si è avuta una definitiva riaffermazione della natura di reato di evento del concorso esterno e la conferma della irrilevanza penale ai sensi del combinato disposto degli artt. 110 e 416 *bis* c.p. delle mere condotte ritenute *ex ante* idonee a rafforzare l’associazione mafiosa.

Peraltro, dopo la recente riforma apportata all’art. 618, comma 1 *bis*, c.p.p. il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite 2005 Mannino dovrebbe aver acquisito maggior efficacia vincolante per la giurisprudenza successiva, impedendo le instabili oscillazioni del recente passato.

A far data dalla riforma del 2017 della disposizione relativa alle decisioni delle Sezioni unite penali, se una Sezione semplice vuole distaccarsi da un precedente arresto del massimo organo nomofilattico nella sua composizione più autorevole deve necessariamente investire della decisione quest’ultimo con un’argumentata ordinanza in cui siano motivate adeguatamente le ragioni della opportunità di un *revirement* interpretativo.

4. *I risvolti positivi.* – In ogni caso, questa ridefinizione del tipo criminoso del delitto di concorso esterno come reato monosoggettivo di evento doloso si è rivelata bifronte, innescando effetti positivi su taluni versanti, e problematici su altri.

Per quanto attiene ai primi, *risulta sicuramente ragionevole* se osservata dal punto di vista della simmetria tra condotta dell’*extraneus* e trattamento sanzionatorio, perché restituisce una fattispecie incriminatrice *coerente con i principi di offensività e di proporzionalità della pena* oggi tanto *a la page* grazie alle recenti pronunce della Corte costituzionale (*in primis* le note sentenze nn. 236/2016, 222/2018 e 40/2019) che ne hanno valorizzato il ruolo sul fronte della valutazione dei compassi edittali di pena: un contributo di un estraneo, privo di uno dei requisiti essenziali di tipicità che nel modello misto di partecipazione associativa sposato dalla Mannino contribuisce a definire l’elevato disvalore della condotta incriminata (l’*affectio societatis* e lo stabile inserimento nei gangli del sodalizio), è *ragionevolmente punito con le stesse pene della partecipazione* (mai della direzione di cui all’art. 416 *bis*, comma 2, c.p.) *unicamente* quando dia vita ad un *comportamento* che presenti un *grado omogeneo* in termini di gravità con quello della partecipazione e, quindi, quando produca uno dei macro-eventi prima descritti.

In secondo luogo, la declinazione in chiave causale-condizionalistica del contributo del non affiliato, proiettata sul risultato del mantenimento

o del rafforzamento della *societas sceleris* accertabile con giudizio controfattuale *ex post*, ha indiscutibilmente *incrementato il disvalore di evento del reato*, consentendo – in ragione dell'arricchimento strutturale della fattispecie – di *precisare con nettezza i confini con le figure limitrofe* del favoreggiamento (specie di quello pluriaggravato ai sensi del comma 2 dell'art. 378 c.p. e dell'art. 7 l. 152/1991, oggi art. 416 bis.1 c.p.) e dell'assistenza agli associati, *ex art. 418 c.p.*

Si ritiene, infatti, che oggi la linea di demarcazione tra le forme di collateralismo mafioso meno gravi descritte da queste due fattispecie incriminatrici ed il concorso esterno risieda, tendenzialmente, nel destinatario delle condotte agevolative.

Nell'ipotesi di assistenza prestata ad un singolo esponente di un clan mafioso per assicurarne o agevolarne la latitanza, al di là dell'effettivo risultato conseguito, si configurano i delitti di cui agli artt. 378 e 418 c.p. eventualmente aggravati dall'art. 416 bis.1 c.p.; nell'ipotesi di condotta effettivamente produttiva di un vantaggio oggettivo per l'intero gruppo criminale, si configura il ben più grave delitto di evento del concorso esterno.

Solo nel caso limite di assistenza alla latitanza prestata a favore di un vertice apicale di un sodalizio mafioso può ravvisarsi una condotta ascrivibile nella fattispecie del concorso esterno, naturalmente qualora si riesca a dimostrare che la agevolazione della sua latitanza, in ragione della sua importanza strategica all'interno dell'associazione, abbia prodotto effettivamente un oggettivo rafforzamento o mantenimento in vita della stessa.

5. *I risvolti negativi.* – Se questi arresti della giurisprudenza di legittimità, al netto di qualche isolato parere contrastante, paiono finalmente funzionali a ricondurre nell'orbita dei principî fondamentali della materia penalistica il concorso esterno, è anche vero che rischiano di rendere molto difficile il raggiungimento della prova dei requisiti stringenti individuati con fatica dalle Sezioni unite per il concorso esterno, tanto sul versante *oggettivo*, quanto su quello *soggettivo*.

È davvero arduo, sotto il primo profilo, raggiungere la prova che il patto elettorale politico-mafioso abbia *causato l'effettiva conservazione o il concreto rafforzamento* in termini oggettivi dell'intero sodalizio, così come sotto il secondo aspetto quella del *doppio dolo* del politico non affiliato di partecipare agli scopi dell'associazione e di fornire un contributo causale al suo rafforzamento.

In particolare, risulta labile ed *eccessivamente sfuggente il macro-evento individuato* tramite l'opera creatrice della giurisprudenza quale

secondo termine del giudizio di relazione causale cui riferire la condotta del concorrente esterno, non essendo ben chiaro in cosa consista e come possa essere apprezzata la conservazione o il consolidamento delle capacità operative dell’associazione di tipo mafioso.

Com’è stato rilevato da Padovani ed altri Autori, “mantenimento in vita” e “rafforzamento” del sodalizio criminoso, 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*.

Senza una tale descrizione, peraltro, pretendere di stabilire, in termini eziologici, se il contributo “esterno” abbia costituito una condizione necessaria per la sopravvivenza o per il rafforzamento dell’associazione criminosa, secondo massime di empirica plausibilità, *significa semplicemente proporre un compito logicamente e praticamente impossibile*, destinato a risolversi secondo un’alternativa tanto secca quanto ineludibile. O si dovrà per l’appunto riconoscere che difetta la prova dell’efficienza causale nel contributo rispetto ad eventi che, per essere espressi in una dimensione valutativa astrattizzante, non offrono alcuno spazio al procedimento di eliminazione mentale secondo la tecnica della prognosi postuma, né consentono alcuna forma di controprova. Oppure, per le stesse ragioni, si riduce il significato e la portata della causalità alla mera idoneità *ex ante* del contributo a determinare la sopravvivenza o il rafforzamento dell’associazione (secondo una prospettiva che ha goduto in giurisprudenza di qualche non trascurabile fortuna), rassegnandosi a basare la rilevanza della condotta concorsuale sugli estremi del tentativo (un antitetico paradosso, visto che il nostro ordinamento – rigidamente ispirato al principio di esecutività – conosce il concorso nel tentativo, ma aborre dal tentativo di concorso).

Ma soprattutto, se il paradigma esplicativo utilizzato per accertare la causazione di questa conseguenza deve giustamente essere rappresentato – come in ogni reato di evento – dal giudizio bifasico indicato dalla sentenza Franzese delle Sezioni unite del 2002 e dalla Cozzini del 2010 e, dunque, prima dall’accertamento dell’esistenza di una *legge scientifica di copertura valida* a spiegare il fenomeno sul piano della c.d. *causalità generale* e poi dalla verifica nel caso concreto, tramite l’esclusione dei decorsi causali alternativi, dell’alto grado di credibilità logica o razionale che l’evento *hic et nunc* sia stato causato dalla condotta dell’imputato sul c.d. piano della causalità individuale, ogni accertamento rischia di arrestarsi già al primo gradino.

Non esistendo leggi scientifiche di copertura in questo ambito, né tanto meno indici frequentisti esplicativi della probabilità statistica del verificarsi dell'evento, risulta estremamente complessa già la prova della c.d. causalità generale, come lascia indirettamente capire anche la sentenza Mannino che, infatti, senza soffermarsi in maniera analitica e problematica su un punto così rilevante, si affida direttamente per tale aspetto, *piuttosto che a regole di inferenza causale epistemologicamente attendibili, a "massime di esperienza dotate di empirica plausibilità"*.

Come è stato rilevato da una parte della dottrina, è invero ben possibile che in "materie di questo tipo, (queste) rischiano di presentarsi non già come la volgarizzazione di leggi logiche e causali, ma come l'espressione di "rozze generalizzazioni, generiche tendenze, opinioni e pregiudizi diffusi" difficilmente utilizzabili, quindi, come parametri di riferimento oggettivi utili a corroborare l'accertamento del nesso causale sul piano individuale e concreto.

Nello specifico caso del concorso esterno consistente nell'accordo politico-mafioso, le massime di esperienza a cui si affidano le Sezioni unite sembrano appartenere piuttosto che alla prima categoria, utilizzabile in materia di accertamento della causalità penale, vale a dire alla volgarizzazione di leggi scientifiche o alla loro formulazione in versione popolare, *alla seconda deleteria ed inutilizzabile categoria, quella delle rozze generalizzazioni, semplici opinioni o, addirittura, pregiudizi diffusi*. Risulta arduo stabilire infatti quali possano essere "le leggi scientifiche riferibili al fenomeno mafioso suscettibili di essere volgarizzate o formulate in versione popolare".

Nondimeno, problemi notevoli ai fini della punibilità a titolo di concorso esterno, soprattutto degli accordi elettorali politico-mafioso, sono sorti anche sul versante dell'accertamento processuale del 'nuovo' *elemento psicologico "plasmato" dalle Sezioni unite 2005*.

Per ritenere penalmente rilevante la collateralità politico-mafiosa la giurisprudenza si è spinta a richiedere, come si è già detto, che «il dolo del concorrente esterno investa, nei momenti della rappresentazione e della volizione, sia tutti gli elementi essenziali della figura criminosa tipica, sia il contributo causale recato dal proprio comportamento alla realizzazione del fatto concreto, con la consapevolezza e la volontà di interagire, sinergicamente, con le condotte altrui nella produzione dell'evento lesivo del 'medesimo reato'».

Se così stanno le cose anche sul versante dell'elemento psicologico del reato, appare davvero una *probatio diabolica* quella a cui è chiamata la giurisprudenza per poter ritenere configurato il concorso esterno in presenza di un accordo elettorale politico-mafioso, risultando difficilissimo

ravvisare la sussistenza contestuale sia degli elementi afferenti alla c.d. fattispecie oggettiva, sia di quelli relativi alla c.d. fattispecie soggettiva.

6. *Il ritorno alla legalità e la recente tassativizzazione di ipotesi speciali di contiguità mafiosa: lo scambio elettorale, il depistaggio aggravato e l'agevolazione delle comunicazioni dei detenuti a regime di 41 bis o.p.* – Lo stato sinora delineato del controllo penale della contiguità mafiosa denota un dato incontrovertibile: l'ipertrofia del diritto giurisprudenziale che, *tramite la forzatura praeter legem di norme incriminatrici*, ha per lungo tempo operato un tentativo inaccettabile in uno Stato di diritto di sostituzione della legalità formale con quella sostanziale, allo scopo di legittimare la punibilità dei fatti in ragione del loro disvalore sociale, a prescindere da una preesistente e chiara base legale.

Tuttavia, negli ultimi tempi, si è registrato in questa materia un silenzioso ma significativo *ritorno alla legalità*, attraverso taluni recenti interventi legislativi pointinisti e non coordinati tra loro che hanno parzialmente riportato un ambito disciplinare consegnato per anni al protagonismo del diritto giurisprudenziale nei confini ad esso più congeniali del diritto di base legale.

Sembra anzi, complessivamente considerandoli, che, in maniera casuale, si sia registrata una sorta di *aberratio legis*, vale a dire una *progressiva e casuale costruzione tramite la legge penale di forme di concorso esterno c.d. qualificate dotate di un'espressa copertura normativa*.

Si è infatti registrata in questo ambito una pluralità di interventi normativi che, di fatto, hanno finito per *tipizzare espressamente forme di apporti esterni ai sodalizi mafiosi, sottraendo così spazio alla figura delittuosa* di matrice giurisprudenziale scaturente dalla riscrittura in sede applicativa del combinato disposto degli artt. 110 e 416 *bis* c.p.

Il legislatore, infatti, con una serie disordinata di scelte riformiste di carattere settoriale, ha dimostrato di avere *inconsiamente accolto i suggerimenti* provenienti dalla dottrina che – constatate le descritte difficoltà circa la prova della causalità nei casi di concorso esterno – lo indirizzavano verso *l'adozione di fattispecie incriminatrici autonome di mera condotta di agevolazione* delle attività dell'intero sodalizio.

Leggendo in *maniera sinottica* alcuni recenti provvedimenti normativi tra loro *non coordinati* e, anzi, ciascuno rispondente a specifiche e pointinistiche esigenze punitive, si può intravedere *un filo rouge* che collega i delitti di *“Agevolazione ai detenuti e internati sottoposti a particolari restrizioni delle regole di trattamento e degli istituti previsti dall'ordinamento penitenziario”* di cui all'art. 391 *bis* c.p. introdotto nel 2009; di scambio elettorale politico-mafioso di cui all'art. 416 *ter* c.p. così come

profondamente riformulato nel 2014; e di depistaggio aggravato *ex art.* 375, comma 2, c.p. introdotto nel 2016. Oltre poi all'art. 416 *bis*.1 c.p. che può comunque essere adeguatamente valorizzato come vettore per la punizione di condotte di contiguità non riconducibili a fattispecie *ad hoc*, garantendo l'aumento esponenziale della risposta punitiva e l'attivazione del doppio binario processuale e penitenziario.

In tutte queste tre nuove o rigenerate fattispecie delittuose il fatto tipico descritto dal legislatore consiste in *una mera condotta agevolativa* delle attività del sodalizio fornita da un *extraneus*, sicché per la sua sussistenza *non si richiede la probatio diabolica del macro-evento del rafforzamento/mantenimento* in vita *dell'associazione* con un giudizio esplicativo *ex post* di tipo controfattuale e bifasico secondo il c.d. modello Francese, ma molto più semplicemente *dell'idoneità all'offesa ai beni giuridici tutelati con un giudizio predittivo ex ante*.

Si tratta, cioè, di condotte altrimenti ascrivibili in precedenza, con le summenzionate criticità, nella categoria del concorso esterno, soprattutto il nuovo scambio elettorale politico-mafioso, che è nato proprio dalla difficoltà di sussumere quelle condotte nel concorso esterno e di evitare deformazioni *contra legem* della vecchia fattispecie incentrata, come si è detto, sul mero scambio di voti *versus* danaro, ed il depistaggio aggravato, che ha descritto in termini autonomi ed espliciti una condotta perfettamente coincidente a quella tenuta da Contrada e qualificata dalla nostra giurisprudenza come concorso esterno.

Ragionevolmente, però, in *coerenza con il principio di proporzionalità delle pene* enunciato dal combinato disposto degli artt. 3 e 27, comma 3 Cost., nonché, a livello di diritto dell'unione, nell'art. 49 CDFUE, le cornici edittali di queste nuove fattispecie (al netto dell'incomprensibile riforma del 2019 del delitto di cui all'art. 416 *ter* c.p. su cui si tornerà *infra* più approfonditamente) sono state *calibrate in termini sensibilmente differenti* rispetto a quelle più severe comminate per il concorso esterno, trattandosi di reati di mero pericolo e non di danno; i compassi sanzionatori tra loro vicini sono infatti decisamente inferiori rispetto a quello derivante dagli artt. 110 e 416 *bis* c.p.

L'impatto complessivo di tali frammentate opzioni politico-criminali, che segnano una forte riappropriazione da parte del legislatore di spazi occupati dalla giurisprudenza, potrebbe essere davvero rilevante in quanto potenzialmente in grado di sottrarre alle odierne incertezze le sorti di molte condotte di contiguità mafiosa, ancorandole in maniera molto più *stabile, chiara e prevedibile ad esplicite figure delittuose ad hoc*.

7. Il caso dello scambio elettorale politico-mafioso di cui all'art. 416

ter c.p. ed i complessi rapporti con il concorso esterno tra sussidiarietà e specialità. – Queste riforme pongono però l'interprete davanti ad un dilemma di non agevole soluzione, imponendogli di decifrare il rapporto sincronico che si viene inevitabilmente ad instaurare tra il delitto di concorso esterno e le nuove fattispecie di agevolazione mafiosa espressamente tipizzate.

In primo luogo, si può ritenere in modo più agevole, che la tipizzazione di alcune sotto-categorie di condotte agevolative abbia aiutato a definire un quadro articolato della tutela penale della contiguità mafiosa in cui si stagliano fattispecie diverse collocate tra loro *in un rapporto di sussidiarietà e di progressione offensiva, similmente a quanto avviene in materia di corruzione per la funzione e corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio secondo la giurisprudenza di legittimità oramai consolidata.*

Vale a dire, che le nuove figure delittuose parrebbero tipizzare in modo tassativo ipotesi meno disvalorate di contiguità mafiosa sostanziatesi in mere condotte pericolose idonee astrattamente a rafforzare i sodalizi e, quindi, ragionevolmente destinatarie di un trattamento sanzionatorio meno severo; mentre il concorso esterno sarebbe figura residuale di evento tesa a colpire solamente i fatti più gravi di fiancheggiamento esterno con le medesime pene comminate edittalmente per la partecipazione associativa solo quando si provi che il reo abbia prodotto con la sua condotta uno dei due macro-eventi del rafforzamento/mantenimento in vita del sodalizio.

Tale opzione dommatica potrebbe, però, innescare effetti paradossali in alcuni ambiti, come quello della contiguità politico-mafiosa di tipo elettorale, conducendo, in talune ipotesi, alla tacita abrogazione del nuovo comma 2 dell'art. 416 ter c.p. introdotto nel 2014 con cui si è estesa la pena di cui al primo comma prevista per il promissario dei voti anche al promittente.

Ed infatti se un patto può essere qualificato sia come concorso esterno che come scambio elettorale a seconda della sua efficacia causale rispetto al sodalizio, il rischio è che se venisse qualificato come concorso esterno il promittente i voti che sia anche un appartenente ad un sodalizio mafioso sarebbe punito meno gravemente rispetto all'ipotesi in cui la medesima situazione fosse qualificata come patto elettorale ex art. 416 ter c.p.

Nel primo caso, infatti, il promittente risponderebbe unicamente del delitto di partecipazione associativa di cui all'art. 416 bis c.p. non potendo questo ovviamente concorrere con il concorso esterno, mentre nel secondo caso risponderebbe a titolo di concorso di reati del delitto di

cui all'art. 416 bis c.p. nonché di quello di scambio elettorale politico-mafioso di cui all'art. 416 ter, comma 2, c.p.

Già sulla scorta di tale assurdo esito interpretativo – irragionevole sul versante sanzionatorio a causa della previsione di un trattamento sanzionatorio più mite per i casi di scambio elettorale più gravi e illogico su quello legislativo a causa della disapplicazione della fattispecie di recente creazione del comma 2 dell'art. 416 ter c.p. –, la soluzione più ragionevole del rapporto tra le due fattispecie pare essere quella diversa e più drastica della specialità, che vede quindi nelle nuove ipotesi delittuose di agevolazione mafiosa forme qualificate di concorso esterno.

Si potrebbe reputare che la riforma del 2014, nella parte in cui ha tipizzato in maniera esplicita una forma di contiguità mafiosa, quella politica-elettorale, in realtà l'ha voluta sottoporre ad una disciplina peculiare speciale in cui l'anticipazione della tutela al momento della condotta è compensata dall'attenuazione della risposta punitiva.

In altre parole, si potrebbe sostenere che l'espressa incriminazione del patto elettorale politico-mafioso assolva, in un campo ancora gravato da grandi incertezze interpretative e privo di un referente normativo esplicito, una funzione di disciplina non surrogabile in alcun caso dalla figura delittuosa di definizione giurisprudenziale del concorso esterno.

Si potrebbe cioè riproporre quella tesi propugnata in passato sotto la vigenza dell'originaria disciplina che incriminava solo lo scambio voti/denaro che negava la possibilità di incriminare ai sensi del concorso esterno i patti collusivi diversi, quelli aventi ad oggetto ogni altra utilità, valorizzando l'espressa statuizione legislativa.

In particolare, si potrebbe sostenere che la scelta del legislatore del 2014 di riscrivere il nuovo art. 416 ter c.p. senza premurarsi di inserire una clausola di sussidiarietà espressa rispetto al concorso esterno (del tipo: “salvo che il fatto costituisca più grave reato”) sia espressiva dell'intenzione di individuare per una peculiare classe di fatti di contiguità mafiosa, quella politico-elettorale, una disciplina speciale non derogabile.

Coerentemente con il principio di stretta legalità *sub specie* riserva di legge e precisione, ma prima ancora con il canone *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, gli accordi collusivi politico-mafiosi dovrebbero essere allora considerati penalmente rilevanti ai sensi unicamente dell'art. 416 ter c.p., senza tener conto dei loro esiti rispetto alla conservazione o rafforzamento dell'associazione.

La riformulazione del delitto di voto di scambio nei termini prima chiariti dovrebbe allora significare che quel tipo di condotta, qualunque

caratteristica assuma, *non possa essere mai sussunta nel concorso esterno, dovendo trovare rispetto ad essa sempre applicazione la norma costruita espressamente dal legislatore*. Anzi, la scorciatoia probatoria prevista per queste forme di contiguità mafiosa, la cui rilevanza penale è ancorata al verificarsi di una mera condotta a prescindere da un evento oggettivamente e soggettivamente ad essa riconducibile, *sarebbe bilanciata dalla mitigazione del trattamento sanzionatorio*.

L'allargamento operato dal legislatore del 2014 dell'art. 416 *ter* c.p. a tutte le intese elettorali politico-mafiose, non solo quelle aventi ad oggetto voti/denaro, starebbe a dimostrare che *non residuerebbero più spazi per la configurabilità del concorso esterno rispetto ad esse*, neanche in quei casi limite che le Sezioni Unite Mannino, sotto la vigenza dell'originaria formulazione, avevano faticosamente ritagliato in presenza della serietà delle promesse, del calibro delle parti e dell'efficacia causale dell'intesa.

Se si condividesse questa premessa si potrebbe arrivare a ritenere qualsiasi accordo elettorale politico-mafioso *sempre riconducibile nell'alveo della norma ad hoc tesa a incriminarlo, senza operare difficilissimi distinguo tra le ipotesi qualificabili come concorso esterno e quelle riconducibili al voto di scambio*.

Tale diversa soluzione dei rapporti tra il primo comma dell'art. 416 *ter* c.p. ed il concorso esterno comporterebbe sul *versante correlato della posizione dell'altra parte dell'accordo, il promittente, la conseguenza di ritenere sempre configurato il delitto di scambio elettorale* a prescindere dalla sua caratura mafiosa.

Vale a dire che se il delitto di cui all'art. 416 *ter* c.p. viene considerato come l'unica disposizione applicabile ai patti elettorali politico-mafiosi, anche quelli causali rispetto alla vita associativa, il promittente i voti sarà sempre punibile ai sensi del suo secondo comma, sicché, *qualora sia un mafioso, egli sarà chiamato a rispondere tanto del delitto associativo ex art. 416 bis c.p., tanto del reato-scopo del voto di scambio*.

A favore di una simile soluzione militano anche ragioni di coerenza e razionalità che non possono essere pretermesse in sede di interpretazione della riforma: alla stregua di questa opzione ermeneutica si *esalterebbe anche la vis innovativa insita nel secondo comma dell'art. 416 ter c.p. destinato, altrimenti, ad una tacita abrogazione, almeno parziale*.

Considerato come ipotesi delittuosa sempre configurabile, tanto nel caso remoto di promittente non mafioso, tanto in quello molto più frequente di promittente mafioso, esso dimostrerebbe la sua notevolissima importanza, nel primo caso colmando un vuoto di tutela, nel secondo

caso irrobustendo la precedente disciplina altrimenti mitigata irragionevolmente rispetto a tutte le altre ipotesi di delitti-scopo dell'associazione.

8. *Quale futuro per il concorso esterno?* – Lo scenario appena descritto diventa ancora più plausibile dopo la irragionevole riforma populistica dell'art. 416 *ter* c.p. varata con la legge n. 43/2019 che, tra le altre cose, ha nuovamente equiparato le pene edittali comminate per il delitto di scambio elettorale politico-mafioso a quelle comminate per il delitto di partecipazione mafiosa di cui all'art. 416 *bis* c.p., con la possibilità, addirittura, di aumentarle in maniera fissa della metà nel caso di elezione del candidato beneficiario della promessa.

All'esito di questa modifica del precetto secondario del delitto di scambio elettorale politico-mafioso, con cui è stata inopportunamente ristabilita l'originaria scelta sanzionatoria emergenziale del legislatore del 1992, si approda all'assurdo ed irragionevole esito di assimilare in termini di disvalore e, quindi, di trattamento punitivo, situazioni tra loro eterogenee, come una mera condotta ritenuta *ex ante* idonea ad agevolare un sodalizio mafioso ed una invece considerata condizione necessaria *ex post* della produzione del macro-evento del rafforzamento o del mantenimento in vita dello stesso.

Anzi, con l'aggravante del nuovo comma 3 dell'art. 416 *ter* c.p., applicabile anche ai nuovi casi di promessa più evanescente non di denaro o altra utilità, bensì di futura disponibilità ad assecondare le esigenze dell'associazione, si arriva all'esito del tutto incomprensibile di punire in maniera molto più rigorosa la mera stipula di un patto dai contenuti abbastanza incerti, rispetto alla direzione strategica dell'intero sodalizio criminale e delle sue attività illecite: l'aumento fisso della metà della pena porta, infatti, ad infliggere un trattamento sanzionatorio al candidato *extraneus* al sodalizio che, se non stemperato da altre attenuanti eventualmente concorrenti, è maggiore di quello riservato dall'art. 416 *bis* comma 2 c.p. ai vertici apicali che ne tirano le fila.

È evidente che una impropria equiparazione di situazioni così differenti in termini di lesività ai beni giuridici protetti, come il concorso esterno e il mero patto elettorale, oltre a far sorgere dubbi di compatibilità costituzionale con i principi di cui agli artt. 3 e 27, comma 3 Cost., fa venire meno la piattaforma concettuale su cui poggia la tesi della sussidiarietà, vale a dire quella della progressione offensiva delle due fattispecie.

Una volta venuta meno la gradualità crescente del trattamento sanzionatorio, viene meno la possibilità di ammettere un rapporto di sussidiarietà tra le due fattispecie poste a tutela di medesimi interessi giuri-

dici, residuando come unica alternativa ragionevole percorribile la tesi della specialità, in forza della quale il nuovo art. 416 *ter* c.p. costituisce un'ipotesi speciale di concorso esterno applicabile ai patti elettorali politico-mafiosi anche se, ovviamente, resta sempre il dubbio sulla ragionevolezza della pena comminata che resta identica a quella del concorso esterno classico, inteso come reato di evento.

Sotto questo versante sembra, infatti, di essere tornati nella *notte hegeliana della contiguità mafiosa* in cui *‘tutte le vacche erano nere’* e non era necessario operare distinguo di sorta tra i diversi apporti forniti dagli extranei sulla scorta di una valutazione attenta del disvalore di evento e di condotta dei loro comportamenti.

Un simile scenario, inoltre, sembra far tornare indietro le lancette del tempo della parte speciale del diritto penale, ricalcando l'originaria impostazione autoritaria del codice Rocco del 1930 che modellava le fattispecie incriminatrici di parte speciale – così come i cruciali istituti di parte generale della causalità e del concorso di persone nel reato – secondo la logica della c.d. ‘equivalenza delle condizioni’, appiattendo, cioè, all'interno di un'unica fattispecie situazioni dal disvalore eterogeneo, successivamente scorporate in tempi recenti in più figure delittuose proprio in ragione della loro differente portata lesiva, come ad esempio il peculato e la concussione.

Ma il diritto penale del paradigma liberale che si vuole celebrare in questo convegno non può tollerare una *caducazione di alcuni dei suoi cardini, come i principî di offensività e di proporzionalità e rieducazione della pena.*

L'auspicio è che la improvvida scelta di equiparazione sanzionatoria, quando non di ipercriminalizzazione della forma qualificata di concorso esterno dello scambio elettorale come nel comma 3, sia *presto emendata o da un revirement legislativo* o dalla *scure della Corte costituzionale* che ha già ripristinato un volto ragionevole sul terreno punitivo in altri ambiti delicati e relevantissimi come la alterazione di stato, con la prima coraggiosa sentenza n. 236/2016 incentrata su un giudizio diadico in assenza di *tertium comparationis*; la bancarotta fraudolenta con riguardo specifico alla pena accessoria fissa dell'interdizione dall'esercizio di un'attività imprenditoriale con la sentenza n. 222/2018; e lo spaccio di stupefacenti pesanti con la sentenza n. 40/2019.

In una prospettiva ancor più ampia e di lungo periodo, si può invece auspicare che, dopo aver riparato questo errore, il legislatore completi il suo percorso di tassativizzazione del concorso esterno tramite l'introduzione di ipotesi qualificate speciali, conducendo così, finalmente, ad una riespansione anche in questo terreno così complesso del principio di

legalità dei reati e delle pene, ponendo termine alla stagione della sup-
pienza giurisprudenziale già durata troppo a lungo.

In quest'ottica sarebbe opportuno *proseguire nella strada intrapresa fino al recente ed incomprensibile cambio di rotta del 2019 per lo scambio elettorale, fissando in tutte le incriminazioni di condotte agevolative regimi sanzionatori affievoliti rispetto a quelli sanciti per le condotte di intraneità associativa*, prevedendo, al massimo, la possibilità di equiparazione nelle sole ipotesi (qualificabili in termini circostanziali) in cui l'intervento dell'agente produca, effettivamente, un rafforzamento rilevante dell'organizzazione.