

Approccio riduttivo e carattere aporètico delle Sezioni Unite della Corte di cassazione sul concorso esterno nel reato associativo

Gabriele Lino Verrina

SOMMARIO: 1. Riflessioni d'ordine etimologico, 501 – 2. Prima tesi. Partecipazione punibile *ex art.* 416-bis c.p., 503 – 3. Seconda tesi. Ragion d'essere delle fattispecie criminose prefigurate dagli artt. 378, 379, 418, 416-ter c.p., 505 – 4. Terza tesi. Natura permanente del reato associativo e sua rilevanza, 507 – 5. Quarta tesi. Colpevolezza nel reato plurisoggettivo ed elemento psicologico nel concorso di persone nel reato *ex art.* 110 c.p., 508 – 6. Quinta tesi. Aporie e percorsi metodologici arbitrari nelle sentenze del 1994, del 2002 e del 2005 delle Sez. Un. della Corte di cassazione, 510 – 7. Profili di incostituzionalità del concorso esterno nel reato associativo, 519 – 8. Sent. n. 15727 del 2012 della Corte di cassazione di annullamento della sentenza della Corte d'appello di Palermo contro Marcello Dell'Utri, 525 – 9. Ancora aporie e ambiguità del giudice di legittimità in ordine al reato di "creazione giurisprudenziale", 529 – 10. Prospettazioni *de jure condendo*, 532.

1. Riflessioni d'ordine etimologico

Ancor prima di esporre, sia pure in estrema sintesi, le argomentazioni logico-giuridiche e d'ordine costituzionale a favore della tesi dell'incompatibilità tra concorso esterno e reato associativo, non può non rilevarsi che concorrere significa letteralmente accorrere insieme, adunarsi, affluire in un sol punto.

In senso figurato: « Gli dei d'Abisso in varie torme / concorron d'ogn'intorno a l'alte parte » (Tasso); significa ancora convergere, partecipare ad un'impresa (mat.) e raramente convenire, consentire, essere d'accordo in un'opinione, in una sentenza¹. Già alla stregua del chiaro significato etimologico, pertanto, il concorso esterno nel reato associativo appare difficilmente ipotizzabile rispetto ad un « ente criminale » che ha già realizzato il suo momento genetico fondamentale con la convergenza della (propria) condotta di ciascun membro con quella degli altri facenti parte dell'associazione per delinquere, in condizioni di reciprocità (*affectio societatis*), per la realizzazione della condotta plurisoggettiva e del comune evento lesivo; circostanze, que-

1. Dal lat. "concurrere", comp. da *cum* "con" e *currere* "correre": cfr. Nuovo Zingarelli, *Vocabolario della lingua italiana* di Nicola Zingarelli.

ste, che se sussistessero per l'*extraneus* varrebbero ad integrare un'ipotesi di partecipazione punibile *tout court ex art. 416-bis, co.I, c.p.*

L'associazione, in ultima analisi, è ontologicamente tale quando rappresenti un'entità distinta dalle singole deliberazioni criminose e sia, per ciò stesso, idonea ad agire anche dopo la realizzazione dei singoli delitti, con « ruoli » e « competenze » non identificabili *tout court* con le attività correlate alla commissione delle singole fattispecie criminose, essendo predisposte in vista di un programma criminoso « generico », in virtù del quale non è consentito configurare una condotta associativa caratterizzata dalla partecipazione ad un reato determinato.

Tale caratterizzazione del reato associativo e del dolo associativo, inteso come consapevolezza e volontà dei *soci scelerum* di dar vita ad un fatto proprio, destinato a diventare comune con gli altri associati, mentre la coscienza di contribuire ad un fatto altrui è propria del concorso (eventuale) di persone nel reato, costituisce già di per sé un elemento ostativo alla compatibilità tra reato associativo e concorso esterno, *ex art. 110 c.p.*: il reato plurisoggettivo è originariamente previsto tipicamente come plurimo e può essere commesso esclusivamente da tutti i soggetti considerati normativamente come necessari (« soggetti tipici descritti »). Qui è appena il caso di ricordare che, proprio in ragione della particolare natura del reato plurisoggettivo, il Grispigni esclude l'applicabilità ad esso delle norme relative al concorso eventuale di più persone nel reato e, particolarmente, l'operatività degli aggravamenti, delle diminuzioni di pena previsti dagli artt. 112 e 114 c.p. e degli effetti estensivi della compartecipazione criminosa (artt. 118 e 119)². Orbene, se ben può dirsi, con le parole di un noto filosofo della scienza, che « non c'è nessuna idea che non vada in pezzi quando viene esaminata nei dettagli »³, deve escludersi che l'intervento « rivoluzionario » (negativamente, s'intende) delle S.U. della Corte di cassazione possa contribuire a dirimere il tormentato cammino del concorso « esterno » nel reato associativo.

Un'estensione delle norme sul concorso di persone nel reato all'associazione per delinquere semplice e di stampo mafioso dilaterrebbe, d'altro canto, senza alcuna plausibile giustificazione, l'ambito di operatività delle relative ipotesi criminose, « determinando in tal modo una retrocessione della soglia di punibilità suscettibile di estendersi fino a ricomprendere anche attività di carattere meramente preparatorio, del tutto prive di una concreta

2. GRISPIGNI, *Il reato plurisoggettivo*, *Ann. di dir. e proc. pen.*, 1941, 317 ss. (poi in *Diritto penale italiano*, II, Milano, 1952, 223 ss.). L'Autore osserva che, a rigore, plurisoggettiva è la fattispecie. Plurisoggettivo è, altresì, il reato. Ma l'una e l'altro finiscono per identificarsi nella condotta corrispondente; PISAPIA, *Unità e pluralità di soggetti attivi nella struttura del reato*, in *Studi in onore di V. Manzini*, Padova, 1954, 375; DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956, 143.

3. FEYERABEND, *Idee: balocchi intellettuali o guide per la vita, Il caso e la libertà*, a cura di CERUTI, FABBRI, GIORIELLO, PRETA, BARI, 1994, 30.

potenzialità sul piano offensivo»⁴. Ciò premesso, sintetizzerò le cinque tesi a favore della predetta incompatibilità.

2. Prima tesi. Partecipazione punibile *ex art. 416-bis c.p.*

Ritengo di dover preliminarmente evidenziare che l'art. 110 c.p. prevede inequivocabilmente che il concorso di persone avviene nel « medesimo reato » e, conseguentemente, quando tutti vogliono lo stesso evento⁵. Il legislatore del 1930 non ha definito espressamente i limiti della compartecipazione criminosa rimettendosi, con una norma tautologica (art. 110 c.p.), alla *Wirkungsgeschichte* e, cioè, all'applicazione giurisprudenziale.

La compartecipazione criminosa è sempre riconducibile ad innumerevoli apporti di minima importanza, a plurimi contributi di notevole rilevanza e ben « potrebbe essere paragonata a una di quelle montagne madreporiche che si formano sui fondali marini grazie a infinitesimi apporti e a poco a poco divengono isole. Il navigante che vede il profilo dell'isola sa bene che *natura non facit saltus* che — a seconda dei flussi della marea — varierà la linea che separa la terra dal mare. Eppure sa che una linea di emersione, che separi l'isola dal suo substrato sottomarino, va indicata »⁶.

Orbene, nello studio del concorso di persone, il giurista è quasi nella situazione di quel navigante, ben sapendo che non vi è una differenza di essenza tra il concorso in senso logico, che fa da base naturalistica, e la compartecipazione criminosa in senso stretto, che sola interessa il diritto penale; e ben sa anche che una distinzione deve essere stabilita. L'art. 110 c.p. è, in ultima analisi, una norma tautologica, che non definisce il concorso, ma, essendo inserito in un sistema fondato sul principio di legalità (artt. 1 c.p. e 25, co. 2 Cost.), non può e non deve lasciare al giudice una discrezionalità del tutto arbitraria nell'individuare i fatti di concorso.

Ma se così è, può a ragione escludersi la compatibilità tra concorso esterno e reato associativo, la c.d. partecipazione esterna potendosi risolvere nel fatto tipico della partecipazione punibile *ex art. 416-bis, co. 1, c.p.*⁷ Com'è chiaramente evincibile, infatti, dalla specificazione delle singole ipotesi

4. DE FRANCESCO, *Societas sceleris. Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 83.

5. Per quanto riguarda il concorso di persone nel reato, cfr. VERRINA, *L'associazione di stampo mafioso*, Torino, 2008, Parte I, Cap. II, *Concorso esterno in associazione di tipo mafioso*, 29–45.

6. GIULIANI, BALESTRINO UBALDO, *I limiti della compartecipazione criminosa*, Milano, 1988, 50.

7. GROSSO, *Contiguità alla mafia, concorso in associazione mafiosa e irrilevanza penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, II, 1185; VASSALLI G., *Note in margine alla riforma del concorso di persone nel reato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006; A. D'AGOSTINO, *Il problema della configurabilità o non del concorso eventuale o esterno nei reati associativi*, in P. DE FELICE, *In tema di responsabilità penale per voto di scambio*, in *Studi in onore di R. Dell'Andro*, 1995, I, 163 ss; BERTOROTTA, *Il concorso eventuale di persone e reati associativi*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1998, 1284–1285.

prefigurate dalla norma incriminatrice in esame (promozione; costituzione; organizzazione; direzione), il legislatore si è fatto carico di precisare le condotte tipiche, sicché ogni altra condotta, rilevante ai fini associativi, non compresa in alcuna di quelle specifiche, rientra nell'accezione di « partecipazione ». In sintesi: il concetto di partecipazione è già previsto dalla fattispecie legale e non v'è alcuna ragione che consenta di far ricorso all'art. 110 c.p. per la punibilità di condotte ipotizzate dalla norma penale, nel rispetto del principio « *nullum crimen, nulla poena sine lege* ». “Partecipe” è colui che tanto oggettivamente quanto soggettivamente contribuisce in concreto alla perpetrazione del reato.

Il riferimento teleologico del “partecipe” con l'associazione fonda adeguatamente la tipicità del contributo di partecipazione e in tal caso sono rispettati i principi di materialità e di offensività, ogni qualvolta venga applicato *tout court* l'art. 416-bis, co. 1 c.p. Quel che si richiede è che il c.d. *extraneus* ponga in essere una condotta comunque funzionale alla vita dell'associazione, evincibile dalla reiterazione di condotte costituenti l'indice rivelatore, sotto il profilo psicologico, dell'*affectio societatis*.

Si tratta, pertanto, sul piano probatorio, di stabilire in quale misura l'apporto del singolo possa saldarsi con i contributi degli altri soggetti in una sintesi in cui il singolo apporto perde la sua individualità e si confonde con le altre condotte: l'unità del tutto costituisce appunto la condotta plurisoggettiva. Si richiede, dunque, che la partecipazione ci sia, a nulla rilevando che essa avvenga non nel momento genetico del sodalizio criminoso, ma in un momento successivo e in tempi frazionati.

Va da sé che una siffatta condotta di “partecipazione” rientra nell'ambito di operatività dell'art. 416-bis, co. 1, c.p., a condizione che corrisponda al *Tatbestand*, oggettivo e soggettivo, della fattispecie criminosa *de qua*. Il contenuto della volontà che in siffatta ipotesi l'azione del “partecipe” esprime, può e deve essere ricostruito con riferimento all'intera condotta plurisoggettiva: la mancanza della consapevole convergenza nella condotta plurisoggettiva non consente di ritenere punibile la condotta individuale, da ritenersi estranea alla comune condotta lesiva⁸. Non è vano e superfluo ricordare, inoltre, che l'intervento di un uomo politico in favore della mafia costituisce *tout court* una vera e propria partecipazione punibile, *ex* art. 416-bis, co. 1 c.p., ed è sicuramente più efficiente rispetto alla condotta di un mero partecipe interno al sodalizio⁹. A me pare, allora, che ben si debbano superare, nei

8. VERRINA, *L'associazione*, cit., Partecipazione punibile *ex* art. 416-bis, co. 1, c.p., 16-20; cfr. anche BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1982, 439-457; Id. *Diritto penale*, Padova, 1986; CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale*, I, Milano, 1943, 328 ss., il quale afferma che, come il reato complesso esclude il cumulo di reati, così il reato plurisoggettivo esclude il reato concorsuale; VALIANTE, *Il reato associativo*, Milano, 1990, 89.

9. Da un punto di vista etimologico “parte” (*pars, partis*) significa aver parte ad una cosa, *partem habere in aliqua re*, Cic. “Parte” indica ogni singola unità in cui si deve o si può dividere il tutto e,

predetti termini, i limiti di un'interpretazione meramente letterale della locuzione « Chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso [...] »¹⁰.

3. Seconda tesi. Ragion d'essere delle fattispecie criminose prefigurate dagli artt. 378, 379, 418, 416-ter c.p.

La “partecipazione”, come già detto, fa assumere la qualità di associato anche a soggetti non facenti parte, *ab origine*, del sodalizio criminoso, posto che, al di là del valore mitologico e simbolico di certi rituali codificati, non si diventa mafiosi con un rito protocollare, essendo concepibile che per lo Stato sia mafioso non solo la persona *ad hoc* investita e cooptata, ma anche l'*extraneus* che, per *facta concludentia*, abbia dato la sua disponibilità ed un concreto apporto per l'attuazione del programma del sodalizio criminoso.

La partecipazione criminosa, anche quando avviene successivamente alla formazione dell'associazione, costituisce indubbiamente un atto che si inserisce nell'unica condotta plurisoggettiva, in tal modo cooperando con essa alla realizzazione dell'unico evento e, quindi, dell'unico reato. Sarebbe veramente assurdo, pertanto, che il legislatore, avendo previsto tra le varie condotte penalmente rilevanti quella della “partecipazione”, con una particolare caratterizzazione dell'elemento psicologico, finisse poi per valutarla, per ragioni di mera repressione, come condotte di mero concorso in situazioni che, quando si verificano, ben possono essere sussunte nell'ipotesi di “partecipazione” punibile *ex art. 416-bis*, co. I, c.p.

Alla stregua dei canoni della logica giuridica può escludersi, dunque, l'operatività della disciplina del concorso di persone nel reato associativo. Non può e non deve, d'altro canto, passare inosservato che la norma incriminatrice di cui all'art. 418 c.p. punisce « chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato o di favoreggiamento (378, 379 c.p.), dà rifugio o fornisce il vitto a taluna delle persone che partecipano all'associazione [...] ».

La *ratio* dell'incriminazione va ravvisata nel senso di “riprovevolezza” che la società avverte per colui che aiuti in qualche modo i membri del sodalizio criminoso, pur essendo a conoscenza del programma che esso si propone di raggiungere. Il contributo fornito dall'agente non deve spiegare i suoi

quindi, ogni elemento che, unito agli altri complementari o supplementari, costituisce un tutto. Far parte di qualcosa significa essere un elemento di essa e, detto di persone, vuol dire essere membro di qualcosa. “Partecipare” (voce dotta lat. *participare*, da *particeps* gen. *participis*, “partecipe”) significa essere presente ad un qualsiasi avvenimento che interessi una cerchia più o meno ampia di persone: cfr. Il nuovo Zingarelli, *Vocabolario della lingua italiana*, Undicesima edizione.

10. È ben comprensibile tutta l'attualità dei canoni interpretativi attribuiti a Celso: *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*, D. I, 3, 17, *Celsus XXVI digestorum*. *Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*, D. I, 3, 24, *Celsus IX digestorum*. *In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit*, D. I, 3, 19, *Celsus XXXIII digestorum*.

effetti a vantaggio dell'associazione nel suo complesso, giacché in tal caso sarebbero configurabili gli estremi della compartecipazione punibile *ex art. 416-bis*, co. 1, c.p. Perché sia configurabile il reato di cui all'art. 418 c.p. non deve trattarsi di favoreggiamento (art. 378 c.p.) e, cioè, di un aiuto prestato *post crimen patratum* e, quindi, dopo la conclusione dell'attività criminosa dell'associazione, al fine di eludere le investigazioni dell'Autorità o sottrarsi alle ricerche di questa. Non deve essere configurabile, d'altro canto, l'ipotesi di favoreggiamento reale (art. 379 c.p.), consistente nel fatto di colui che « fuori dei casi di concorso nel reato e dei casi previsti dagli artt. 648, 648-bis e 648-ter, aiuta taluno ad assicurare il prodotto o il profitto o il prezzo di un reato ». Ma se così è, non può revocarsi in dubbio che la ragion d'essere delle tre predette fattispecie criminose si debba ravvisare nel fatto che, come la dottrina più autorevole ha sottolineato, l'aiuto prestato al singolo membro di un'associazione criminosa non sempre può essere sussunto nella norma incriminatrice di cui all'art. 378 c.p., ben potendo tale aiuto integrare gli estremi del reato meno grave di cui all'art. 418 c.p., in ragione del differente modo di atteggiarsi dell'elemento soggettivo del reato¹¹.

Orbene, com'è evincibile dalla previsione delle predette tre fattispecie criminose, il legislatore ha inteso sanzionare penalmente l'intero fascio di condotte delittuose afferenti al reato associativo, peraltro tradizionalmente definite di "concorso necessario". Non è sfuggito, infatti, al legislatore che l'associazione per delinquere di stampo mafioso, per il suo intrinseco carattere di coesione interna tra gli associati, è indubbiamente un fertile terreno per l'innesto di contributi esterni all'associazione stessa. In quest'ottica il legislatore ha previsto varie figure tipiche negli artt. 416, 416-bis c.p., tra cui anche quella del "partecipe", al fine precipuo di non lasciare fuori dall'area del penalmente rilevante condotte esprimenti un accentuato disvalore giuridico e oltremodo pericolose per l'ordine pubblico.

In definitiva, o il contributo del soggetto c.d. "esterno" all'associazione criminosa è veramente significativo ed adeguato rispetto alla struttura organizzativa dell'"ente" ed allora è configurabile una vera e propria partecipazione punibile *ex art. 416-bis*, co. 1 c.p., ovvero la condotta non ha tale connotazione, con la conseguenza che, se non rientra nell'ambito di operatività degli artt. 378, 379, 418, 416-ter c.p., è penalmente irrilevante e non v'è alcuna plausibile ragione di fare ricorso arbitrariamente all'art. 110 in relazione all'art. 416-bis, co. 1, c.p. costruzione logica, quella fin qui sinteticamente esposta, che consente di trovare l'equilibrio tra le esigenze di difesa della società dal delitto e le istanze garantistiche che sollecitano la tutela dei diritti fondamentali del cittadino: è il "culto della giurisdizione"

11. PAGLIARO, voce *Favoreggiamento* (dir. pen.), in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968; PULITANÒ, *Il favoreggiamento personale tra diritto e processo penale*, Milano, 1984, 118 ss.

che si integra con i principi e valori insiti nel “giusto processo”¹². È appena il caso di osservare, infine, che ci sono “valori costitutivi”, “valori di base”, “valori metagiuridici” dai quali nemmeno il giudice della nomofilachia può e deve prescindere, nell’interpretare le norme. Il giudice non deve lasciarsi prendere dalla paura di non raggiungere il risultato e dal disagio per il rispetto del principio di legalità insito nel processo penale: un siffatto giudice non sarebbe capace, per dirla con Bergson, di « prendere possesso di se stesso ».

4. Terza tesi. Natura permanente del reato associativo e sua rilevanza

Se l’aspetto caratterizzante l’associazione criminosa è la sua “stabilità”, non può revocarsi in dubbio che sia configurabile un reato tipicamente permanente, cosicché la consumazione si protrae fino alla cessazione dello stato antiggiuridico e, cioè, fino allo scioglimento dell’associazione¹³. È altrettanto certo, d’altro canto, che la *substantia* dei reati permanenti è riscontrabile, secondo la dottrina e giurisprudenza prevalenti, nella loro contrapposizione ai reati istantanei (*qui unico actu perficiuntur*), giacché questi ultimi si esauriscono in un ben determinato tempo, mentre i primi, dopo essersi realizzati, tendono a protrarsi ininterrottamente nel tempo.

Due sono i requisiti costitutivi del reato permanente: 1) il protrarsi dell’offesa derivante dalla condotta dell’agente; 2) la persistente condotta volontaria che, proprio perché tale, consente all’agente di far cessare in ogni momento la condotta antiggiuridica¹⁴. In particolare, nell’associazione per delinquere di tipo mafioso il vincolo associativo tra il singolo e l’organizzazione si instaura proprio nella prospettiva di una futura permanenza in essa a tempo indeterminato, protraendosi sino allo scioglimento della consorteria: soltanto il recesso volontario può costituire l’indice rivelatore della cessazione del carattere permanente del reato, a condizione che sia accertato in base ad una condotta esplicita, coerente ed univoca.

L’associato è punibile per il solo fatto di far parte dell’associazione e indipendentemente dalla durata del rapporto. Quel che rileva, per quanto riguarda l’elemento psicologico del reato *de quo*, è la coscienza di far parte di un impegno collettivo permanente e di svolgere i propri compiti, come prefigurati dai capi o coordinatori, al fine precipuo di realizzare, nei tempi

12. VERRINA, voce *Il principio del contraddittorio*, in *Dig. pen.*, 2° aggiornamento, Milano, 2004, 636-678.

13. VALIANTE, *Il reato associativo*, cit., 61-62 « Al perdurare o al rinnovarsi della condotta plurisoggettiva corrisponde la protrazione delle violazioni individuali del precetto, al perdurare dell’evento corrisponde la protrazione dell’offesa collettiva. Per tutta la sua durata, l’associazione permane nella sua situazione antiprecettiva e lesiva ».

14. BETTIOL, PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 1979, 371: « sono reati permanenti quelli per la cui esistenza la legge richiede che “l’offesa” al bene giuridico si protragga nel tempo per effetto della persistente condotta del soggetto »; Id., *Diritto penale*, Padova, 1986.

già definiti, i delitti programmati. La condotta di partecipazione, in qualsiasi momento avvenga, fa parte integrante dell'unica condotta plurisoggettiva e coopera, conseguentemente, alla realizzazione, come già detto, dell'unico evento e, quindi, dell'unico reato¹⁵: la condotta del singolo partecipe è proibita non già perché è di per se stessa lesiva, bensì proprio perché è destinata a diventarla unitamente alle altre condotte individuali degli altri partecipi necessari.

Orbene, sarebbe veramente strano che il legislatore, avendo previsto ben determinate condotte nell'art. 416-bis c.p. e, tra queste, quella del partecipe, con una particolare caratterizzazione dell'elemento psicologico, finisse poi surrettiziamente — e per ragioni di politica criminale — per trattarla come condotta semplicemente di concorso in situazioni che, come già detto, ben possono essere sussunte nell'ipotesi di partecipazione punibile *ex* art. 416-bis, c.p. In sintesi, se il contributo dell'*extraneus* svolge un ruolo rilevante e, comunque, non trascurabile per la realizzazione del fatto criminoso collettivo e per la produzione della lesione dell'ordine pubblico, non si vede come tale sostegno possa costituire una mera ipotesi di concorso esterno in un reato permanente già venuto ad esistenza. In siffatta ipotesi due sono le alternative giuridiche ragionevolmente concepibili:

a) un intervento dell'*extraneus*, nei confronti del sodalizio criminoso, veramente irrilevante e, quindi, privo di disvalore giuridico, a meno che non possa essere sussunto in una delle fattispecie criminose di cui agli artt. 378, 379, 418 c.p.;

b) una condotta che costituisca, per le sue modalità, l'indice rivelatore di un accentuato disvalore giuridico e che ben possa qualificarsi come "contiguità mafiosa" tale da poter rientrare nell'ambito di operatività della partecipazione punibile *ex* art. 416-bis, co.I, c.p.

5. Quarta tesi. Colpevolezza nel reato plurisoggettivo ed elemento psicologico nel concorso di persone nel reato *ex* art. 110 c.p.

Con riferimento alla partecipazione punibile *ex* art. 416-bis, co. I, c.p. si è affermato (par. 2) che nella partecipazione criminosa il soggetto deve avere coscienza e volontà della propria condotta antiggiuridica in quanto destinata a combinarsi con la condotta altrui. La *substantia* della coscienza e volontà rimane la condotta propria del singolo "partecipe", il quale tuttavia non può non rendersi conto della valenza che la sua condotta assume combinandosi con quella degli altri associati.

15. Per l'irrelevanza del momento in cui avviene l'adesione all'associazione, cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, II, Milano, 1982, 631; CONTIERI, *L'associazione per delinquere*, in *Foro pen.*, 1955, 438; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1950, 194-195.

Com'è stato correttamente osservato, «il dolo associativo, quindi, è consapevolezza e volontà di dar vita a un fatto proprio destinato a diventare comune con gli altri associati»¹⁶: egli deve essere ben consapevole della partecipazione degli altri e volere nel contempo la convergenza di tutte le condotte (*affectio societatis*), finalizzate alla realizzazione della fattispecie plurisoggettiva e, conseguentemente, del comune evento lesivo.

Il dolo associativo è, in definitiva, anche coscienza e volontà delle finalità dell'associazione e, cioè, del suo essere organismo collettivo con un programma illecito, pur non essendo necessario che si abbia conoscenza *in toto* del programma medesimo; è sufficiente, peraltro, la consapevolezza generica dell'esistenza della struttura organizzativa. *Sic stantibus rebus*, a me pare che, dovendo il dolo essere associativo, non possa sostenersi l'applicabilità dell'art. 110 c.p. all'associazione per delinquere di stampo mafioso, giacché se l'agente non è un vero e proprio partecipe dell'associazione ovvero un favoreggiatore e non ha svolto semplice assistenza agli associati, la sua condotta ricade nell'area del penalmente irrilevante.

La propensione a ricercare, entro certi limiti, soluzioni di tipo "unificante" anche sotto il profilo soggettivo, trae alimento dalla circostanza che il dolo specifico è fattore appartenente al fatto tipico in modo assai evidente: in forza di esso, la stessa condotta si colora di elementi soggettivi ed è, quindi, logico richiedere negli altri concorrenti la consapevolezza di tale componente qualificante¹⁷. Va da sé che il dolo specifico, essendo indicato *claris verbis* nella fattispecie, è elemento tipico e costitutivo del reato e deve, pertanto, caratterizzare la condotta di ogni agente, sicché se questa è sorretta dal solo dolo generico, non è conforme al tipo e non può essere sussunta nella norma incriminatrice *de qua*. Il difetto di tale elemento psicologico non rende possibile, in definitiva, la configurabilità della necessaria condotta plurisoggettiva, idonea a ledere il bene. *Ad hoc perventi*, ben si coglie la differenza sostanziale, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, tra il reato plurisoggettivo e il reato concorsuale, giacché nel primo, caratterizzato dal dolo specifico, ogni agente necessario deve svolgerlo, essendo elemento tipico, mentre nel secondo il concorso di persone avviene «nel medesimo reato» ed è prevista la stessa pena per tutti.

Ma ciò significa che per l'ordinamento è configurabile un'ipotesi di concorso solo quando tutti realizzano il medesimo reato¹⁸ e, pertanto, quando

16. VALIANTE, *Il reato*, cit., 77; FROSALI, *Concorso di persone nel reato*, in *Noviss. Dig. Ital.*, III, Torino, 1967, 1039, il quale ritiene che l'associato debba rappresentarsi la partecipazione degli altri almeno limitatamente al numero richiesto dalla fattispecie.

17. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 209. L'Autore ritiene che tale componente soggettiva sia richiesta per il concorrente, il quale in sostanza dice: «quel che vuoi tu, lo voglio anch'io». Ma quando ciò accade c'è, a mio parere, quanto basta per ritenerlo *tout court* partecipe ex art. 416-bis, co.1 c.p.

18. MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, I, Bologna, 1958, 479; ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 455.

tutti vogliono lo stesso evento¹⁹, giacché si concorre a uno specifico reato che è lo stesso per tutti, essendo prefigurato da una sola fattispecie e caratterizzato da una lesione e da un ben preciso elemento soggettivo. Nel reato plurisoggettivo, invece, la condotta di ogni “partecipe” deve realizzare, oggettivamente e soggettivamente, la fattispecie e, pertanto, il mero dolo generico non configura il reato.

La particolare caratterizzazione dell’elemento psicologico del reato associativo, nel quale il precetto è diretto ad evitare il formarsi della volontà collettiva e la realizzazione della condotta plurisoggettiva lesiva, rende, in ultima analisi, ontologicamente inconcepibile l’operatività dell’art. 110 c.p. in relazione all’art. 416-bis c.p. È evidente, allora, che, mancando la consapevolezza dell’altrui cooperazione, non può ritenersi realizzata la tipicità soggettiva e, conseguentemente, il c.d. concorrente esterno o assume, ricorrendone i presupposti, la figura del “partecipe”, punibile *ex art. 416-bis*, co. 1, c.p. ovvero, se non ricorre alcuna delle fattispecie di cui agli artt. 378, 379, 418 c.p., non è configurabile alcun reato, posto che le gravi pene previste dall’art. 416-bis c.p. sono direttamente riconducibili all’entità del rimprovero di colpevolezza e del giudizio di valore ancorato nella legge alla misura della colpevolezza²⁰.

Non può per alcun verso ipotizzarsi, in ultima analisi, un concorso nel reato associativo a titolo di dolo eventuale, giacché quest’ultimo è incompatibile con il dolo specifico richiesto dalla norma incriminatrice in esame, con la conseguenza che quando il c.d. concorrente esterno agisce con dolo specifico, c’è quanto basta per ritenerlo “partecipe” *ex art. 416-bis*, co. 1, c.p.: *tertium non datur*.

6. Quinta tesi. Aporie e percorsi metodologici arbitrari nelle sentenze del 1994, del 2002 e del 2005 delle Sez. Un. della Corte di cassazione

La storica sentenza Demitry²¹, costituente l’inizio del tormentato cammino del giudice di legittimità, è riferibile al vivace dibattito penalistico, sociocriminologico e politico circa l’an, il *quomodo* e il *quantum* della punibilità di forme di complicità e, ben può dirsi, di collateralismo che vengono generalmente indicate come “contiguità” alla mafia. Con riferimento alla concreta fattispecie, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno statuito che « è configurabile il concorso esterno nel reato di associazione mafiosa per quei

19. MAGGIORE, *Principi*, cit., 473.

20. Sul tema della concezione psicologica e su quella normativa della colpevolezza, cfr. SANTAMARIA, voce *Colpevolezza*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 646-665.

21. Cass., Sez. Un., 5 ottobre 1994, n. 16, Demitry, in *Foro it.*, II, CXVIII, 1995, 422-444. Tale pronuncia si pone in netta antitesi con la tesi sostenuta da Cass., Sez. VI, 3 giugno 1994, DELLA CORTE, in *Riv. pen.*, 19904, 1114.

soggetti che, sebbene non facciano parte del sodalizio criminoso, forniscano, sia pure mediante un solo intervento, un contributo all'ente delittuoso tale da consentire all'associazione di mantenersi in vita, anche limitatamente ad un determinato settore, onde poter conseguire i propri scopi»²².

Il giudice di legittimità ha precisato, al riguardo, che il concorrente eventuale, a differenza del partecipe, è « colui che non vuole far parte dell'associazione e che l'associazione non chiama a "far parte", ma al quale si rivolge, ad esempio, per colmare temporanei vuoti in un determinato ruolo, soprattutto — e il caso, come quello di specie, dell'"aggiustamento" di un processo risponde, a questa logica — nel momento in cui la "fisiologia" dell'associazione entra in fibrillazione, attraversa una fase patologica che, per essere superata, esige il contributo temporaneo, limitato, di un esterno ».

Orbene, tale "rivoluzionaria" (negativamente, s'intende) sentenza del giudice di legittimità ha trovato il suo momento genetico proprio quando, negli anni '70 e '80, si manifesta l'esigenza di reprimere il terrorismo e di colpire non solo gli aderenti alla associazioni e alle bande armate, ma anche quella fascia sociale che esprimeva consenso e sostegno esterno. In tale contesto storico scaturiscono gli orientamenti giurisprudenziali favorevoli ad un allargamento, oltremodo discrezionale e, per ciò stesso, inaccettabile, dell'area di punibilità delle condotte dell'*extraneus* al sodalizio criminoso. Ma se così è, l'*argumentum* addotto a favore della tesi del concorso esterno nel reato associativo si espone in maniera eclatante alle seguenti obiezioni fondamentali:

a) se il concorrente eventuale materiale è colui al quale il sodalizio criminoso si rivolge, soprattutto nel momento in cui la "fisiologia" dell'associazione entra in fibrillazione, attraversando una "fase patologica" che, per essere superata, richiede il contributo di un esterno, non può revocarsi in dubbio che un siffatto apporto, funzionale alla vita della "*societas sceleris*", integri una vera e propria "partecipazione" all'associazione, sicché può e deve escludersi la possibilità di un'autonoma configurazione del concorso esterno;

b) qualora nel reato plurisoggettivo il contributo del soggetto "esterno" all'associazione diventi determinante per la vita della stessa, ben può dirsi che tale condotta individuale, che dà vita al "tutto", è anch'essa "tutto", in una sintesi in cui la condotta del partecipe perde la sua individualità per far parte di tutte le altre (*universitas ex cohaerentibus*): è configurabile una vera e propria partecipazione punibile ex art. 416-bis, co. 1, c.p.;

c) la norma del concorso ha una funzione incriminatrice suppletiva, mentre nel caso trattato la norma l'art. 110 c.p. è stata applicata, *sine ulla*

22. Nella specie, è stato ritenuto configurabile il concorso esterno rispetto alla condotta di un soggetto che aveva svolto un'attività di intermediazione tra un capo camorrista e un magistrato per influire sull'esito di un processo penale a carico del primo.

ratione, ad un soggetto che è protagonista, atteso che il suo contributo viene considerato essenziale per la vita del sodalizio criminoso (“*vis unita fortior*”);

d) la differenziazione tra “concorrente eventuale” e “partecipe” appare a tutta prima ispirata al pregiudizio della compatibilità tra concorso esterno e reato associativo, com’è evincibile dalle non convincenti argomentazioni svolte nella sentenza Demitry. Evidentemente, non si tiene conto del fatto che tra le condotte associative, quella della partecipazione ben può qualificarsi a “forma libera” e, quindi, come contributo idoneo ed adeguato a dar vita autonoma al sodalizio (nel caso di associazione al momento della sua organizzazione) o ad arricchirlo e potenziarlo (nel caso di associazione in un momento successivo);

e) se il contributo dell’*extraneus* è tanto rilevante da garantire la permanenza del sodalizio criminoso, finalizzata alla perpetrazione di determinati delitti (c.d. delitti-scopo), è configurabile *tout court* un’ipotesi di partecipazione all’associazione, mentre se tale connotazione non sussiste si è fuori dall’ambito del penalmente rilevante: *tertium non datur*;

f) l’ontologica impossibilità di configurare il concorso, *ex art. 110 c.p.*, nell’associazione per delinquere semplice o di stampo mafioso, è evincibile anche dal suo contrasto, come già detto, con il principio di colpevolezza e con il canone di tipicità dell’illecito e, cioè, con il principio costituzionale di determinatezza / tassatività;

g) l’assunto delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, secondo cui sarebbe ipotizzabile una responsabilità, *ex art. 110 c.p.*, anche nel caso di contributo dell’*extraneus*, caratterizzato da dolo specifico, dimostra che in siffatta ipotesi la condotta antigiuridica ben può essere sussunta, *sic et simpliciter*, in una delle norme incriminatrici in questione (art. 416, 416-bis c.p.);

h) l’affermazione, d’altro canto, secondo cui la differenziazione tra concorso di persone nel reato e la partecipazione sarebbe riconducibile alla «parte di dolo che consiste nella volontà di far parte dell’associazione», nel senso che il concorrente eventuale agirebbe senza la volontà di far parte dell’associazione, richiedendosi che egli abbia la consapevolezza che altri fa parte, vuole farne parte e agisce con la volontà di perseguirne i fini, rappresenta un vero e proprio paralogismo, per l’elementare considerazione che costituisce un errore, dal punto di vista formale, ipotizzare la differenza tra concorso di persone nel reato e partecipazione esclusivamente *a parte subiecti*, in tal modo entrando nel terreno lubrificato dei fattori psicologici, di difficile accertamento in sede giudiziale: è veramente inconcepibile pretendere di selezionare e separare i vari momenti volitivi dell’agente;

i) la “costruzione” della dimensione soggettiva in termini meramente negativi, quale non volontà di far parte dell’associazione, dimostra l’ulteriore fragilità della tesi della compatibilità tra concorso esterno ed associazione per delinquere di stampo mafioso e costituisce, anch’essa, un paralogismo,

essendo veramente inconcepibile che l'uomo, capace d'intendere e di volere, pur essendo consapevole del contesto mafioso in cui liberamente agisce, sia animato, con riferimento a certi effetti della propria condotta, dalla volontà e, per dirla con Schopenhauer, dalla "nolontà" per certi altri effetti della stessa condotta, quasi per non subire le conseguenze negative del suo libero agire;

j) il concorso esterno nel reato di associazione per delinquere di stampo mafioso, lungi dall'essere ontologicamente concepibile, è in contrasto, come sarà dimostrato nel par. 7, con alcuni principi costituzionali²³;

k) l'iter logico-argomentativo della sentenza Demitry è la diretta conseguenza del rilevante ambito di operatività, in sede processuale, delle dichiarazioni dei pentiti e della *mutual corroboration*, secondo l'approccio riduttivo del giudice di legittimità²⁴. Nel pur comprensibile anelito verso la "verità", il giudice di legittimità s'illude d'aver trovato nel "pentitismo", nella "*mutual corroboration*" e nel "concorso esterno nel reato associativo" la chiave d'oro dell'accertamento probatorio, dimenticando che « il vecchio ideale dell'*epistème* — della conoscenza assolutamente certa, dimostrabile — si è rivelato un idolo [...] non il possesso della conoscenza, della verità irrefutabile fa l'uomo di scienza, ma la ricerca critica, persistente ed inquieta della verità »²⁵.

Vi è stata, tuttavia, un'ulteriore presa di posizione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione²⁶, sulla dibattuta questione, che, mentre da un canto non ha per alcun verso introdotto rilevanti novità, dall'altro canto ha tentato, *omnibus modis*, di cambiare rotta, al fine di dimostrare ad ogni costo l'originaria tesi del concorso esterno nel reato associativo con argomenti non convincenti. Tale sentenza, che non ha trovato il suo momento genetico in un contrasto di orientamenti giurisprudenziali, è in antitesi, sotto certi aspetti, non del tutto secondari, con la sentenza Demitry, il che sta a dimostrare ancora, se proprio ce ne fosse bisogno, che la tesi del concorso esterno nel reato associativo è una vera e propria "creazione giurisprudenziale", priva di giuridico fondamento. Orbene, con la sentenza *de qua* viene

23. Per un esame approfondito del tema in esame, cfr. VERRINA, *L'associazione*, cit., parte II, cap. I. Il concorso esterno nel reato associativo: inganni della dogmatica e disorientamenti del giudice di legittimità, 93–115; per quanto riguarda altre normative inconciliabili con lo Stato di diritto e con lo *ius constitutionis*; CONTENTO G., *Il concorso di persone nei reati associativi e plurisoggettivi*, 1978–1980, in *Scritti 1964–2000*, a cura di SPAGNOLO G., Bari, 2002, 109 ss.; GROSSO C.F., *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, 1990.

24. VERRINA, *Valutazione probatoria e chiamata di correo*, Torino, 2000, parte II, cap. III. "Elementi costitutivi della chiamata di correo", 69–94, nonché cap. IV. "Caratteri peculiari della chiamata di correo", 99–131, e parte III, cap. V. "Libero convincimento e chiamata di correo", 137–174.

25. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, 1934, trad. it., Torino, 1970, 311.

26. Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, Carnevale, in *Foro it.*, 2003, 9, 454–482; cfr. anche la tesi contraria della Cass., Sez. VI, 21 settembre 2000, Villico, in *Cass. pen.*, 2001, 2064, con la quale è stata ampiamente criticata la sentenza Demitry.

ribadito che il concorso esterno nel reato associativo è ammissibile e si afferma a tal uopo che è qualificabile come concorrente esterno l'*extraneus* che «fornisce un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo», dotato di «un'effettiva rilevanza causale ai fini della conservazione o del rafforzamento dell'associazione».

Al riguardo la Corte di cassazione precisa che «ciò che conta, infatti, non è la mera disponibilità dell'esterno a conferire il contributo richiestogli dall'associazione, bensì l'effettività di tale contributo e, cioè, che a seguito di un impulso proveniente dall'ente criminale il soggetto si è di fatto attivato nel senso indicatogli». Il giudice di legittimità vuole correggere l'*iter* logico-argomentativo della sentenza Demitry su di un punto veramente rilevante della motivazione, aspramente criticato dalla dottrina²⁷, e, sempre nello sforzo da Sisifo di dimostrare la fondatezza della tesi del concorso, asserisce: «Conclusivamente deve affermarsi che la fattispecie concorsuale sussiste prescindendo dal verificarsi di una situazione di anormalità nella vita dell'associazione». Evidentemente, il giudice di legittimità si è ben reso conto che un contributo così rilevante da far superare al sodalizio criminoso la fase patologica, nel momento in cui esso è in fibrillazione, rientra nell'ambito di operatività della partecipazione punibile *tout court ex art. 416-bis*, co. I, c.p.

Per l'ipotizzabilità del concorso esterno nel reato associativo il giudice di legittimità compie un rilevante sforzo dialettico affermando: «si tratti di attività continuativa o ripetuta, si tratti invece di una singola prestazione, dovrà valutarsi esclusivamente se la pluralità o l'unica attività posta in essere, per il grado di concretezza e specificità che la distingue e per la rilevanza causale che esprime, possa ritenersi idonea a conseguire il risultato sopra menzionato». Ma se così è, appare evidente che, dopo aver immaginato di superare un problema, il giudice di legittimità ne ha posto un altro che, essendo sostanzialmente riferibile ai presupposti dell'efficacia eziologia del concorso esterno, presenta molte ambiguità, non disgiunte da questioni inestricabili di accertamento probatorio e d'ordine costituzionale.

Il secondo «percorso argomentativo» del giudice di legittimità è ancor più ambiguo del primo, essendo oltremodo difficile, per non dire impossibile, stabilire i parametri che consentano di esprimere una valutazione di condotta rilevante, dal punto di vista causale, ai fini della conservazione o, comunque, rafforzamento dell'associazione per delinquere di stampo mafioso. Le Sezioni Unite della Corte di cassazione, infatti, hanno fatto riferimento a inaccettabili differenziazioni in ordine alla rilevanza causale della condotta dell'*extraneus*, a tal uopo assumendo che, se il fine dell'«aggiustamento» del processo, da parte di un magistrato compiacente, è

27. Cfr. VERRINA, *L'associazione*, cit., parte I, cap. II, par. 4. L'elemento soggettivo del concorso: il previo concerto. Concorso e fattispecie associative., 37-40.

perseguito con una condotta antigiusuridica isolata, è necessario accertare l'effettivo conseguimento dell'esito favorevole, mentre si può prescindere da tale accertamento nel caso di condotta reiterata nel tempo.

Orbene, tale *iter* logico-argomentativo non è per alcun verso condivisibile sul piano dei più elementari criteri della logica e, ben può dirsi, da un punto di vista empirico, essendo difficile comprendere, alla stregua delle affermazioni apodittiche del giudice di legittimità, se un siffatto giudizio di idoneità debba essere effettuato *ex post*, all'unisono con la logica causale, ovvero se sia riconducibile ad un accertamento *ex ante* con riferimento all'aumento del rischio. Non è dato, d'altro canto, comprendere se tale accertamento debba essere effettuato secondo il modello della sussunzione sotto leggi scientifiche e solo a patto che esso rientri nel novero di quegli antecedenti che, sulla base di una successione regolare conforme ad una legge dotata di validità scientifica (la cosiddetta legge generale di copertura della condotta o dell'evento), portano ad eventi del tipo di quelli verificatisi in concreto.

Né è dato comprendere se tale accertamento, quantunque non fondato su una legge scientifica di spiegazione di natura universale e meramente statistica — per l'assenza di una rilevazione di frequenza dei casi esaminati — ma su generalizzate massime di esperienza e del senso comune, si stato ritenuto attendibile secondo i criteri di elevata credibilità razionale, in quanto fondato sulla verifica, anche empirica, ma scientificamente condotta, di tutti gli elementi di giudizio disponibili, criticamente esaminati²⁸. Non è dato comprendere, inoltre, se sia configurabile il nesso eziologico nel caso in cui si debba accertare l'effettiva portata ed incidenza di una o di plurime condotte su associazioni e organizzazioni criminali di rilevanti dimensioni²⁹.

Appare evidente, in ultima analisi, il tentativo di puntualizzare i presupposti dell'efficacia eziologia che, a parte la sua ambiguità e difficoltà di accertamento sul piano probatorio, lascia al giudice una discrezionalità del tutto arbitraria nel pronunciare un siffatto giudizio di idoneità. *Quid iuris*, infatti, nel caso di plurime condotte che, pur essendo state finalizzate, da parte dell'*extraneus*, all'"aggiustamento" di uno o di più processi, non

28. Cfr. Cass., Sez. IV, 15 ottobre 2002, Loi, in Cass. pen., 2004, 2347; cfr. anche, con riferimento alla causalità in generale e in tema di responsabilità medica, Cass., Sez. Un., 10 luglio 2002, Franzese, in Foro it., 2002, II, 601.

29. FIANDACA, *La criminalità organizzata e le sue infiltrazioni nella politica, nell'economia e nella giustizia in Italia*, in *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, a cura di MILITELLO, PAOLI, ARNOLD, Milano-Friburgo, 2000, 259 ss.; Id., *Riflessi penalistici del rapporto mafia politica*, in Foro it., 1993, V, I; Id., *Un'espansione incontrollata del concorso criminale. Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa*, in Foro it., 1996, V, 127 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, V ed., 2007, 524; FIANDACA, *Il concorso esterno agli onori della cronaca*, in Foro it., 1997, 1-4. In chiave problematica e dubbiosa, cfr. AGIRÒ F., *Note dommatiche e politico-criminali sulla configurabilità del concorso esterno nel reato di associazione di stampo mafioso*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2003, 768. Per un esame approfondito del tema in questione, cfr. CAVALIERE A., *Il concorso eventuale nel reato associativo*, Napoli, 2003; Id., *Il concorso esterno nel reato associativo*, Torino, 2009, 329.

abbiano sortito l'effetto desiderato?

Eppure, è incontestabile che in tal caso, lungi dal configurarsi un rafforzamento del sodalizio criminoso, sarebbe ipotizzabile l'effetto contrario di sfiducia degli associati e l'efficienza causale sarebbe veramente inesistente, anzi negativa. Ed ancora: *quid iuris*, con riferimento all'effettiva rilevanza causale dell'*extraneus*, ai fini della conservazione e rafforzamento del sodalizio criminoso rispetto ad un'organizzazione criminale ormai costituitasi ed operante? E come sarebbe conciliabile un siffatto accertamento con un sistema fondato sul principio di legalità? Il terzo ed ultimo "percorso argomentativo" del giudice di legittimità, per nulla convincente, è riferibile all'elemento soggettivo. Con la sentenza del 2002 le Sezioni Unite della Corte di cassazione non si riferiscono più al « dolo di contribuzione e di agevolazione » e ritengono perentoriamente che « perché si possa affermare che i concorrenti hanno commesso "il medesimo reato", come recita la disposizione dell'art. 110 c.p., è necessario che le loro condotte risultino finalisticamente orientate verso l'evento tipico di ciascuna figura criminosa ». Orbene, a parte il fatto che tale asserzione è veramente lapalissiana e scontata, non è dato comprendere, da un'attenta lettura della motivazione della sentenza in esame, se il giudice di legittimità intenda affermare che l'attuazione del programma realizza l'evento del reato associativo, inteso come violazione dell'ordine pubblico ovvero come lesione di altri beni giuridici garantiti dalle previsioni legislative relative ai delitti-scopo: l'elemento psicologico dell'*extraneus* deve essere caratterizzato dal dolo "diretto" (coscienza e volontà di fornire un contributo « diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso del sodalizio »). È una nuova, ma non chiara, *actio finium regundorum* tra dolo dell'*intraneus* e dolo dell'*extraneus*; è un inedito dolo diretto che, privo di validi riferimenti dogmatici, si traduce sostanzialmente nel prefigurare, nella dimensione soggettiva dell'*extraneus*, un *aliquid* che tradizionalmente fa parte dell'aspetto soggettivo dell'*intraneus*. Ma quel che ancor più meraviglia è che le Sez. Un., dopo aver operato una sorta di commistione tra le due predette dimensioni soggettive, affermano che si richiede che la volontà del concorrente può essere diretta ad una realizzazione soltanto "parziale" del programma criminoso.

Orbene, l'accertamento di una siffatta volontà è veramente difficile e, comunque, non può ritenersi all'unisono con i più elementari criteri razionali ed empirici, con riferimento alle motivazioni che spingono l'*extraneus* a porre in essere la condotta di sostegno al sodalizio criminoso. Il giudice di legittimità continua ad essere prigioniero di una sorte di aporia che ben può ravvisarsi nella contraddizione tra "ipertrofia" e "nomofilachia": la quantità prevale sulla finalità e la "creazione giurisprudenziale" è preminente rispetto alla garanzia dello *ius constitutionis* e ai principi dello Stato di diritto³⁰.

30. Per l'esame analitico dell'elemento soggettivo cfr. VERRINA, *L'associazione*, cit., parte II, cap.

Il carattere aporetico³¹ delle Sezioni Unite della Corte di cassazione in *subiecta materia* è evincibile, d'altro canto, anche dalla sentenza del 2005³² che evidenzia, nella motivazione, lo sforzo dialettico nel vano tentativo di rimediare ad una certa ambiguità insita nella persistente tesi della configurabilità del concorso esterno nel reato di associazione per delinquere di stampo mafioso e, in particolare, nel patto di scambio politico-mafioso. Tale sentenza è fondata su affermazioni apodittiche che pervengono ad un giudizio assertorio determinato attraverso argomentazioni antitetiche e affermate *a priori*, così sintetizzabili. La partecipazione all'associazione mafiosa presuppone un rapporto stabile ed un'organica compenetrazione del soggetto nel tessuto organizzativo del sodalizio e, cioè, nel "prendere parte" al fenomeno associativo: sul piano probatorio rilevano tutti gli "indicatori fattuali" dai quali possa logicamente inferirsi il nucleo essenziale della condotta partecipativa, purché si tratti di indizi gravi e precisi (affiliazione rituale, commissione di delitti-scopo *et similia*).

Il soggetto, d'altro canto, pur non essendo inserito stabilmente nella struttura organizzativa del sodalizio e privo dell'*affectio societatis*, fornisce tuttavia ad essa un concreto, specifico, consapevole, volontario contributo, a condizione che questo espliciti un'effettiva rilevanza causale e sia condizione necessaria per la conservazione o per il rafforzamento delle capacità operative dell'associazione o di un suo particolare settore e, quindi, per la produzione dell'evento lesivo del bene giuridico protetto (integrità dell'ordine pubblico), violato dall'esistenza e dall'operatività del sodalizio e dal diffuso pericolo di attuazione dei delitti-scopo del programma criminoso, non già con una valutazione *ex ante*, bensì con un apprezzamento *ex post* (dimostrazione dell'effettivo nesso condizionalistico tra la condotta stessa e la realizzazione del fatto di reato, come storicamente verificatosi *hic et nunc*, con tutte le caratteristiche essenziali connesse alla dimensione plurisoggettiva e associativa dell'evento lesivo). Sul piano soggettivo l'agente deve essere consapevole dei metodi e dei fini dell'associazione mafiosa e dell'efficacia causale della sua attività di sostegno, vantaggiosa per la conservazione o per il rafforzamento dell'associazione, dovendo "sapere" "volere" che il suo contributo è diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso.

Il concorso esterno nel reato di associazione per delinquere di stampo

II, par. 3, "Criticabile presa di posizione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione e discutibile tentativo di correzione di rotta, in ordine all'elemento soggettivo, della sentenza Demitry", 108-110.

31. Aporema (gr. ἀπόρημα; ingl. *Aporem*; franc. *Aporèm*; ted. *Aporem*). In Aristotele (*Top.*, VIII, 162a) è definito come un ragionamento dialettico che conclude ad una contraddizione e, quindi, che non permette di stabilire per quale dei due corni della contraddizione stessa si debba scegliere. L'aporia (gr. ἀπορία; ingl. *Aporia*; franc. *Aporie*; ted. *Aporie*) è il dubbio oggettivo, l'effettiva difficoltà di un ragionamento o della conclusione cui un ragionamento mette capo.

32. Cfr. Cass., Sez. Un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Mass. Uff.*, n. 231673.

mafioso, in ultima analisi, è configurabile, nell'ipotesi di scambio elettorale politico-mafioso, a condizione che gli impegni assunti dal politico, non inserito nel sodalizio criminoso, per l'affidabilità dei protagonisti, dell'accordo, per i caratteri strutturali dell'associazione, per il contesto di riferimento e per la specificità dei contenuti, abbiano il carattere della serietà e della concretezza, con verifica probatoria *ex post* della loro efficacia causale, a seguito della quale deve risultare accertato, sulla base di massime di esperienza, dotate di empirica plausibilità, che gli impegni assunti dal politico abbiano incidenza effettivamente e significativamente, di per sé e a prescindere da successive ed eventuali condotte esecutive dell'accordo, sulla conservazione o sul rafforzamento delle capacità operative dell'intera organizzazione criminale o di sue articolazioni settoriali.

Orbene, non v'è chi non veda come la puntualizzazione in ordine alla partecipazione associativa sia finalizzata al superamento di una certa ambiguità correlata al modello c.d. "causale" e a quello "organizzativo", ma è altrettanto evidente lo sforzo dialettico teso, per superare qualsiasi contraddizione dell'*iter* logico-argomentativo, a distinguere tra partecipazione ad associazione mafiosa e concorso esterno nell'associazione medesima, al fine precipuo di dimostrare la fondatezza della tesi aprioristica e, ben può dirsi, apodittica della configurabilità del concorso esterno nel reato associativo. A dimostrazione di tale assunto è sufficiente osservare che, se la condotta del c.d. concorrente esterno è caratterizzata, oggettivamente e soggettivamente, come assumono le Sezioni Unite della Corte di cassazione, nei predetti termini, essa ben può essere sussunta nell'ambito di operatività della partecipazione punibile *ex art. 416-bis*, co. I, c.p. è evidente, peraltro, che il giudice di legittimità incorre in una vera e propria petizione di principio che consiste nell'assumere, in forma camuffata, come premessa della dimostrazione ciò che dovrebbe dimostrare: il concorso esterno nell'associazione per delinquere di stampo mafioso è ammissibile, è possibile ipotizzare una condotta dell'*extraneus*, diversa da quella di partecipazione dell'*intraneus* e, pertanto, quando ciò si verifica è configurabile tale figura criminosa.

Ma v'è di più. Non è possibile prefigurare una "modificazione del mondo esteriore" nel "rafforzamento" ed è veramente difficile configurare una "conservazione" che è in antitesi con la "modificazione"; ciò vale, anche a voler prescindere dal fatto che un siffatto accertamento, seppure fosse teoricamente concepibile, costituirebbe, in sede giudiziale, una vera e propria *probatio diabolica*. Se la realizzazione del fatto criminoso collettivo, d'altro canto, è riferibile, come nel caso sottoposto al vaglio delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, ad un reato associativo preesistente rispetto alla condotta del concorrente esterno, costituisce veramente uno sforzo da Siffo ammettere, contro i più elementari criteri della logica, che una siffatta condotta possa costituire condizione necessaria di un reato già giuridica-

mente esistente³³. Una conclusione, allora, s'impone: non è ulteriormente accettabile che nel settore più avanzato (diritto penale) in materia di diritti umani, continuino a persistere contrasti ed aporie tra le Sezioni Unite della Corte di cassazione che nella sentenza *de qua* hanno fatto riferimento a valutazioni di opportunità a carattere *extra* legislativo e, ben può dirsi, metagiuridiche³⁴.

“Conservazione” e “rafforzamento” non possono, in definitiva, intendersi quali “eventi” (naturalistici); e soltanto in base ad un’attività ermeneutica *sui generis* possono essere ritenuti eventi particolari con riferimento al concorso esterno.

7. Profili di incostituzionalità del concorso esterno nel reato associativo

Le cinque tesi sinteticamente esposte e le argomentazioni fin qui svolte in ordine all’incompatibilità tra associazione per delinquere semplice e di stampo mafioso e concorso esterno sono ulteriormente corroborate nel quadro dei problemi di costituzionalità che si pongono su tale figura di reato di indubbia “creazione giurisprudenziale”. Non resta, dunque, che evidenziare, in maniera oltremodo sintetica³⁵, i parametri costituzionali che appaiono violati:

a) Violazione degli artt. 25, co. 2, 101, co. 2, Cost.

Il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* è chiaramente evincibile dall’art. 25, co. 2 Cost. con la costituzionalizzazione del principio *de quo* «nessuna legge o atto equiparato potrà sottrarre un’incriminazione o una pena a quei requisiti di determinatezza e di certezza che rappresentano la sostanza dei due divieti. E nessuna legge o atto equiparato potrà, neanche in via eccezionale, sancire il carattere retroattivo di un’incriminazione o di una pena, o ammettere che una norma incriminatrice o una pena possano essere applicate facendo ricorso all’analogia³⁶». Il requisito della determina-

33. Cass., Sez. Un., 12 luglio 2005, Ric. Mannino, in *Foro it.*, 2006, 2, parte II, 87 con nota di FIANDACA-VISCONTI, secondo cui «nel DNA della giurisprudenza è profondamente radicata la tendenza ad affiancare ad un atteggiamento positivistico-legalistico, ancorato al dato testuale delle norme scritte, un ragionamento per principi generali volto a superare la lettera legislativa in nome di ritenute esigenze politico-criminali»).

34. Cfr., per un esame analitico della sentenza in esame, cfr. VERRINA, *L’associazione*, cit., parte II, cap. II, par. 4. Ulteriori e notevoli sforzi dialettici delle S.U. della Corte di cassazione in *subiecta materia*. Carattere aporetico della configurabilità del concorso esterno nel patto elettorale tra candidato e associazione mafioso. Note conclusive; T. PADOVANI, *Diritto penale*, 3^a ed., Milano, 1995, 234 ss.

35. Per un esame analitico, cfr. VERRINA, *L’associazione*, cit., parte II, cap. IV; par. 8. Profili di incostituzionalità della “creazione giurisprudenziale” del concorso esterno nel reato associativo per violazione degli artt. 25, co. 2, 101, co. 2, III, co. 1, 3, co. 1, 2, 24, co. 2, Cost.

36. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. pen.*, Torino, 1994, 306 ss.

tezza trova la sua ragion d'essere nell'esigenza politico-garantista deducibile dall'intera Costituzione, nella *ratio* delle norme costituzionali, tra le quali assume una rilevante importanza l'art. 101, co. 2, Cost. che, disponendo che « i giudici sono soggetti soltanto alla legge », garantisce la legalità dell'amministrazione della giustizia. Ma se così è, deve escludersi categoricamente che il giudice penale possa procedere all'integrazione della fattispecie criminosa: il divieto dell'analogia *in malam partem* è riconducibile appunto alla determinatezza, alla tipicità e alla tassatività. Il giudice deve avere « il culto della legalità a tutti i costi », come insegna Calamandrei nel bellissimo libro *L'elogio dei giudici*, del 1935, e non può e non deve essere, pertanto, “creatore” del diritto.

Orbene, com'è stato già evidenziato, la norma di cui all'art. 416-bis c.p. enuncia i connotati oggettivi e soggettivi dell'associazione di tipo mafioso, nel rispetto del principio di tassatività e del principio di legalità, sicché non c'è il rischio dell'arbitrio giudiziario. Al riguardo è appena il caso di avvertire che la Corte costituzionale ha statuito che il canone di tassatività « risulta soddisfatto fintantoché nelle norme penali vi sia riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiono verificabili³⁷ ». Se, dunque, è incontestabile la costituzionalità dell'art. 416-bis c.p., fondati dubbi sussistono in ordine alla costituzionalità del reato di concorso esterno nel reato associativo, giacché il giudice di legittimità consente sostanzialmente, con la “creazione *ad hoc*” di una nuova fattispecie criminosa, la punibilità di condotte diverse da quelle tipiche prefigurate dalla specifica norma incriminatrice, in tal modo lasciando un ampio spazio di discrezionalità, *sine ulla ratione*, al giudice penale relativamente alla configurabilità di condotte antigiuridiche già comprese nell'ambito di operatività di una norma penale specifica o, comunque, in altre norme *ad hoc* previste dal legislatore: il principio di legalità viene in tal modo violato, con una discrezionalità giudiziale, in sede di interpretazione degli artt. 416, 416-bis c.p., in stridente contrasto con il principio *de quo*: si individua un “nuovo precetto”, pur in presenza di norme penali (artt. 416, 416-bis c.p.), caratterizzate da condotte tipiche, e si fa ricorso all'art. 110 c.p., che è indubbiamente una norma indeterminata nel suo contenuto.

Le considerazioni svolte dimostrano che il principio di legalità è strettamente correlato al principio di cui all'art. 101, co. 2, Cost. (« I giudici sono soggetti soltanto alla legge »): se il giudice viola l'art. 101, co. 2, Cost., l'e-

37. Cfr. Corte Cost., 9 aprile 1981, n. 96; SATTA, *Quaderni del diritto e del processo civile*, 4^a, Padova, 1970, 10-II: « [...] Un giudice che non abbia o non voglia avere sopra di sé la legge secondo certe ricorrenti aspirazioni, s'illude di essere un giudice libero: egli è soltanto un giudice disponibile [...] Il giudice legislatore [...] è una contraddizione in termini [...] libertà, giustizia, al di fuori delle speculazioni filosofiche, non sono che la positività dell'ordinamento in cui viviamo, buono o cattivo che sia [...] ».

esercizio della funzione giurisdizionale non rappresenta più lo strumento mediante il quale si vuole assicurare il rispetto dell'ordinamento giuridico. Come dire: i "comandi", i "precetti" o "regole" possono essere applicati solo se voluti o ammessi dalla legge. Da ciò consegue che il diritto di "creazione giurisprudenziale", come quello in esame, è ontologicamente in contrasto con il principio di legalità e con quello enunciato dall'art. 101, co. 2, Cost.ß

Al riguardo è appena il caso di avvertire che il principio di legalità rappresenta una *Grundnorm* che deve essere, sempre e comunque, rispettata dal giudice, giacché in caso contrario è grandemente pregiudicata la libertà del cittadino e diventa veramente difficile capire dove inizi e finisca il campo del diritto e intervenga quello del potere. La solenne affermazione dell'indipendenza dell'ordine giudiziario, anticipata dall'art. 101, co. 2, Cost., e alla cui realizzazione fanno esplicito riferimento gli artt. 104-107 Cost., rappresenta un valore strumentale rispetto a quello ultimo della obiettività e legalità dell'amministrazione della giustizia, che deve essere caratterizzata dalla primaria esigenza che i cittadini non siano limitati per alcun verso nelle loro libertà fondamentali se non nei casi e nei modi determinati dalla legge.

L'assoggettamento del giudice alla legge garantisce non solo la sua indipendenza, ma realizza nel contempo anche l'unico collegamento possibile, in uno Stato di diritto, tra il giudice — non elettivo, né politicamente responsabile — e la sovranità popolare di cui la legge, opera del libero Parlamento, è l'espressione prima. Dalle considerazioni svolte discende che quando, come nella fattispecie criminosa che qui si censura, attraverso un'accentuazione e, ben può dirsi, arbitraria "dilatazione" dei contenuti dell'interpretazione della legge (in senso evolutivo, creativo, ecc.), si altera questa imprescindibile garanzia di posizioni tra giudice e legge, si viola il principio di cui all'art. 101, co. 2, Cost. e il collegamento giudice-sovrano popolare, ricercando altrove il canale di tale collegamento, con il rischio che il potere di giurisdizione possa subire influenze politiche e con il conseguente "travalicamento" dei principi fondamentali della società e delle garanzie delle libertà dei singoli.

La "rivoluzione copernicana" apportata dalla Costituzione anche con l'art. 101 deriva proprio dalle caratteristiche precipue di questo nuovo tipo di fonte. È una fonte gerarchicamente sovraordinata rispetto alla legge ed è caratterizzata da principi e non da mere regole. Ciò non significa che il giudice opera in un sistema normativo bello e fatto, ontologicamente dato, ma si vuole affermare che l'attività creativa dell'interpretazione verso la tutela di nuove situazioni, emerse successivamente all'entrata in vigore dell'atto normativo interpretato, non può e non deve superare il principio di legalità e il divieto di analogia *in malam partem*.

Ma proprio ciò è avvenuto con la "creazione giurisprudenziale" del concorso esterno nel reato associativo. La produzione di norme penali da parte del giudice di legittimità è veramente inconcepibile, proprio perché crea

il problema di “un’assurda gerarchia” tra i due soggetti dell’ordinamento (il giudice e il legislatore) in una posizione di assoluta parità, ognuno certamente secondo il proprio ruolo, nello svolgimento e nella determinazione dell’ordinamento giuridico.

È veramente una contraddizione in termini che lo Stato di diritto possa convivere con il giudice che crea il diritto. Appare evidente, in ultima analisi, la stretta connessione tra l’art. 25, co. 2, Cost., e l’art. 101, co. 2, Cost., con la conseguenza che la figura del concorso esterno nel reato associativo, già in contrasto con la prima norma, *a fortiori* è in contrasto anche con la seconda.

b) Violazione dell’art. 111, co. 1, Cost.

Ancora più evidente appare l’incostituzionalità del concorso esterno nel reato associativo, sol che si consideri che la l. 23 novembre 1999, n. 2 («Inserimento dei principi del giusto processo nell’art. 111 della Costituzione») ha previsto esplicitamente che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge», adottando disposizioni riconducibili sia all’art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, sia all’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e al VI emendamento della Costituzione federale degli Stati Uniti: è stato codificato il “garantismo” che ha una forza cogente tanto significativa da sovrapporsi alle leggi ordinarie e da condizionarne la legittimità.

Ciò può e deve significare che il *modus procedendi* nell’individuazione dei reati non può essere affidato alla discrezionalità del giudice. Ecco, dunque, che il giudice è chiamato a dare, soprattutto nel campo penale, all’art. 111 Cost. un’interpretazione “colta” che vada al di là dello studio di tale norma, astraendo dalla debita considerazione del principio di legalità e da quello che vuole il giudice soggetto soltanto alla legge, trattandosi di principi in stretto collegamento: non può esservi giusto processo senza il doveroso rispetto degli artt. 25, co. 2, 101, co. 2, Cost. Il giusto processo rappresenta una scelta di civiltà giuridica: si realizza solo se lo stesso riconosca di doversi adeguare ad un ordine superiore al suo stesso potere e, nel rispetto di esso, predisponga una struttura procedurale che assicuri all’accusato di potersi confrontare, in una situazione di parità e di equilibrio, con l’accusatore.

La concreta realizzazione di tali principi è riferibile non solo al momento dell’acquisizione probatoria, ma anche al momento dell’applicazione della norma penale al caso concreto. Come dire: se il giudice, nell’interpretare la norma, non si lascia guidare dal principio di legalità e dal suo “essere soggetto soltanto alla legge”, “creando” addirittura la norma, non si può parlare per alcun verso di “giusto processo” in termini sostanziali («ci vuole sempre la legge in mezzo»). Il processo penale, per essere effettivamente “giusto” non può prescindere dalla sua istituzionale e garantistica funzione di strumento di applicazione del diritto penale sostanziale e, quindi, delle norme incriminatrici caratterizzate dalla determinatezza e dalla tassatività.

In tale prospettiva, rileva particolarmente una concezione della giurisdizione come « attività statale consistente nella determinazione neutrale del diritto vigente », al fine di « conferire certezza ai rapporti giuridici dedotti in giudizio e di assicurare l'imparziale tutela degli interessi delle parti³⁸ ». Alla stregua delle sintetiche considerazioni svolte emergono ulteriori motivi in base ai quali può ragionevolmente ritenersi che la “creazione giurisprudenziale” del concorso esterno nel reato associativo, oltremodo indeterminata ed arbitraria, sia in contrasto con l'art. III, co. 1, Cost. L'incipit dell'art. III, co. 2, Cost., con il riferimento alla “giurisdizione”, che deve attuarsi “giusto processo”, presuppone che nel processo sia in concreto realizzato, nell'ambito di norme penali caratterizzate da condotte antigiusuridiche tassative e determinate, il contraddittorio delle parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale.

c) *Violazione degli artt. 3, co. 1, 2, 24, co. 2 Cost.*

Un settore dell'ordinamento giuridico che presenta problemi particolari per l'applicazione del principio di eguaglianza è, a mio parere, quello che regola le norme incriminative, giacché queste hanno, più delle altre, la funzione di stabilire il carattere di riprovevolezza di un comportamento e incidono, conseguentemente, sulle libertà individuali. Nulla impedisce, dunque, che il legislatore tenga conto del principio di eguaglianza come canone generale di ragionevolezza. E in questo senso può ritenersi che il legislatore, in virtù di tale principio abbia previsto, a giusta ragione, la pena della reclusione da sette a dodici anni, per « chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso », e quella da nove a quattordici anni per « coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione [...] ». La norma *de qua* viene chiaramente a fissare una sorta di graduatoria dei comportamenti qualificabili come criminosi in base alla loro gravità, proprio per consentire al giudice di procedere agevolmente alla sua applicazione, nel doveroso rispetto del principio di legalità e di quello prefigurato dall'art. 101, co. 2, Cost. Qualsiasi esorbitanza del potere giudiziario dovrà essere “neutralizzata” dall'intervento della Corte costituzionale³⁹.

Orbene, con particolare riferimento alla fattispecie criminosa in esame, a parte il fatto che non è nemmeno ipotizzabile la violazione del predetto principio, da parte del legislatore, trattandosi di “creazione giurisprudenziale”, non può non evidenziarsi che il giudice di legittimità ha “creato” sostanzialmente la possibilità di disparità di trattamenti discriminatori — che ben possono palesarsi tanto irrazionali da attingere l'arbitrarietà o condurre

38. Cfr., in tal senso, MELONCELLI, voce *Giurisdizione (disciplina costituzionale della)*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, 1989, 2 ss., il quale prosegue: « operata con efficacia vincolante alla stregua delle norme giuridiche ».

39. Al riguardo è appena il caso di avvertire che la Corte costituzionale ha frequentemente affermato che il principio di eguaglianza può essere leso quando si disciplinano in modo paritario fattispecie diverse.

a sperequazioni palesemente inique e in contrasto con il principio di eguaglianza, espressione di un « generale canone di coerenza dell'ordinamento normativo »⁴⁰ — con riferimento a condotte antiggiuridiche ontologicamente diverse, tali essendo quelle del concorrente eventuale rispetto a quelle prefigurate dall'art. 416-bis c.p. per i soggetti qualificati. È pur vero, d'altro canto, che la diversa gravità del fatto può trovare un riscontro nell'uso del potere del giudice di graduare la pena tra il minimo e il massimo edittale ("mobilità della pena"), ma è altrettanto incontestabile che nel caso del concorso esterno nel reato associativo l'equiparazione avviene tra condotte ontologicamente diverse, giacché in caso contrario sarebbe applicabile *tout court* l'art. 416-bis c.p.: il giudice di legittimità non ha tenuto conto del fatto che il concetto e il valore di eguaglianza mal si distinguono dal concetto e dal valore di giustizia, tanto che l'espressione libertà e giustizia viene spesso usata come equivalente dell'espressione "libertà e eguaglianza". *Jus dicere* non può e non deve significare, nel campo penale, "creazione della norma penale", giacché in tal caso il giudice cessa d'essere il garante della libertà e della certezza del diritto, con grave pregiudizio per i diritti dell'uomo, che l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce considerandoli inviolabili. È evidente, allora, la violazione anche dell'art. 2 Cost. che costituisce la chiave di volta dell'intero sistema costituzionale e il principio fondamentale che consente anche al giudice di risolvere tutte le antinomie: esso si combina con il principio di eguaglianza e con quello del giusto processo. Qui è appena il caso di ricordare che l'art. 2 Cost. contiene un elenco aperto, riconoscendo, quindi, l'esistenza di diritti inviolabili non espressamente riconducibili ad altre norme costituzionali⁴¹: tra i principi supremi dell'ordinamento può annoverarsi, secondo la Corte costituzionale, quello della tutela giurisdizionale⁴². La fattispecie del concorso esterno nel reato associativo è, in ultima analisi, in contrasto con i predetti principi e anche con l'art. 24, co. 2 Cost., secondo cui « La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento ». All'imputato deve essere sempre garantita la più ampia facoltà di adeguatamente difendere la propria posizione di libertà, messa in grave pericolo da accuse indeterminate. La circostanza che la Costituzione riferisca a "tutti" la garanzia *de qua* deve leggersi insieme al principio di eguaglianza, se non come sua specificazione, secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale⁴³. Quel che qui preme sottolineare è che la difesa penale deve essere effettiva rispetto alle situazioni soggettive e ai soggetti da proteggere, giacché non sempre il progredire del principio corrisponde al progredire delle sue applicazioni complete. Orbene, il principio del

40. Cfr. Corte Cost., n. 25 del 1966; Id., n. 204 del 1982.

41. Corte Cost., n. 215 e n. 561 del 1987.

42. Corte Cost., n. 18 del 1982.

43. Corte Cost., n. 55 del 1974.

contraddittorio è la *condicio sine qua non* per il concreto esercizio del diritto di difesa: il rispetto di tale principio è ragione di legittimità costituzionale, tutte le volte che la norma penale non sia ben determinata nei suoi elementi tipici, l'assenza di tale possibilità equivalendo a violazione degli enunciati principi costituzionali e del *right of confrontation*. « In fondo — si è detto autorevolmente — non ha altra giustificazione il diritto di difesa che questa: mantenere l'attività e i pronunciati del giudice entro i confini rigorosi⁴⁴ ». Le motivazioni e argomentazioni giuridiche fin qui svolte contro la configurabilità del concorso esterno nel reato associativo ben possono, in definitiva, ritenersi univoche sul piano logico-giuridico, ontologico e costituzionale⁴⁵.

8. Sent. n. 15727 del 2012 della Corte di cassazione di annullamento della sentenza della Corte d'appello di Palermo contro Marcello Dell'Utri

Da un'attenta lettura della sentenza *de qua* è evincibile un dato oggettivo: il tema del concorso esterno nel reato associativo dovrà essere ancor di più dibattuto in ambito scientifico per superare le aporie e le evidenti ambiguità del giudice della nomofilachia, che dal lontano 1994 si perpetuano nell'indifferenza di certa magistratura accecata dall'efficientismo giudiziario e poco amante delle argomentazioni logico-giuridiche, ontologiche e costituzionali⁴⁶.

Non resta che analizzare, allora, sia pure in estrema sintesi, le asserzioni e argomentazioni del giudice di legittimità⁴⁷, non prima d'aver ricordato che il concorso esterno nel reato associativo viene discusso, a livello scientifico, sul finire degli anni '80 dopo le condanne per fatti di mafia del *maxiprocesso* di Palermo, istruito dal *pool* ideato da Antonino Caponnetto e composto da Giovanni Falcone, Paolo Borsellino, Giuseppe di Lello e Leonardo Guarnotta. A partire dalla testimonianza di Tommaso Buscetta, all'esito delle

44. DE MARSICO, *La rappresentanza nel diritto processuale penale*, Milano, 1915, 119; VISCONTI, « Uno Stato di diritto non fornisce alibi al concorso esterno », in *L'Unità*, 16 marzo 2012; PULITANO, *La requisitoria di Iacoviello: problemi da prendere sul serio*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. trim.*, 2012, 1-4; MOROSINI, *Il "concorso esterno" oltre le aule di giustizia*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. trim.*, 2012, 1-5.

45. Per un'analisi più approfondita, cfr. VERRINA, *Violazione degli artt. 3, co. 1, 2, 24, co. 2 Cost.*, in *L'associazione di stampo mafioso*, cit., 160-166.

46. Ancora oggi, dal lontano 1994, è veramente difficile comprendere la recondita ragione per la quale i giudici di merito e quelli di legittimità non hanno eccepito l'incostituzionalità della predetta figura di reato, che indubbiamente è in contrasto con gli artt. III, co. 1, 3, co. 1, 2, 24, co. 2, Cost. In tal senso, cfr. VERRINA, *L'associazione*, cit., parte I, cap. I, par. 8, 153-166. Per la non configurabilità del concorso esterno nel reato associativo, cfr. VERRINA, *Il concorso esterno e l'associazione per delinquere di stampo mafioso*, Estratto dalla *Giurisprudenza italiana*, 1995, Disp. 7^a, parte II, 3-8; per un approfondito esame del tema in questione, cfr. CAVALIERE A., *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit.; Id., *Il concorso esterno nel reato associativo*, cit., 329.

47. Cass., Sez. V, 9 marzo 2012, Dell'Utri, inedita.

cosiddetta “seconda guerra di mafia”, il tribunale del capoluogo siciliano pronunciò 360 condanne su 475 imputati, compresi gli ergastoli inflitti a diciannove boss. Proprio in quel periodo storico e nello scenario descritto dalle S.U. della Corte di cassazione nel 1994, Cosa Nostra, versando in un evidente stato di emergenza a causa delle condanne subite, cercava un aiuto esterno presso persone non direttamente affiliate all’organizzazione criminale. La prima e aberrante sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione del 1994 va letta e interpretata in quel contesto: un soggetto non mafioso può svolgere un certo ruolo nei momenti di patologia del sodalizio criminoso.

Ciò sinteticamente premesso, appare imprescindibile, per un’esaustiva critica, esaminare le asserzioni e argomentazioni della sentenza n.15727/12 del giudice di legittimità sintetizzabili nei seguenti termini:

1) La Corte di cassazione riconosce, anzitutto, che i giudici di merito di primo e di secondo grado hanno valutato correttamente «la non gratuità dell’accordo protettivo in cambio del quale sono state versate cospicue somme di denaro da parte di Berlusconi in favore della mafia», per scongiurare il rischio di sequestri nei confronti dei suoi figli. In relazione all’assunzione di Mangano alla villa di Arcore, si precisa, l’episodio, «indipendentemente dalle ricostruzioni dei cosiddetti pentiti, è stato congruamente delineato dai giudici di merito come indicativo, senza possibilità di valide alternative, di un accordo di natura protettiva e collaborativa raggiunto da Berlusconi con la mafia per il tramite di Dell’Utri che, di quell’assunzione, è stato l’artefice ».

I giudici di legittimità, in ultima analisi, parlano espressamente del ruolo di “mediazione” tra Cosa Nostra e Berlusconi svolto da Dell’Utri e affermano: « Infatti, se è vero che è stato dimostrato che Dell’Utri ha tenuto un comportamento di rafforzamento dell’associazione mafiosa fino ad una certa data [...] favorendo i pagamenti a Cosa Nostra di somme di denaro non dovute da parte di Fininvest, questo non implica necessariamente, in base ad una regola logica e codificata, che egli abbia mantenuto inalterato nel tempo e nella sostanza un rapporto di “gestione” dei possibili favori che la mafia avrebbe potuto restituire nel periodo di formazione del nuovo partito; infatti, sono stati ad esempio citati dai giudici dell’appello e valorizzati in sentenza i contributi di taluni collaboratori (Calvaruso e Giuffrè) sulle motivazioni anche pratiche e contingenti che talvolta hanno spinto Cosa Nostra ad appoggiare ora uno ora un altro partito politico e a “fiutare” le linee programmatiche che ora l’una ora l’altra compagine presentava nel tempo, come probabili o possibili⁴⁸ [...] E quanto fin qui ricordato vale a non perdere di vista che l’enunciato finale del giudice non è dotato della assoluta certezza, ma ha la possibilità di essere “giustificato”, nel senso che,

48. Cfr. sent. cit., 94-95.

offrendosi al controllo razionale, può ricevere consenso ».

2) Le dichiarazioni dei collaboratori risultano invece valorizzate in sentenza nel rispetto dei principi sopra indicati e sulla base di essi, sottoposti a un'attenta disamina in relazione a ciascun punto; giungendosi quindi alla conclusione che soltanto i passaggi delle dichiarazioni che hanno trovato conferma nelle dichiarazioni di altri collaboratori o di elementi oggettivi e/o logici sono state convalidate, venendo abbandonate le altre per il mancato raggiungimento della necessaria soglia probatoria⁴⁹.

Si precisa, peraltro, che « dei versamenti di somme da parte di Berlusconi in favore di Cosa Nostra, per la protezione, hanno infatti parlato, come ricordato anche nel ricorso, almeno quattro collaboratori (Di Carlo, Galliano, Cocuzza e Scrima), rendendo dichiarazioni, sia pure indirette, che tuttavia la Corte ha correttamente ritenuto capaci di riscontrarsi in maniera reciproca: Galliano in particolare ha riportato il racconto di Cinà sull'aver costui ritirato le somme dalle mani di Dell'Utri presso il suo studio⁵⁰ ».

Volendo sintetizzare al massimo la motivazione della “nebulosa” sentenza in esame, ritengo che debbano essere sottoposti ad una corretta valutazione giuridica i seguenti dati oggettivi:

1) La motivazione della sentenza impugnata si è “giovata” correttamente delle convergenti dichiarazioni di più collaboratori a vario titolo gravanti sul o nel sodalizio mafioso Cosa Nostra, tra i quali Di Carlo, Galliano e Cocuzza, approfonditamente e congruamente analizzate dal punto di vista dell'attendibilità soggettiva, nonché sul piano dell'idoneità a riscontrarsi reciprocamente circa l'assunzione, per il tramite di Dell'Utri, di Mangano alla villa di Arcore. Si tratta di collaboratori, tutti uomini d'onore, i quali, in ragione di tale loro posizione soggettiva, avevano avuto modo di apprendere, ora dalla voce del capo-mandamento Raffaele Ganci (Calogero Ganci e Anzelmo), ora dalla voce di Cinà (Di Carlo e Galliano), ora dalla voce del reggente Biondino (Ferrante) fatti attinenti alla vita del sodalizio, in parte del tutto sovrapponibili ed in parte strettamente concatenati⁵¹.

2) La Corte territoriale ha motivato, in maniera ampia e logica in ordine alla natura e qualità dei rapporti che Dell'Utri ha continuato ad intrattenere, con Mangano e con Cinà, anche dopo l'allontanamento del primo dalla villa di Arcore; circostanza, questa, costituente l'indice rivelatore della natura progettuale, oltre che sintomatica, di una sicura affidabilità reciproca degli interlocutori⁵².

3) Sul tema della configurabilità del concorso esterno in associazione per delinquere semplice e poi, a partire dal 1982, di stampo mafioso, non

49. Sent. cit., 98.

50. Sent. cit., 103.

51. Sent. cit., 106–107.

52. Sent. cit., 108.

sono stati sollevati dubbi dogmatici neppure dalla difesa né vi è motivo di sollevare specifiche perplessità⁵³. Come dire: *Qui tacet consentire videtur* e ogni problema giuridico, di natura ontologica e d'ordine costituzionale *in subiecta materia*, deve considerarsi risolto. Ma è proprio così, nonostante le affermazioni del giudice della nomofilachia che dà la netta sensazione di voler escludere aprioristicamente il tema del concorso esterno nel reato associativo, tra i più dibattuti in ambito scientifico?

4) « Fintantoché il concorrente esterno protragga volontariamente l'esecuzione dell'accordo che egli ha propiziato e di cui quindi si fa garante presso i due poli di cui si è detto, si manifesta il carattere permanente del reato che ha posto in essere, evenienza che la giurisprudenza riassume nella locuzione secondo cui la suddetta *condotta partecipativa* (esterna) si esaurisce, quindi, con il compimento delle attività concordate⁵⁴ [...] Senonché, in concreto, questa Corte rileva che i giudici dell'appello non hanno tenuto conto o, comunque, non hanno motivato sulle ragioni in base alle quali una prima fase di cessazione non possa essere individuata nel periodo (1978–1982), durante il quale Dell'Utri non era rimasto più alle dipendenze dell'imprenditore in favore del quale il patto con la mafia era stato stipulato ».

Con particolare all'elemento psicologico della fattispecie criminosa in esame, di indubbia – è bene ripetere – “creazione giurisprudenziale”, il giudice di legittimità afferma perentoriamente:

« La mera accettazione, da parte del concorrente esterno, del rischio di verifica dell'evento (rafforzamento del sodalizio, connotato dal suo programma delinquenziale), ritenuto probabile o possibile, non basta a configurare il reato. Occorre [...] che la realizzazione del fatto tipico mediante l'evento di rafforzamento o conservazione sia rappresentata e voluta dal concorrente esterno, nel senso che egli abbia accettato e perseguito il detto obiettivo, anche a prescindere dagli ulteriori scopi avuti di mira⁵⁵ ».

È il dolo diretto che, secondo il giudice di legittimità, è stato illustrato dai giudici di merito: l'imputato agì con consapevolezza e volontà e con il fine di conservazione proprio del sodalizio criminoso, con particolare riferimento all'acquisizione di nuove e proficue relazioni patrimoniali, a nulla rilevando che egli abbia agito, nella prima fase dell'attuazione della condotta che gli si ascrive e, cioè, fino al 1978, anche con la volontà di risolvere il problema di sicurezza personale di Berlusconi.

La valutazione del dolo diretto, tuttavia, non ha formato oggetto di una disamina ugualmente convalidabile per il periodo successivo. Da ciò discende che il giudice del rinvio dovrà nuovamente esaminare e valutare se il concorso esterno contestato sia oggettivamente e soggettivamente configu-

53. Sent. cit., 110.

54. Sent. cit., 117–118.

55. Sent. cit., 124, 125, 127, 129.

rabile anche nel periodo di assenza dell'imputato dall'area imprenditoriale Fininvest e società collegate e, cioè, nel periodo successivo (tra il 1978 e il 1982).

9. Ancora aporie e ambiguità del giudice di legittimità in ordine al reato di “creazione giurisprudenziale”

Il giudice di legittimità afferma, in termini categorici, che Marcello Dell'Utri ha svolto una vera e propria “attività di mediazione”, ponendo in essere un accordo di natura protettiva e collaborativa in virtù del quale venivano versate da Berlusconi, per scongiurare il rischio di sequestri, cospicue somme di denaro alla mafia per il tramite del primo che dell'assunzione di Vittorio Mangano, poi condannato per omicidio di stampo mafioso, alla villa di Arcore è stato l'artefice. Resta, tuttavia, da dimostrare, secondo il giudice di legittimità, l'accusa a Dell'Utri di concorso esterno per il periodo 1977–1982, durante il quale Dell'Utri fu assunto alle dipendenze di imprenditore autonomo e diverso⁵⁶.

Durante il predetto periodo, nell'impugnata sentenza ci sarebbe « un totale vuoto argomentativo per quanto concerne la possibile incidenza di tale allontanamento sulla permanenza del reato commesso ». Di qui la sentenza di annullamento per un nuovo processo che potrebbe concludersi con una

56. Il giudice di legittimità non tiene nella benché minima considerazione quanto si legge nella sentenza di condanna emessa dal tribunale di Palermo in data 11 dicembre 2004 e confermata dalla Corte d'appello di Palermo: « La pluralità dell'attività posta in essere da Dell'Utri, per la rilevanza causale espressa, ha costituito un concreto, volontario, consapevole, specifico e prezioso contributo al mantenimento, consolidamento e rafforzamento di Cosa Nostra, alla quale è stata, tra l'altro, offerta l'opportunità, sempre con la mediazione di Dell'Utri, di entrare in contatto con importanti ambienti dell'economia e della finanza, così agevolandola nel perseguimento dei suoi fini illeciti, sia meramente economici che politici. » — p. 1763 sent. — E ancora: « Vi è la prova che Dell'Utri aveva promesso alla mafia precisi vantaggi in campo politico e, di contro, vi è la prova che la mafia, in esecuzione di quella promessa, si era vieppiù orientata a votare Forza Italia nella prima competizione elettorale utile e, ancora dopo, si era impegnata a sostenere elettoralmente l'imputato in occasione della sua candidatura al Parlamento Europeo nelle file dello stesso partito, mentre aveva grossi problemi da risolvere con la giustizia perché era in corso il dibattimento di questo processo penale » — p. 1555 sent. — Tali affermazioni perentorie non sono state prese nella benché minima considerazione dal giudice di legittimità, pur avendo la Corte d'appello di Palermo ritenuto che il Dell'Utri intrattenne stretti rapporti con le vecchie organizzazioni mafiose di Stefano Bontade, Totò Riina e Bernardo Provenzano sino alla stagione delle stragi di Falcone e Borsellino, facendo da intermediario tra le organizzazioni malavitose e Silvio Berlusconi. Mera dimenticanza? È certo, comunque, che non mi sembra condivisibile l'iter logico–argomentativo del giudice di legittimità secondo cui è da dimostrare se il concorso esterno dell'imputato sia riferibile anche al periodo di sua assenza dall'area imprenditoriale Fininvest e società collegate (1978–1982). Ed è altrettanto incontestabile che la sentenza Dell'Utri pone, a livello scientifico, il problema dei limiti del giudice di legittimità. Che dire, d'altro canto, della sentenza assolutoria, dal delitto dell'omicidio Pecorelli, pronunciata dal giudice di legittimità nei confronti di Giulio Andreotti e Gaetano Badalamenti? Non sarebbe stata giuridicamente più accettabile una sentenza di annullamento con rinvio degli atti alla Corte d'assise d'appello di Perugia per un nuovo giudizio?

sentenza definitiva prima dell'intervento della prescrizione. *Sic stantibus rebus*, reca non poca meraviglia che, a distanza di circa 18 anni, il giudice della nomofilachia non abbia meditato criticamente sul basso tasso di tipicità della fattispecie del concorso esterno nel reato associativo. Mi domando, condividendo il dubbio del Procuratore Generale della cassazione, F.M. Jacoviello, P.M. nel processo *de quo*: «Davvero un futuribile giuridico il riconoscimento dei principi sulla contestazione d'accusa affermati nella giurisprudenza CEDU?» e le garanzie di legalità e di razionalità che sono la ragion d'essere del paradigma del garantismo e dello *ius constitutionis*?

È di questo che il giudice di legittimità avrebbe dovuto ragionare, libero dalle aporie contenute nelle tre sentenze del 1994, del 2002 e del 2005. Quando si parla di aporie si usa, forse, un linguaggio apodittico? Certamente no, come si deduce dalle seguenti considerazioni:

— La compartecipazione criminosa è sempre riconducibile ad innumerevoli apporti di minima importanza, a plurimi contributi di notevole rilevanza. L'art. 110 c.p. è una norma tautologica, che non definisce il concorso, ma proprio perché fa parte di un sistema fondato sul principio di legalità (artt. 1 c.p. e 25, co. 2, Cost.), non dovrebbe consentire, nemmeno al giudice di legittimità, una discrezionalità del tutto arbitraria nell'individuare i fatti di concorso per una fattispecie criminosa, giacché in tal caso egli, lungi dall'essere soggetto soltanto alla legge, per dettato costituzionale (art. 101, co. 2, Cost.), sarebbe "creatore" della norma penale.

— È evidente, allora, l'inapplicabilità dell'art. 110 c.p. *in subiecta materia*, la c.d. partecipazione esterna ben potendosi risolvere, in realtà, nel fatto tipico della partecipazione punibile *ex art. 416-bis*, co. 1, c.p. Evidentemente, il giudice di legittimità non tiene conto del fatto che il concetto di partecipazione è già previsto dall'art. 416-bis c.p., nel rispetto del principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, recepito dal nostro codice penale e, pertanto, non è dato comprendere per quale recondita ragione si debba far ricorso all'art. 110 c.p. per la punibilità di condotte già prefigurate dalle norme incriminatrici (artt. 416, co. 2, 416-bis, co. 1, c.p.).

— La condotta posta in essere dall'imputato Dell'Utri, ben evidenziata dai giudici di merito e ritenuta corroborata da inconfutabili dati processuali dal giudice di legittimità, ben potrebbe configurare la figura del "partecipe", tale dovendo ritenersi colui che tanto oggettivamente quanto soggettivamente contribuisce in concreto alla perpetrazione del reato associativo. Quel che si richiede è che la relativa condotta sia destinata, *ab origine*, come nel caso di specie, ad una durata, sia pure limitata nel tempo, ma caratterizzata da contributi che ridondino a vantaggio dell'associazione.

— Nel caso in esame, il riferimento teleologico del "partecipe" Dell'Utri con l'associazione Cosa Nostra fonda adeguatamente la tipicità di un rilevante contributo di partecipazione, in tal caso essendo rispettati i principi di materialità e di offensività: è applicabile *tout court* l'art. 416-bis c.p., senza

alcuna plausibile ragione di ricorrere alla diversa figura del “concorso eventuale esterno” del singolo nell’associazione. Se è vero, d’altro canto, che rimane irrilevante solo la mera e platonica adesione al sodalizio criminoso, ben può escludersi categoricamente che la condotta di Dell’Utri possa e debba qualificarsi tale, la reiterazione delle condotte valutate anche dal giudice di legittimità costituendo l’indice rivelatore, sotto il profilo psicologico, dell’*affectio societatis* e del reticolo di rapporti instaurati col sodalizio criminoso. Si è trattato di una vera e propria forma di partecipazione, a nulla rilevando che essa sia avvenuta non nel momento genetico del sodalizio criminoso, ma in un momento successivo e in tempi frazionati.

È stata realizzata una condotta di “partecipazione” rientrante nell’ambito di operatività dell’art. 416-bis, co. 1, c.p., corrispondente al *Tatbestand*, oggettivo e soggettivo, della fattispecie criminosa *de qua*. Il giudice di legittimità non ha tenuto conto del fatto che o il contributo del soggetto c.d. “esterno” all’associazione criminosa è veramente significativo ed adeguato rispetto alla struttura organizzativa dell’“ente criminale” ed allora è configurabile una vera e propria partecipazione punibile *ex art.* 416-bis, co. 1, c.p., ovvero la condotta non ha tale connotazione, con la conseguenza che in siffatta ipotesi, se essa non rientra nell’ambito di operatività degli artt. 378, 379, 416-ter, 418 c.p., è penalmente irrilevante, sicché il riferimento agli artt. 416, 416-bis c.p. non ha alcuna ragion d’essere⁵⁷. È sintomatico, d’altro canto, che il giudice di legittimità abbia riconosciuto che l’imputato agì con la consapevolezza e volontà e con il fine di conservazione proprio del sodalizio criminoso, con particolare riferimento all’acquisizione di nuove e proficue relazioni patrimoniali, a nulla rilevando che ci sia stata anche la volontà di risolvere il problema della sicurezza personale di Berlusconi.

Ma proprio ciò sta a dimostrare che l’imputato agì con la coscienza e volontà della propria condotta antigiusuridica in quanto destinata a combinarsi con la condotta altrui: la *substantia* della coscienza e volontà è stata pur sempre propria dell’imputato, il quale deve essersi reso conto della valenza che la sua condotta ha assunto combinandosi con quella degli altri associati: è il dolo associativo, inteso come consapevolezza e volontà di dar vita ad un fatto proprio destinato a diventare comune con gli altri associati⁵⁸. Reca non poca meraviglia, d’altro canto, che nemmeno il giudice della nomofilachia, dal lontano 1994, e pur in presenza di un caso veramente eclatante, qual è quello in esame, lungi dal porsi il problema dell’incompatibilità logico-giuridica tra concorso esterno e reato associativo, non abbia sollevato la questione di legittimità costituzionale della predetta figura di reato. Ma ciò non è, forse,

57. Per un esame approfondito dei temi trattati, cfr. VERRINA, *L’associazione*, cit., par. 4.1. Partecipazione punibile *ex art.* 416-bis, co. 1, c.p., 16-20, e par. 6. Le fattispecie criminose di cui agli artt. 378, 379, 418, 416-ter c.p. e loro rilevanza. Considerazioni conclusive.

58. Cfr. VERRINA, *L’associazione*, cit., par. 5. Colpevolezza nel reato plurisoggettivo ed elemento psicologico nel concorso di persone *ex art.* 110 c.p., 20-22.

frutto di una certa cultura giuridica propensa a ritenere preminente il c.d. “efficientismo giudiziario” rispetto ai princìpi costituzionali?

L’“etica della verità” delle S.U. della Corte di cassazione non può per alcun verso essere condivisa e va criticata a favore di un’etica del dubbio che, lungi dall’essere il contrario della verità, può esserne la riaffermazione. Lo Stato di diritto è e deve essere la salvaguardia della supremazia del diritto e delle connesse libertà dell’uomo: sottopone se stesso al rispetto delle norme di diritto, tramite una Costituzione scritta: è l’idea che gli uomini debbano essere governati, nell’ambito del “giusto processo”, dalle leggi e non dall’arbitrio dei giudici che alle leggi sono soggetti per dettato costituzionale⁵⁹.

10. Prospettazioni *de jure condendo*

La frattura, che si è venuta a creare all’interno delle tre Sezioni Unite della Corte di cassazione, nell’ambito di un « potere creativo in materia penale », indubbiamente irrazionale e in contrasto con la Costituzione, ben avrebbe potuto e dovuto trovare un’adeguata soluzione nella sentenza Dell’Utri, non essendo concepibile che il giudice di legittimità non abbia assunto una posizione meno ambigua e sibillina, affermando, *sic et simpliciter*, pur in presenza di elementi probatori emersi contro Dell’Utri, che il giudice del rinvio dovrà nuovamente esaminare e valutare se il concorso esterno contestato sia oggettivamente e soggettivamente configurabile anche nel periodo compreso tra il 1978 e il 1982.

È, questo, un vero e proprio diniego di giustizia, è un lavarsene le mani come Pilato, non assumere, in ultima analisi, la responsabilità di una questione giuridica che riguarda il “giusto processo”, che deve essere caratterizzato da valori imprescindibili (valore della libertà; valore della giurisdizione; valore della persona umana).

« Una parola di verità
Soverchia il mondo intero »

dice un proverbio russo rammentato da *Solzenicyn*, che lo chiama una apparentemente fantastica infrazione alla legge della conservazione della massa e dell’energia”. La pura certezza di quel proverbio sarebbe stata sufficiente per il giudice di legittimità per ritrovare il coraggio e l’umiltà,

59. Cfr. VERRINA, *L’associazione*, cit, parte II, par. 8. Profili di incostituzionalità della “creazione giurisprudenziale” del concorso esterno nel reato associativo per violazione degli artt. 25, co. II, 101, co. II, III, co. I, 3, co. I, 2, 24, co. II, Cost., 153–166, nonché par. 2. Limiti del giudice di legittimità nella sua funzione nomofilattica, principio imprescindibile della divisione dei poteri e prospettazioni *de jure condendo* per un’effettiva e non apparente lotta ai fenomeni di “contiguità mafiosa”, 120–122; VERRINA, *L’associazione*, cit., parte I, cap. III, par. 6. Valutazioni conclusive sulla lenta e faticosa “ricostruzione” del “giusto processo” e “tavole di valori” che lo caratterizzano.

secondo l'insegnamento di Karl Popper, di cambiare rotta *in subiecta materia* per la realizzazione della verità (ἀλήθεια), della legalità e dell'eguaglianza, colonne e fondamento della giustizia. Utopia? Certamente, considerato che dal lontano 1994 le S.U. della Corte di cassazione sono state "dominate" da una *cultura* non rispettosa dello *jus constitutionis* in ordine a certe prassi applicative del concorso esterno nel reato associativo, quasi che dovessero essere i posteri a parlare di una « rinnovata barbarie dal volto umano » e a ricordare agli immemori, agli inizi del terzo millennio, che i misteri e i delitti riferibili alla mafia politica sono in gran parte ancora irrisolti, come insegna la sentenza Dell'Utri.

E ci si chiede ancora: "Che cosa è la giustizia", "Che cosa è la verità?"⁶⁰. Per bilanciare, allora, efficienza repressiva, certezza del diritto e garanzie individuali, privilegiando il principio di legalità e della correlata determinatezza delle fattispecie criminose, a me pare che il Parlamento debba assumersi la responsabilità di introdurre, nel nostro ordinamento, una nuova figura di reato con la chiara enunciazione dei requisiti dei fenomeni di "contiguità mafiosa" che, secondo la non condivisibile giurisprudenza del giudice di legittimità, non possono essere sussunti nel concetto di partecipazione punibile *ex art. 416-bis c.p.* Il nuovo reato potrebbe essere così formulato: *art. 416-quater c.p.* « Chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di favoreggiamento (artt. 378, 379 c.p.) e di assistenza agli associati (art. 418 c.p.), abusando del suo ufficio o della sua professione, fornisce un qualsiasi contributo al sodalizio criminoso, anche non episodico, come scambio, rispetto ad un'attività a suo favore resa dall'organizzazione criminale, è punito con la pena prevista dall'art. 416-bis, co. I c.p. ».

La pena è da sette a dodici anni se il fatto è commesso da un uomo politico e/o istituzionale.

Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca (240) delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto o che ne costituiscono l'impiego.

La condotta importa, nel caso previsto dal co. 2, la decadenza da qualsiasi attività o incarico di natura politica e l'ineleggibilità perpetua.

La previsione di una specifica figura di reato, mentre da un canto eliminerebbe anche il benché minimo spazio di discrezionalità e di arbitrio, dall'altro canto consentirebbe un maggiore e sicuramente più efficiente intervento repressivo anche nei confronti dei "fiancheggiatori politici" della mafia. Ora che ormai sono spente le luci della ribalta, quasi che la mafia fosse scomparsa come per incanto, ritengo che i tempi siano maturi perché il legislatore si attivi in tal senso, anche per fugare il sospetto che il concorso esterno in associazione mafiosa possa essere servito, fino ad oggi, come

60. Cfr. VERRINA, *L'associazione*, cit., parte II, cap. III, par. 3. "Quale giustizia agli inizi del terzo millennio?" 122-127.

si deduce anche dalla sentenza Dell'Utri, per dare spazio ad inutili discussioni tra "filomafiosi" e "antimafiosi", nell'ambito di una sorta di guerra di religione che, nolenti o volenti, ha contribuito a rendere più forte e vitale l'organizzazione mafiosa, collusa con parti rilevanti della politica.

La guida in questo pericoloso cammino sul concorso esterno nel reato associativo può essere, paradossalmente, la figura, storica e mitica, di Ponzio Pilato, simbolo contraddittorio di una "giustizia ingiusta" e di una "giusta ingiustizia". Parlare di Ponzio Pilato significa ripensare, al di là di schemi giurisprudenziali, spesso volte confusi e contraddittori, come ho tentato di dimostrare, il giudice e la giustizia e, ad un tempo, chiedersi, ancora una volta, se sia sopportabile ulteriormente la violazione dei principi di legalità e di divisione dei poteri, imprescindibili in uno Stato di diritto. E mi chiedo ancora se si debba ricordare agli immemori il significato profondo ed autentico della "Storia della colonna infame", con il groviglio di passioni, superstizioni e paure che indussero certi giudici ad emanare tanto tragica sentenza contro due untorelli che non avevano alcuna colpa, mentre la mafia, con le sue regole, il suo codice e le sue istituzioni continua a vivere nell'impunità, determinata anche da disorientamenti giurisprudenziali. E così, per dirla con Rilke, «[...] La Giustizia, meschina, è oggi costretta nei ceppi. E l'Ingiustizia ride di lei, lo abbiamo visto; essa siede con i "pan" sui troni dorati, insieme con i "pan" siede nelle sale d'oro. La Giustizia giace sulla soglia e supplica; ospite dei "pan" è l'Ingiustizia, l'iniqua, essi l'invitano ridendo a entrare nei loro palazzi. All'Ingiustizia riempiono la bocca di idromèle⁶¹ ».

61. RILKE, *Le storie del buon Dio*, a cura di SALVAREZZA M., Milano, 1995, 47.