



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

*L'alba del concorso "eventuale" nel reato di associazione mafiosa:
la garanzia della legalità penale contro le nebbie della giurisprudenza*

- Sezione:** **Principi e tutela penale** - Principi del diritto penale – *I principi di legalità e di irretroattività*
- Titolo:** *L'alba del concorso "eventuale" nel reato di associazione mafiosa: la garanzia della legalità penale contro le nebbie della giurisprudenza*
- Autore:** **DANIELA FALCINELLI**
- Sentenza di riferimento:** Corte europea dei diritti dell'uomo, Quarta Sezione, Decisione del 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia (n. 3)* (ricorso n° 66655/13)
- Parametro convenzionale:** Art. 7 § 1 CEDU
- Parole chiave:** principi di irretroattività; determinatezza e tassatività della legge penale; conoscibilità del precetto penale.

Sommario. 1. Il fatto, le sentenze delle autorità giudiziarie italiane, le norme penali applicate; 2. I termini di violazione dell'art. 7 CEDU nella non "riconoscibilità" dell'interpretazione e dell'applicazione della norma incriminatrice; 3. La matrice giurisprudenziale e il formante delle Sezioni unite: alle origini del concorso esterno nel delitto di associazione mafiosa; 4. Oltre la sentenza di Strasburgo: concorrente esterno – non partecipe, "chi è costui"?

1. Con decisione del 5 aprile 1996 il Tribunale di Palermo ha condannato Bruno Contrada a una pena di dieci anni di reclusione per concorso esterno in associazione di tipo mafioso, ritenendo provato che nel periodo tra il 1979 e il 1988, quale ufficiale di polizia e vice direttore del servizio segreto civile (SISDE), avesse notevolmente contribuito allo svolgimento delle attività e al raggiungimento degli obiettivi di "Cosa Nostra", fornendo ai membri della "commissione provinciale di Palermo" informazioni riservate relative alle indagini e alle operazioni di polizia riferibili agli appartenenti all'associazione in questione. La soluzione della punibilità esprime l'adesione del giudice di prime cure all'approccio esegetico favorevole alla configurazione del concorso eventuale esterno – *ex art. 110 c.p.* – in reato necessariamente plurisoggettivo quale è il delitto *ex art. 416 bis c.p.*, ciò consentendo l'incriminazione del comportamento prestato da chi, pur non facendo parte (non "partecipe") della struttura associativa criminale si presti nondimeno a corroborarla e coadiuvarla. Così, la pronta flessibilità di un simile strumento interpretativo a corrispondere alle istanze politiche e collettive di difesa sociale emerse attorno al fenomeno mafioso, viene dal Tribunale dichiaratamente contrapposta sia alla tesi che del concorrente esterno



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

*L'alba del concorso "eventuale" nel reato di associazione mafiosa:
la garanzia della legalità penale contro le nebbie della giurisprudenza*

nega la figura in termini assoluti, sia alla tesi che ne ammette il rilievo penale nei limitati tratti di specialità autonomamente tipizzati (nel delitto di favoreggiamento personale *ex art.* 378 c.p., nel delitto di assistenza agli associati *ex art.* 418 c.p.).

La decisione della Corte d'Appello di Palermo, resa il 4 maggio 2001, è di assoluzione: l'insussistenza del fatto si motiva per la ritenuta non sufficienza degli elementi di prova raccolti. La Corte di Cassazione il 12 dicembre 2002 annulla il *dictum* con rinvio, sulla scorta di una inadeguata motivazione della sentenza assolutoria: è l'occasione per precisare l'immagine del *concorrente esterno* in quella di *chi, pur non stabilmente inserito nella struttura organizzativa dell'associazione, operi sistematicamente con i partecipi nel deviare le indagini della polizia improntate a reprimere l'attività criminale della associazione stessa o a perseguire coloro che ne sono coinvolti, fornendo un contributo specifico e concreto per la conservazione e la valorizzazione della stessa associazione.*

La nuova procedura dinanzi alla Corte di Appello di Palermo si conclude il 25 febbraio 2006 con la conferma dei termini di condanna sentenziati dal Tribunale, considerati espressione corretta dei principi elaborati dalla successiva giurisprudenza della Suprema Corte, che in sessione plenaria negli anni a seguire aveva chiarito la configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa. I precedenti in richiamo (Demitry, n. 16 del 5.10.1994; Mannino, n. 30 del 1995; Carnevale n. 22327 del 2002; Mannino, n. 33748 del 2005) sostengono l'argomentazione della punibilità di chi, privo di *affectio societatis* (in altri termini, non inserito nella struttura organizzativa dell'associazione), fornisca un *contributo concreto, specifico, consapevole e volontario, sia esso occasionale o continuo, a condizione che questo contributo risulti efficace per la conservazione ed il rafforzamento del sodalizio, consapevole l'agente del suo ruolo nella realizzazione, anche se parziale, del piano criminale associativo.* L'arresto del giudice di legittimità dell'8 gennaio 2008 "chiude" la vicenda giudiziaria in territorio italiano (*rectius*, verrà rigettata il 24.7.2011 dalla Corte di appello di Caltanissetta la domanda di revisione del processo, e il 25.6.2012 sarà respinto il ricorso avanti alla Corte di Cassazione): la Corte di Cassazione, su ricorso del condannato, dichiara manifestamente infondata la violazione del principio di irretroattività e di prevedibilità della legge penale, sollevata con riguardo all'imputazione per concorso esterno nel reato associativo in quanto – si opponeva - modello di incriminazione di genesi esclusivamente giurisprudenziale e non sufficientemente definito nei suoi contorni al tempo dei fatti contestati.

2. Il resoconto "stenografico" delle pronunce nazionali descrive chiaramente i tratti del "diritto umano" che la Corte EDU si trova a vagliare nella vicenda, e messo a repentaglio col titolo delittuoso formato dal combinato disposto degli artt. 110 e 416 *bis* c.p. L'art. 7 CEDU, sancendo i termini generali del principio "nulla poena sine lege" (O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra*



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

*L'alba del concorso "eventuale" nel reato di associazione mafiosa:
la garanzia della legalità penale contro le nebbie della giurisprudenza*

diritto nazionale e diritto convenzionale, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, 2011, 2197 ss., in part. 2219 ss.; Grande Camera, decisione: *Del Rio Prada c. Spagna*, n. ric. 42750/09, §§ 77-80, CEDU 2013; 27.1.2015, *Rohlena c. Repubblica Ceca*, n. ric. 59552/08, § 50), si presta invero a segnare il divieto di applicazione retroattiva sfavorevole del diritto penale (Decisione del 25.5.1993, *Kokkinakis c. Grecia*, n. ric. 14307/88, par. 52; Grande Camera, decisione del 22.3.2001, *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, n. ric. 34044/96-35532/97-44801/98; Grande Camera, decisione del 12.2.2008, *Kafkaris c. Cipro*, n. ric. 21906/04). Ne discende – in generale – il Dovero per la Legge penale di una chiara, certa, definizione dei fatti di reato e delle consecutive sanzioni; e ne discende il Diritto per l'Imputato (ovvero per il Reo) di conoscere al momento del fatto la natura criminale di quanto compie, per il tramite della lettura della disposizione pertinente e, se necessario, con l'aiuto dell'interpretazione che ne è stata data dai tribunali. In altri termini, la previa riconoscibilità di quali atti e omissioni determinino una responsabilità penale vale a rendere il "diritto penale" non retroattivo, perché accessibile e prevedibile, quindi conforme *in parte qua* al precetto convenzionale siglato all'art. 7 (v. per tutte, Decisione del 15.11.1996, *Cantoni c. Francia*, n. ric. 17862/91, par. 29; decisione del 19.9.2008, *Korbely c. Ungheria*, n. ric. 9174/02. Cfr. decisione del 22.11.1995, *C.R. c. Regno Unito*, n. ric. 20190/92, par. 32-34; decisione del 22.11.1995, *S.W. c. Regno Unito*, n. ric. 20166/92, par. 34-36; Grande Camera, decisione del 18.2.1999, *Waite e Kennedy c. Germania*, n. ric. 26083/94, par. 54; Grande Camera, decisione del 25.3.1999, *Pélissier e Sassi c. Francia*, n. ric. 25444/94, par. 67; Grande Camera, decisione del 22.3.2001, *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, cit., par. 50; decisione del 28.6.2001, *Glässner c. Germania*, n. ric. 46362/99; decisione del 7.2.2002, *E.K. c. Turchia*, n. ric. 28496/95, par. 51; Grande Camera, decisione del 2.5.2007, *Behrami e Behrami c. Francia*, n. ric. 71412/01; Grande Camera, decisione del 2.5.2007, *Saramati c. Francia, Germania e Norvegia*, n. ric. 78166/01, par. 122; decisione del 12.7.2007, *Jorgic c. Germania*, n. ric. 74613/01, par. 100-101).

Il ricorso promosso sul caso Contrada (n. 3) affida quindi alla Corte il compito di verificare se: al momento in cui l'imputato ha commesso il fatto - che ha dato luogo al procedimento penale e alla condanna - esisteva una disposizione legale che prevedeva la punibilità del comportamento contestato; tale illiceità penale fosse oggettivamente comprensibile per l'agente (Grande Camera, decisione del 12.2.2008, *Kafkaris c. Cipro*, cit.; decisione del 19.9.2008, *Korbely c. Ungheria*, cit.); e la pena sancita in virtù di quella disposizione risultasse anch'essa (già) riconoscibile (Grande Camera, decisione del 29.3.2006, *Achour c. Francia*, n. ric. 67335/01, par. 41. Cfr. Grande Camera, decisione del 12.2.2008, *Kafkaris c. Cipro*, cit.; decisione del 20.1.2009, *Sud Fondi e altri c. Italia*, n. ric. 75909/01; decisione del 15.12.2009, *Gurguchiani c. Spagna*, n. ric. 16012/06; decisione del 17.12.2009, *M. c. Germania*, n. ric. 19359/04).



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

*L'alba del concorso "eventuale" nel reato di associazione mafiosa:
la garanzia della legalità penale contro le nebbie della giurisprudenza*

Il classico nodo garantista intrecciato attorno all'irretroattività, alla determinatezza, alla tassatività della legge penale, fa dunque da traccia alle argomentazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, che nella segnalata decisione (<http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc>) si trova al cospetto di un reato – di concorso esterno in associazione mafiosa – di dichiarata "origine giurisprudenziale" (cfr. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011), nato e vissuto in un contesto di fluidità interpretativa particolarmente marcato, e che a tutt'oggi scorre attorno ai parametri normativi degli artt. 110 e 416 *bis* c.p. In discussione sta quindi la verifica di una applicazione retroattività occulta dell'ipotesi delittuosa in imputazione.

Difatti, si è detto: la formula ricorrente nella giurisprudenza europea, e riprodotta anche nel testo della sentenza in commento, vuole ciascuno messo in grado di conoscere quali azioni od omissioni possano comportare la responsabilità penale ai sensi della pertinente disposizione, non solo in base alla sua formulazione linguistico-grammaticale ma anche avvalendosi dell'interpretazione fornita dai tribunali. In altri termini, deve esistere un sufficiente grado di certezza sulla norma penale (intesa come precetto e come sanzione) da applicare ed applicata, non solo in teoria ma anche in pratica, pena la mancanza di accessibilità e l'efficacia necessaria; spetta allo Stato convenuto dimostrare che queste condizioni sono soddisfatte (vedi, tra le altre, Grande Camera, decisione del 10.9.2010, *McFarlane c. l'Irlanda*, n. ricorso 31333/06, § 107; Grande Camera, *Mifsud c. Francia*, n. ricorso 57220/00, § 15, CEDU 2002-VIII; decisione del 11.2.2010, *Leandro Da Silva c. Lussemburgo*, n. ricorso 30273/07, §§ 40 e 42; Grande Camera, decisione del 25.3.2014, *Vučković e altri c. Serbia*, n. ricorso 17153/11, §§ 71-72). Più esattamente, fermo l'ammettersi dell'utilizzabilità – da parte legislativa - di formule più o meno vaghe nella descrizione dei fatti di rilievo penale, ed in quanto tali aperte ad un'opera interpretativa di progressiva chiarificazione da parte degli organi giudiziari nazionali, ciò che spetta vagliare per contare una "vera" violazione del parametro convenzionale citato si sostanzia nella carenza di un risultato esegetico «pur sempre coerente con la sostanza dell'illecito e ragionevolmente prevedibile» (decisione del 22.11.1995, *C.R. c. Regno Unito*, cit.), in maniera tale da rendere accessibile al singolo la cognizione delle conseguenze della propria condotta.

La premessa così scolpita si riflette esattamente sulla questione del caso: l'ampia dicitura della fattispecie plurisoggettiva eventuale per come scritta all'art. 110 c.p., e l'elasticità dei suoi margini amplificata a contatto con il delitto di associazione mafiosa, hanno trovato una progressiva esplicitazione della portata della forma incriminatrice da parte delle autorità giudicanti dello Stato italiano. Infine, il limite invalicabile che la Corte di Strasburgo si appresta a verificare è la ragionevole prevedibilità, al momento del realizzarsi dei fatti per cui è imputazione, dell'esito interpretativo cui avrebbe potuto condurre il giudizio interno alla luce della precedente



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

*L'alba del concorso "eventuale" nel reato di associazione mafiosa:
la garanzia della legalità penale contro le nebbie della giurisprudenza*

giurisprudenza, pur in presenza di mutamenti delle condizioni socio-culturali che si addensino alla radice di metamorfosi interpretative in divenire.

Così, la statuizione finale del giudice europeo dei diritti umani scrive: violato l'art. 7 CEDU.

3. Difatti, nella vicenda indagata dalla decisione in commento il ricorrente risulta essere stato condannato per "partecipazione esterna" all'associazione mafiosa c.d. "Cosa Nostra" realizzatasi tra il 1979 ed il 1988. Al fianco di questa dinamica fattuale la Corte EDU fotografa un andamento giurisprudenziale di legittimità in cui la prima apparizione del questionato *nomen* – del titolo – del reato si data al luglio del 1987 (Cillari, n. 8092 del 14.7.1987), quando la Corte di Cassazione ne smentisce esplicitamente l'esistenza giuridica, come pure confermerà in successivi giudizi (Agostani, n. 8864 del 27.6.1989; Abbate n. 2342 e Clementi n. 2348 del 27.6.1994). Al contempo, nell'osservatorio del giudice di Strasburgo cadono altre pronunce, che frammentano in diversificati rivoli interpretativi il contestuale quadro applicativo del combinato degli artt. 110 e 416 *bis* c.p.: con la sentenza Altivalle, n. 3492 del 13.6.1987, la Corte Suprema riconosce l'esistenza di una forma di concorso eventuale nell'organizzazione di tipo mafioso nei limiti in cui le volontà di tutte le persone coinvolte nei fatti mirino al raggiungimento di un obiettivo comune; decisioni successive pongono invece l'accento sulla natura episodica delle azioni riconducibili ad una simile figura di concorrente (Barbella, n. 9242 del 4.2.1988; Altomonte, n. 4805 del 23.11.1992; Turiano, n. 2902 del 18.6.1993 e Di Corrado del 31.8.1993).

Solo con la sentenza Demitry pronunciata dalle Sezioni Unite della Suprema Corte il 5 ottobre 1994 – riconosce il giudice Europeo – si ha una tematizzazione in positivo dell'istituto: all'esito si ammette e configura l'esistenza di una concorrenza esterna ed eventuale nei reati di tipo associativo-mafioso quale titolo di imputazione nell'ordinamento giuridico italiano; secondo un approccio che poi è stato confermato in altri arresti del Supremo Consesso sempre in composizioni riunite (Mannino, n. 30 del 27.9.1995; Carnevale, n. 22327 del 30.10.2002; Mannino, n. 33748 del 17.7.2005).

Nei passaggi delle varie voci giurisprudenziali si delinea quindi la specificità della lamentata ed attestata violazione del principio di irretroattività sfavorevole, configurandosi esattamente un mutamento giurisprudenziale *in peius*, in forza del quale viene esteso il contesto di applicabilità di un dato illecito penale (qui, lo si ripete, nascente dal combinarsi degli artt. 110 e 416 *bis* c.p.) a situazioni che ad esso si ritenevano estranee. Argomento, questo, su cui non solo la disamina scientifica italiana ha in effetti mancato di sviluppare un confronto dialettico, per la pacifica efficacia retroattiva assegnata alle operazioni di "normale interpretazione", intese come estranee alla tematica della successione delle leggi penali nel tempo e quindi anche al principio di irretroattività sfavorevole che la governa (cfr. Cass., sez. un., 23.5.1987, Tuzet ed altro). Ma anche



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

*L'alba del concorso "eventuale" nel reato di associazione mafiosa:
la garanzia della legalità penale contro le nebbie della giurisprudenza*

tralasciato dai vari giudici nazionali del caso concreto, "disattenti" avanti alla vistosa segnalazione di *vulnus* che il ricorrente aveva rimarcato sulla scorta dell'ondivaga e "sofferta" espansione evolutiva della portata operativa (di incriminazione) della combinazione normativa codicistica.

Segnatamente. L'un parametro (art. 110 c.p.), prescrive il modello di pari punibilità per chiunque concorra alla realizzazione di un reato, con condotte (materiali e/o morali) tipiche o atipiche ai sensi della fattispecie speciale. L'altro, il delitto di associazione di tipo mafioso (art. 416 *bis* c.p.), al pari dell'associazione per delinquere di cui all'art. 416 c.p., postula l'esistenza di: una pluralità di soggetti attivi (almeno in numero di tre) trattandosi di fattispecie necessariamente plurisoggettiva; una organizzazione che può avere una maggiore o minore articolazione; la forza di intimidazione del vincolo associativo, cui segue una condizione di assoggettamento ed omertà; un metodo adottato dagli associati consistente nell'avvalersi della forza derivante dal vincolo; e, infine, un programma delittuoso volto alla realizzazione di uno dei fini, alternativamente previsti e descrittivamente enunciati nella norma incriminatrice (G. NEPPI MODONA, *Il reato di associazione mafiosa*, in *Dem. e dir.*, 1983, 48; G. INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, 1996, 70; cfr. Cass. pen., 25.2.1991, n. 6203). Con riguardo a quest'ultimo profilo, l'associazione di tipo mafioso non si limita difatti, come nel caso dell'art. 416 c.p., alla generica commissione di più delitti, ma ricomprende il proposito di «acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici», ovvero di «realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri» e, infine, «impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali».

Se, quindi, nel delineare la tipicità della fattispecie penale il legislatore ha proceduto muovendo da un'analisi empirica della dimensione del fenomeno criminale mafioso, individuandone così i caratteri fondamentali (necessari) nella forza di intimidazione che caratterizza l'associazione e negli ulteriori elementi della condizione di assoggettamento e di omertà che da essa derivano (G. INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, Padova, 1983, 318), la stessa spinta induttiva è valsa alla giurisprudenza per allestire uno spazio di incriminazione "aggiuntivo", grazie all'addizione dell'art. 110 c.p., capace di accludere i contributi significativi prestati dall'esterno a favore dell'organizzazione mafiosa.

4. Le statuizioni della giurisprudenza della Corte EDU assumono che spetti in primo luogo alle autorità nazionali interpretare la propria legislazione: il suo ruolo è quindi limitato a verificare la compatibilità con la Convenzione degli effetti di tale interpretazione (Grande Camera, decisione *Waite e Kennedy c. Germania*, n. ricorso 26083/94, § 54, CEDU 1999-I; Grande Camera, *Korbely c. Ungheria*, n. ricorso 9174/02, §§ 72-73, CEDU 2008; Grande Camera, decisione *Kononov c. Lettonia*, ricorso n. 36376/04, § 197, CEDU 2010). L'applicazione dei principi CEDU alla



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

*L'alba del concorso "eventuale" nel reato di associazione mafiosa:
la garanzia della legalità penale contro le nebbie della giurisprudenza*

fattispecie singolare e concreta risolve quindi la questione del caso nel senso che all'epoca dei fatti per cui la parte ricorrente è stata condannata, commessi tra il 1979 ed il 1988, la legge applicabile non definisse chiaramente (e prevedibilmente per il reo) il reato di concorso esterno in associazione mafiosa (e quindi la sua sanzionabilità penale) (decisione del 15.7.2014, *Ashlarba c. Georgia*, n. ricorso 45554/08, §§ 35-41; decisione del 7.2.2012, *Alimucaj c. Albania*, n. ricorso 20134/05, §§ 154- 162). Ciò in quanto a dirimere il conflitto giurisprudenziale in materia sono intervenute per la prima volta le Sezioni Unite solo con l'approdo del 1994, con ciò consolidando – per effetto di quella funzione nomofilattica di cui è ben conscia la Corte, e che nell'orientare l'uniformità dell'interpretazione giudiziale quella dota di una "stabilità relativa" (v. Corte cost., 12.10.2012, n. 230) - uno sviluppo esegetico "apparso" alla fine degli anni Ottanta sulla scena giudiziale. Tanto basta al Giudice di Strasburgo per *riconoscere l'inconoscibilità* del precetto penale *ex artt. 110 e 416 bis c.p.*, o meglio la non prevedibilità della sua valenza ad incriminare e punire il tipo di comportamento realizzato dal ricorrente nel periodo che copre gli anni tra il 1977 ed 1988, quando a governare era la contraddizione degli orientamenti viventi nella giurisprudenza di legittimità; e infine tanto basta per accertare una ipotesi di retroattività occulta che fuoriesce da una interpretazione/applicazione giudiziale corrispondente ai criteri qualitativi di chiarezza e prevedibilità esatti dalla Convenzione.

La portata argomentativa della decisione della Corte EDU sul caso Contrada (n. 3) si dimostra quindi tanto dirimente quanto dirompente, capace di abbracciare nella conclusione dell'accertata violazione dell'art. 7 CEDU ogni vicenda giudiziaria che abbia riguardo all'imputazione per concorso esterno in associazione mafiosa rispetto a fatti che ricadano in una fascia cronologica antecedente all'ottobre del 1994 (*melius*, non successivi alla Sentenza Demitry). Gli interrogativi che lascia in sospeso sono, tuttavia, di dimensioni ancor più considerevoli: il ribadito "rincorrersi" di ben quattro interventi delle Sezioni Unite in ordine agli esatti termini di costruzione dell'illecito in parola, ad oggi chiusi con la pronuncia Mannino (*bis*) del 2005, ed il variare (dal 1994 in avanti) dei requisiti costitutivi, oggettivi e soggettivi, di volta in volta estratti ed identificati dalle riflessioni del Supremo Consesso, legittimano l'ombra dell'incertezza sia sulla riconoscibilità/prevedibilità dell'incriminazione di fatti di c.d. concorso esterno per il passato (dal 1994 ad oggi) sia sul destino futuro di questa forma delittuosa per come lasciata (abbandonata) al diritto vivente.

Difficile, infatti, trovare nella lettura consecutiva degli approdi raggiunti sul tema dalle Sezioni unite, quella *nettezza stabile* dei confini di punibilità dei comportamenti del concorrente non partecipe alla struttura associativa che la Corte EDU richiede per il rispetto del parametro convenzionale.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

*L'alba del concorso "eventuale" nel reato di associazione mafiosa:
la garanzia della legalità penale contro le nebbie della giurisprudenza*

Tracce di memoria. La prima composizione della *querelle*, datata all'intervento del 1994 (Cass., sez. un., 5.10.1994, n. 16, Demitry, in *Cass. pen.*, 1995, 842), aveva riservato alla figura del concorso eventuale nel reato di cui all'art. 416 *bis* c.p. uno spazio limitato alla fase della patologia, dell'emergenza della struttura associativa, per cui il contributo prestato doveva risultare necessario per il mantenimento del sodalizio, e sorretto, come confermerà l'intervento delle sezioni unite del 1995 (Cass. sez. un. Mannino, 14.12.1995, n. 30 in *Cass. pen.*, 1996, 1087) da dolo generico (volontà di contribuire alla sopravvivenza o al rafforzamento dell'associazione) o specifico (con riguardo alla realizzazione del programma criminoso).

Secondo questa sentenza: «il concorrente eventuale è (...) colui che non vuole far parte dell'associazione e che l'associazione non chiama a far parte, ma al quale si rivolge sia, ad esempio, per colmare temporanei vuoti in un determinato ruolo, sia, soprattutto, nel momento in cui la fisiologia dell'associazione entra in fibrillazione, attraversa una fase patologica, che, per essere superata, esige il contributo temporaneo, limitato, di un esterno». Prosegue la Corte, sancendo come «lo spazio proprio del concorso eventuale materiale appare essere quello dell'emergenza nella vita dell'associazione o, quanto meno, non lo spazio della normalità, occupabile da uno degli associati. Tale anomalia, la patologia, poi, può esigere anche un solo contributo, il quale, dunque, può essere anche episodico, estrinsecarsi, appunto, in un unico intervento, ciò che conta, ciò che rileva, è che quell'unico contributo serva per consentire alla associazione di mantenersi in vita».

Nel 2002 le sezioni unite Carnevale (30.10.2002 n. 22327, Carnevale, in *Cass. pen.*, 2003, 3276) hanno confermato la tesi favorevole al concorso esterno, ma ne hanno ridescritto profondamente i tratti: la figura viene ancorata all'effettiva rilevanza causale del contributo prestato dall'agente rispetto al mantenimento o rafforzamento dell'organizzazione, sì da estromettere dall'area di incriminazione *ex artt.* 110 e 416 *bis* c.p. il contributo di mera agevolazione; dal punto di vista psicologico si stringe la colpevolezza al dolo specifico, pur privo della dimensione della *affectio societatis*.

«La necessità del dolo caratterizza il concorso in ogni tipo di reato doloso (...) tenuto conto della concezione monistica del concorso di persone accolta dal nostro legislatore penale, perché si possa affermare che i concorrenti hanno commesso "il medesimo reato", come recita la disposizione dell'art. 110 c.p., necessario che le loro condotte risultino tutte finalisticamente orientate verso l'evento tipico di ciascuna figura criminosa. Nel reato di associazione per delinquere l'evento è la sussistenza dell'operatività del sodalizio (...). Ne consegue — di necessità — che non può postularsi la figura di un concorrente esterno nel cui agire sia presente soltanto la consapevolezza che altri agisca con la volontà di realizzare il programma di cui sopra. Deve al contrario ritenersi che il concorrente esterno è tale quando, pur estraneo all'associazione, della quale non intende far parte,



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

*L'alba del concorso "eventuale" nel reato di associazione mafiosa:
la garanzia della legalità penale contro le nebbie della giurisprudenza*

apporti un contributo che sa e vuole sia diretto alla realizzazione, magari anche parziale, del programma criminoso del sodalizio. Il risultato così raggiunto (...) esige nell'atteggiamento psicologico del concorrente esterno sempre la ricorrenza di un dolo diretto».

Ancora, interverranno le sezioni unite Mannino nel 2005 (12.7.2005, n. 33748, Mannino, in *Cass. pen.*, 2005, 3732) ad apportare una ulteriore riduzione del campo di visibilità del reato: estraneo alla compagine associativa, il concorrente esterno, consapevole del metodo e delle finalità dell'associazione mafiosa, è colui che fornisce un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo di effettiva rilevanza causale rispetto alla conservazione o al rafforzamento delle capacità operative dell'associazione, comunque diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso della medesima struttura.

La sentenza in richiamo si è mossa nell'argomentazione guardando all'*incontroversa giurisprudenza* e alla *pressoché unanime asseverazione dogmatica* circa l'*astratta configurabilità della fattispecie di concorso "eventuale" di persone, rispetto a soggetti diversi dai concorrenti necessari in senso stretto, in un reato necessariamente plurisoggettivo proprio, quale è quello di natura associativa*. Ed ha declinato le sue motivazioni rilevando come la efficienza causale in merito alla concreta realizzazione del fatto criminoso collettivo costituisca elemento essenziale e tipizzante della condotta concorsuale, di natura materiale o morale. Ne discende come non ne risulti sufficiente una valutazione "ex ante", risolta in termini di mera probabilità di lesione del bene giuridico protetto, ma sia necessario un apprezzamento "ex post" del singolo contributo concorsuale, in esito al quale sia dimostrata, alla stregua dei comuni canoni di "certezza processuale" (elaborati dalla Sentenza Franzese, Cass., sez. un., 10.7.2002, n. 30328), l'elevata credibilità razionale dell'ipotesi formulata in ordine alla reale efficacia condizionante della condotta atipica del concorrente. Ancora, la Corte ha precisato l'insufficienza del dolo eventuale, inteso come mera accettazione da parte del concorrente esterno del rischio di verificazione dell'evento, ritenuto solamente probabile o possibile insieme ad altri risultati intenzionalmente perseguiti.

Al dibattito manca ancora la parola "fine". Lontana da un *pacifico ed omogeneo sentore*, la giurisprudenza di legittimità è in nuove occasioni intervenuta a dettagliare ulteriori elementi del concorso esterno: un recente filone ha peraltro teso a caratterizzare questa forma criminale con la natura di reato permanente, al pari di quella di partecipazione alla medesima associazione ad opera del soggetto organicamente inserito nel sodalizio (Cass. pen., 10.5.2007, n. 542, Contrada, in *CED Cass.*, n. 23242; Cass. pen., 11.12.2009, n. 4123, B.A. e altro, *ivi*, n. 246101; Cass. pen., 09.03.2012, n. 15727, Dell'Utri, che vi ha riconosciuto un modello di "reato a consumazione alternativa", con un duplice momento consumativo legato, rispettivamente, alla conclusione dell'accordo – corruttivo, politico-mafioso - ovvero all'esecuzione dei patti con esso stipulati). Si



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

*L'alba del concorso "eventuale" nel reato di associazione mafiosa:
la garanzia della legalità penale contro le nebbie della giurisprudenza*

apre allora ben altro scenario, ove si lasciano irrimediabilmente vicini, fino alla inevitabile coincidenza, il partecipe ed il concorrente eventuale esterno. Sembra la "confessione" del *dubbio* dell'inesistenza di una figura antagonista (o alternativa) al "concorrente necessario", capace (legittimamente) di ampliare lo spazio della punibilità oltre i confini della tipicità stretta attorno al dettato dell'art. 416 *bis* c.p. (v. le considerazioni sviluppate da V. MAIELLO, *Sul preteso carattere permanente del concorso esterno*, in *Riv. Trim. – Dir. pen. contemp.*, 2014, n. 2, 40 ss., in part. 43 ss.).

Da un ventennio la Suprema Corte ha dunque accolto la tesi favorevole alla configurabilità del concorso eventuale nel reato associativo di stampo mafioso; eppure l'essersi succedute ben quattro pronunce a Sezioni unite tese a precisarne di volta in volta gli estremi costitutivi, e la catena ininterrotta di decisioni delle sezioni semplici che instancabili si sono impegnate e si impegnano a misurarne il perimetro, dimostrano le gravi lacune di certezza che, in dottrina come in giurisprudenza, hanno accompagnato ed ancora *feriscono* l'esistenza applicativa della figura criminale, segnandone una vita "a ragionevole distanza" dal diritto umano misurato dall'art. 7 CEDU attraverso la previa comprensibilità della punizione penale da applicarsi ed applicata (tra le fonti, per l'approfondimento del tema, in particolare si rinvia a A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003; V. MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, in *Cass. pen.*, 2009, 601 ss.; AA.VV., *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, a cura di Fiandaca-Visconti, Torino, 2010, 123 ss.; G. FIANDACA, *Il concorso esterno: un istituto (ancora) senza pace*, in *Leg. pen.*, 2012, 695 ss.; G. FIANDACA- C. VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto "polemogeno"*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 2, 487 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2012, 2552 ss.; G. DE VERO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1325 ss.; V. MAIELLO, *Luci ed ombre nella cultura giudiziaria del concorso esterno*, in *Riv. trim.-Dir. pen. contemp.*, 2012, n. 1, 265 ss.).

Precedenti giurisprudenziali

Grande Camera, decisione: *Del Rio Prada c. Spagna*, n. ric. 42750/09, §§ 77-80, CEDU 2013; 27.1.2015, *Rohlena c. Repubblica Ceca*, n. ric. 59552/08, § 50.



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

*L'alba del concorso "eventuale" nel reato di associazione mafiosa:
la garanzia della legalità penale contro le nebbie della giurisprudenza*

Decisione del 25.5.1993, *Kokkinakis c. Grecia*, n. ric. 14307/88, par. 52; Grande Camera, decisione del 22.3.2001, *Streeletz, Kessler e Krenz c. Germania*, n. ric. 34044/96-35532/97-44801/98; Grande Camera, decisione del 12.2.2008, *Kafkaris c. Cipro*, n. ric. 21906/04.

Decisione del 15.11.1996, *Cantoni c. Francia*, n. ric. 17862/91, par. 29; decisione del 19.9.2008, *Korbely c. Ungheria*, n. ric. 9174/02. Cfr. decisione del 22.11.1995, *C.R. c. Regno Unito*, n. ric. 20190/92, par. 32-34; decisione del 22.11.1995, *S.W. c. Regno Unito*, n. ric. 20166/92, par. 34-36; Grande Camera, decisione del 18.2.1999, *Waite e Kennedy c. Germania*, n. ric. 26083/94, par. 54; Grande Camera, decisione del 25.3.1999, *Pélissier e Sassi c. Francia*, n. ric. 25444/94, par. 67; Grande Camera, decisione del 22.3.2001, *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, cit., par. 50; decisione del 28.6.2001, *Glässner c. Germania*, n. ric. 46362/99; decisione del 7.2.2002, *E.K. c. Turchia*, n. ric. 28496/95, par. 51; Grande Camera, decisione del 2.5.2007, *Behrami e Behrami c. Francia*, n. ric. 71412/01; Grande Camera, decisione del 2.5.2007, *Saramati c. Francia, Germania e Norvegia*, n. ric. 78166/01, par. 122; decisione del 12.7.2007, *Jorgic c. Germania*, n. ric. 74613/01, par. 100-101.

Grande Camera, decisione del 29.3.2006, *Achour c. Francia*, n. ric. 67335/01, par. 41. Cfr. Grande Camera, decisione del 12.2.2008, *Kafkaris c. Cipro*, cit.; decisione del 20.1.2009, *Sud Fondi e altri c. Italia*, n. ric. 75909/01; decisione del 15.12.2009, *Gurguchiani c. Spagna*, n. ric. 16012/06; decisione del 17.12.2009, *M. c. Germania*, n. ric. 19359/04.

Grande Camera, decisione del 10.9.2010, *McFarlane c. l'Irlanda*, n. ricorso 31333/06, § 107; Grande Camera, *Mifsud c. Francia*, n. ricorso 57220/00, § 15, CEDU 2002-VIII; decisione del 11.2.2010, *Leandro Da Silva c. Lussemburgo*, n. ricorso 30273/07, §§ 40 e 42; Grande Camera, decisione del 25.3.2014, *Vučković e altri c. Serbia*, n. ricorso 17153/11, §§ 71-72.

Grande Camera, decisione *Waite e Kennedy c. Germania*, n. ricorso 26083/94, § 54, CEDU 1999-I; Grande Camera, *Korbely c. Ungheria*, n. ricorso 9174/02, §§ 72-73, CEDU 2008; Grande Camera, decisione *Kononov c. Lettonia*, ricorso n. 36376/04, § 197, CEDU 2010

Decisione del 15.7.2014, *Ashlarba c. Georgia*, n. ricorso 45554/08, §§ 35-41; decisione del 7.2.2012, *Alimucaj c. Albania*, n. ricorso 20134/05, §§ 154- 162.

Profili di diritto nazionale

Cass., sez. un., 5.10.1994, n. 16, Demitry, in *Cass. pen.*, 1995, 842; Cass. sez. un. Mannino, 14.12.1995, n. 30 in *Cass. pen.*, 1996, 1087; Cass., sez. un., 30.10.2002 n. 22327, Carnevale, in *Cass. pen.*, 2003, 3276; Cass., sez. un., 12.7.2005, n. 33748, Mannino, in *Cass. pen.*, 2005, 3732;



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PERUGIA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

*"L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea
dei diritti dell'uomo di Strasburgo"*

*L'alba del concorso "eventuale" nel reato di associazione mafiosa:
la garanzia della legalità penale contro le nebbie della giurisprudenza*

Cass. pen., 10.5.2007, n. 542, Contrada, in *CED Cass.*, n. 23242; Cass. pen., 11.12.2009, n. 4123, B.A. e altro, *ivi*, n. 246101; Cass. pen., 09.03.2012, n. 15727, Dell'Utri,

Riferimenti bibliografici

AA.VV., *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, a cura di Fiandaca-Visconti, Torino, 2010, 123;

A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003;

G.A. DE FRANCESCO, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2012, 2552;

G. DE VERO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1325;

O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, 2011, 2197.

M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011;

G. FIANDACA, *Il concorso esterno: un istituto (ancora) senza pace*, in *Leg. pen.*, 2012, 695;

G. FIANDACA- C. VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto "polemogeno"*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 2, 487;

G. INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, Padova, 1983;

G. INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, 1996;

V. MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, in *Cass. pen.*, 2009, 601;

V. MAIELLO, *Luci ed ombre nella cultura giudiziaria del concorso esterno*, in *Riv. trim.- Dir. pen. contemp.*, 2012, n. 1, 265;

V. MAIELLO, *Sul preteso carattere permanente del concorso esterno*, in *Riv. Trim. – Dir. pen. contemp.*, 2014, n. 2, 40;

G. NEPPI MODONA, *Il reato di associazione mafiosa*, in *Dem. e dir.*, 1983, 48;

C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003.

(23.04.2015)